

1

Dossier de
Jurisprudencia

Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS

Emilio Cortés Bechiarelli
(Director)



Francisco Capilla Roncero
Paz M. de la Cuesta Aguado
David Giménez Gluck
Tomás Sala Franco
Marcos Vaquer Caballería



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizabal



tirant lo blanch

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 1
Sentencias de especial relevancia TC y TS

FRANCISCO CAPILLA RONCERO
PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO
MARCOS VAQUER CABALLERÍA
TOMÁS SALA FRANCO
DAVID GIMÉNEZ GLUCK



Cátedra de Derechos Humanos

Manuel de Lardizabal



Santander

tirant lo blanch

Valencia, 2015

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

ÍNDICE

Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Civil	4
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal	35
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ..	96
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social	110
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Constitucional	143

CIVIL

FRANCISCO CAPILLA RONCERO

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

(Tol 4586844)

Cabecera: Derecho de familia. Reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado por el progenitor. Imprescriptibilidad de la acción. Falta de posesión de estado. No matrimonial. Reclamación de la paternidad. Falta de posesión de estado*no matrimonial*reclamación de la paternidad

Jurisdicción: Civil

Ponente: Eduardo Baena Ruiz

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 03/12/2014

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 707/2014

Número Recurso: 1946/2013

1. EL CASO

1.1. Pretensión formulada

El actor, pretendido padre biológico, ejercita acción mixta (art. 134 CC) de reclamación de paternidad de filiación no matrimonial sin posesión de estado (art. 133-1º CC) e impugnación de la contradictoria determinada, contra los siguientes demandados: la madre, dos hijas y el considerado padre (padre putativo, parece que no matrimonial, que lo era en virtud de reconocimiento). En consecuencia pide que quede constancia de su paternidad e impugnada la contradictoria, se impongan sus apellidos a las hijas y se efectúen las pertinentes rectificaciones en el Registro Civil.

Los demandados postulan la falta de legitimación del actor, la caducidad y prescripción de acción ejercitada y, en caso de no apreciarse, el carácter extemporáneo y, por ende, abusivo del proceder del actor, que debe conducir a la desestimación de la demanda.

1.2. Desenvolvimiento del litigio en la instancia

El actor (el padre biológico) presentó demanda en la que ejercita la pretensión señalada, interesando la práctica de prueba biológica y apor-

tando como elementos probatorios adicionales (también como «principio de prueba» exigido por el art. 767.1 LEC para la admisión de la demanda) abundante prueba documental (la historia clínica de la gestación de las hijas, telegrama en el que parece que se interesó por la inscripción y apellidos de una de las hijas, sentencia de separación conyugal del actor por causa de la pública y notoria infidelidad del mismo con la demandada, fotos que atestiguan frecuencia de trato entre él y las demandadas durante algún periodo de tiempo, cartas dirigidas por la madre al actor relativas a las hijas, aunque no se conoce su tono) y testifical (una común amiga de actor y madre, al parecer con manifestaciones «sólidas y convincentes»).

Los demandados (se supone que las hijas, parece que ya mayores de edad: la mayor nació en 1986, la menor en 1991; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia es de septiembre de 2010) se niegan e impiden la práctica de la prueba biológica interesada, mostrando cooperación el actor. La tal prueba no llegó a practicarse.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Recurrída en apelación por el actor y por los demandados (quienes interesaban se declarase prescrita la acción de reclamación y caducada la acción de impugnación del actor), la Audiencia Provincial estimó el recurso del pretendido padre mediante sentencia de 29 de mayo de 2013, en la que, tras declarar que las acciones del actor no están prescritas ni caducadas, y valorando la negativa de los demandados a la práctica de la prueba biológica unida a los otros indicios probatorios, se adoptan los siguientes pronunciamientos:

- a. El actor es declarado padre biológico de las hijas.
- b. Se ordena el consiguiente cambio de apellidos, ostentando como primero el del actor.
- c. Se ordena rectificar las inscripciones de nacimiento en el Registro Civil para incorporar los anteriores pronunciamientos.
- d. Se condena en costas de la primera instancia a los demandados.

1.3. Recurso ante el Tribunal Supremo

Todos los demandados interponen recurso de casación; no se interpone recurso por infracción procesal. El recurso se articula en cinco motivos, todos ellos al amparo del art. 477.2.3º LEC, esto es, por presentar interés casacional, imputando a la sentencia de la Audiencia su contradicción de jurisprudencia del Supremo.

El *primer motivo* denuncia infracción del art. 1964 CC, pretendiendo se aplique al caso la prescripción quincenal de las acciones personales que carecen de plazo específico. Se aduce que el actor conoció el nacimiento

de las hijas desde que se produjo y han pasado más de quince años hasta que acciona, por lo cual, la ausencia de coto al plazo para que el progenitor ejercite acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado atentara contra el art. 9.3 CE (seguridad jurídica).

En el *segundo motivo* se denuncia inaplicación de la exigencia de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC) y de la doctrina del abuso del derecho (arts. 7.2 CC y, en el ámbito procesal, 11.2 LOPJ). Considera el recurso que el ejercicio extemporáneo e intempestivo de la acción vulnera dichos preceptos y su doctrina jurisprudencial, pues atenta contra el interés prevalente de las hijas en cuanto a la preservación de su identidad, estabilidad de los vínculos familiares, afectivos o sociales, y estabilidad de su estado civil. Se denuncia que la sentencia recurrida omite cualquier consideración al respecto, no obstante haberse (al parecer) planteado ya así en la apelación, incurriendo en vicio de «incongruencia omisiva».

El *motivo tercero* denuncia infracción del art. 133 CC conforme a la doctrina jurisprudencial de diversas sentencias del Supremo que exigen ponderar no sólo el interés del progenitor, sino otros intereses en juego y en particular el del hijo, sobre todo en casos como el presente, en el cual el progenitor que reclama filiación no matrimonial sin posesión de estado ha conocido desde el principio el nacimiento de los hijos, debiendo entenderse que carece de legitimación activa cuando reacciona de forma intempestiva e extemporánea muchos años después del nacimiento. Se apunta que la generalización de la ampliación de legitimación activa a favor del progenitor, resultante de la jurisprudencia del Supremo y, en especial, de la del Tribunal Constitucional, daña muy seriamente a las situaciones creadas, a la paz familiar y a la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares, en perjuicio de los hijos.

El *cuarto motivo* denuncia infracción de los arts. 18.1, 9.3, 10 y 30.1, 2 y 4 CE. En suma, que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la intimidad y la seguridad jurídica en las relaciones familiares. De nuevo, también se denuncia que la sentencia recurrida silencia respuesta sobre este extremo, que al parecer fue planteado en la instancia, esto es, de nuevo «incongruencia omisiva».

El *quinto motivo*, con base en los mismos preceptos constitucionales, postula que se consideren límite bajo cuyo prisma debe interpretarse el mandato del art. 39.2 *in fine* CE, cuando prevé que la ley posibilitará el investigación de paternidad, que no es un derecho ilimitado. En consecuencia, debe estimarse justificada la negativa a la prueba biológica sobre la base de los derechos constitucionales protegidos en los preceptos enuncia-

dos, cuando el actor ejercita su reclamación de forma intempestiva y extemporánea, como es el caso.

1.4. Argumentos de la sentencia y fallo

El recurso es desestimado, confirmándose la sentencia de la Audiencia Provincial.

Para alcanzar esa conclusión se parte de unos presupuestos que vienen fijados en el FD 3°. Básicamente se parte del régimen instaurado en 1981, en el que se justificaba la diferencia de legitimación y plazo de ejercicio de las diferentes acciones de filiación, por atenderse a criterios tales como favorecer la filiación matrimonial, permitir (por constitucional exigencia) la prueba biológica (descubrimiento de la verdad biológica), pero impedir que actuaciones unilaterales perjudiquen la estabilidad de las relaciones familiares, la preeminencia del interés del hijo sobre el del progenitor, etc. Pero el Tribunal Constitucional ha venido a alterar (de «cambio inacabado» se tilda) en diversos fallos ese estado de cosas, en varios aspectos. De una parte, elevando el rango del interés del progenitor, de manera que la investigación de paternidad deja de ser un instrumento del hijo contra la irresponsabilidad del progenitor, para convertirse en arma también utilizable por el progenitor para impugnar o establecer una determinada relación de filiación. De otra, ya en materia del ejercicio de la acción del art. 133-1° CC, primero por obra del propio Tribunal Supremo, que «flexibilizó» el rigor de la norma de la que se desprende la ausencia de legitimación activa del progenitor para reclamar filiación no matrimonial sin posesión de estado (el precepto sólo la reconoce al hijo, con lo que a *sensu contrario* carece de ella el progenitor), haciendo palanca en el tenor literal del art. 134, y encontrándolo en pretendida antinomia con el 133-1°, el Supremo admitió en sentencias que son objeto de expresa cita en el FD 3°, apartado 4, la legitimación activa del progenitor, si bien con genéricas alusiones a que tal permisión de la investigación de paternidad a iniciativa del progenitor, carente de posesión de estado, no implica «introducir en nuestro sistema jurídico la investigación indiscriminada que resulta perturbadora en el orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo».

Luego sobrevino la sentencia del Tribunal Constitucional 273/2005 (*Tol* 736332) [reiterada en la STC 52/2006 (*Tol* 834061)], de la que se destacan pasajes que evidencian la contraposición de intereses (investigación de paternidad frente a preservación de la relación parental-familiar efectivamente vigente en el caso) que se intentan conjugar mediante las permisiones o restricciones de legitimación y plazo, teniendo presente el criterio de favor

por la filiación matrimonial y la posesión de estado preexistente (mecanismo de preservación de la estabilidad de las relaciones familiares fácticas), pero valorando críticamente la privación de legitimación que padece el progenitor no matrimonial cuando falta la posesión de estado, por considerar que «la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción» (FJ 7 in fine STC 273/2005). El efecto de la citada STC fue, como es sabido, apreciar que la omisión de la legitimación activa del progenitor para ejercitar la acción del art. 133-1 CC es inconstitucional, pero no se anula el precepto para evitar un vacío indeseable, instándose al legislador a reaccionar, modificando la norma. Cosa aún no acontecida. Tras esa sentencia del TC, el propio Supremo ha reafirmado su criterio interpretativo a favor de la legitimación activa del progenitor no matrimonial carente de posesión de estado, con cita expresa de la STS 892/2005, de 14 diciembre (*Tol 795259*).

A continuación se invoca jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (resaltando la ausencia de su invocación por el TC) de la que se desprende la adecuación de normativa nacional restrictiva de la legitimación del progenitor en casos como el nuestro, reconociendo que el legislador puede introducir requisitos adicionales a la misma para impedir su utilización abusiva. Pero, también se subraya, el legislador ha hecho hasta la fecha caso omiso a la exigencia formulada.

Sentadas tales bases, se van rechazando circunstanciadamente cada uno de los motivos del recurso en los consecutivos Fundamentos de Derecho.

El primero (FD 4°), porque no se invoca, como es exigible, jurisprudencia vulnerada. Y porque tampoco cabe la pretensión de modificación excepcional de la propia doctrina jurisprudencial del TS, porque la interferencia de las sentencias del TC sienta el criterio de la plena equiparación entre la legitimación del progenitor con la del hijo, en consecuencia sin sujeción a plazo, en tanto no se produzca la esperada intervención del legislador.

El segundo (FD 5°), por su inadecuado planteamiento, ya que en realidad suscita una cuestión de incongruencia omisiva que debe ser denunciada por cauce del recurso por infracción procesal. Se apunta además que la parte no agotó otras posibilidades (pedir aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia).

El tercero (FD 6°), porque según la doctrina del TC (al entender del Supremo) la legitimación del progenitor es amplísima y carece de plazo, por

peligroso que pueda ello resultar (peligro sólo conjurable mediante la intervención del legislador, aún pendiente).

El cuarto (FD 7º), porque no parecen vulnerarse los preceptos constitucionales invocados, cuando la sentencia recurrida actúa con la cobertura que le dan las mencionadas sentencias del máximo intérprete de la Constitución. Aparte, se recuerda que la incongruencia omisiva debiera haberse denunciado por el cauce de la infracción procesal.

El quinto (FD 8º), porque se ha aplicado correctamente la eficacia del criterio sobre la negativa injustificada a la práctica de la prueba biológica y porque no es ese el único, ni siquiera el principal, medio de prueba aportado en el caso.

Por todo lo cual se desestima al recurso, quedando pues confirmada la sentencia de la Audiencia Provincial. Si bien, por la relevancia del asunto, se perdona la condena en las costas de la casación a los recurrentes.

1.5. Voto particular

La sentencia no fue unánime, formulando el magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas voto particular disconforme, que postula que debieran haberse estimado los motivos tercero, cuarto y quinto, relativos a la falta de legitimación del demandante.

Básicamente parte el magistrado disconforme de la situación del actor, pleno concedor (fue el ginecólogo que asistió a la madre durante los embarazos y partos) del nacimiento de sus hijas, y a las que ni reconoció ni asistió en modo alguno durante largo tiempo. Reconocidas posteriormente las hijas por el padre putativo demandado, quien asumió el rol correspondiente en todos los órdenes y cuyo apellido como primero fue ostentado por las hijas desde entonces, no hubo reacción por parte del padre biológico. Todo lo cual le lleva a no identificar cuál sea el interés legítimo del actor.

El cambio sobrevenido en la vida de las hijas (ya mayores de edad) y, en especial, el cambio de apellidos altera la seguridad jurídica de las hijas, que es un valor constitucionalmente protegido, así como una grave afectación de su intimidad y una «intolerable y odiosa perturbación de su marco familiar», violándose el art. 39 CE.

En consecuencia, y con invocación de pasajes de la repetida STC 273/2005 (*Tol 736332*), aprecia el voto disconforme ausencia de legitimidad en el interés del actor, cuando no ausencia total de interés legítimo, cuestión obviada en la sentencia. Razones por las cuales debiera haberse estimado el recurso, desestimándose la demanda.

2. COMENTARIO

2.1. La cuestión central de la sentencia

El tema central de la sentencia es la precisión del régimen de legitimación y plazo de ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial ejercitada por el progenitor cuando falta la posesión de estado, capítulo importante dentro del régimen de las acciones de filiación (sobre la materia puede verse el completo tratamiento de conjunto realizado por García Vicente, *op. cit.*).

Aunque del resumen efectuado en los párrafos que anteceden se desprende, de modo sucinto puede resumirse el estado de la cuestión al momento actual del siguiente modo:

1. El art. 133-1° CC niega legitimación al progenitor para el ejercicio de tal acción, pues al otorgar sólo legitimación al hijo, en comparación con los artículos anteriores, resulta *a contrario* que se quiso privar al progenitor de tal posibilidad por parte del legislador.
2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo dulcificó ese rigor, valiéndose de la interpretación conjunta de los arts. 133 y 134. Como resume el propio Tribunal Supremo en su sentencia 892/2005 de 14 de diciembre (*Tol 795259*): «De acuerdo con la citada sentencia de 22 de marzo de 2002, hay que señalar que esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores, de modo que «al superarse la literalidad del artículo 133 del Código civil que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación del padre biológico» (sentencia de 22 de marzo de 2002. Además, sentencias de 2 de octubre de 2000, 13 de junio de 2002, 17 de junio de 2004 y 8 de julio de 2004, entre las más recientes)». Esta jurisprudencia se ha mantenido constante desde hace tiempo, y ha suscitado críticas por su difícil encaje en el tenor literal de las normas (cfr. por todos, Barber, 259-261 y allí referencias).
3. La STC 273/2005 de 27 de octubre (*Tol 736332*) acordó «declarar inconstitucional el párrafo primero del art. 133 del Código civil, en la

redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado». El argumento determinante se recoge en el FJ 7: «la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Pues bien, el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, a tal efecto, se prevé que «en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde» (art. 767.1 LEC y, anteriormente, el derogado art. 127 CC). En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción.»

4. Sin embargo, no conllevó este fallo la anulación del art. 133-1º CC, pues al apreciarse inconstitucionalidad por omisión se debe ponderar el efecto de la declaración de inconstitucionalidad: «En el presente caso es evidente que no procede declarar la nulidad de la regla legal que, en ausencia de posesión de estado, otorga al hijo la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial durante toda su vida, pues tal pronunciamiento, además de no reparar la inconstitucionalidad apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del art. 133 CC, y en forma plenamente conforme con los mandatos del art. 39 CE, una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. Así pues, la declaración de nulidad de este

precepto, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable» (FJ 9).

5. Descartó el TC su competencia para mediante una interpretación correctora *secundum constitutionem* eludir la inconstitucionalidad de la norma (FJ 8.^a), razón por la cual efectúa un requerimiento al legislador para que proceda en consecuencia: «la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».
6. Hasta la fecha el legislador no ha dado respuesta a ese requerimiento, no existiendo en consecuencia un régimen concreto en cuanto a los requisitos y límites con que debe operar la legitimación del progenitor no matrimonial carente de posesión de estado, sabiéndose, como se sabe, que es prudente introducirlos para evitar el riesgo de ejercicio abusivo, en particular por afectarse la estabilidad del estado civil principalmente del hijo.

En consecuencia, el régimen normativo actual resulta inseguro: el art. 133-1° CC sigue vigente en cuanto a la legitimación del hijo; el TC (antes el TS) reconoce legitimación al progenitor, pero no fija los términos, condiciones ni límites aplicables a tal legitimación. El argumento de fondo es el entendimiento de que la previsión constitucional de la permisión de la investigación de paternidad (art. 39.2) configura un derecho no reservable en exclusiva a los hijos, sino reconocible también en cabeza del progenitor, reforzándose la inconstitucionalidad por vulnerar el derecho de acceso a los tribunales (tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE).

2.2. Votos particulares de la sentencia del TC

La citada STC 273/2005 no fue, sin embargo, unánime, sino que tuvo cinco votos en contra que se materializaron en dos votos particulares.

El primero de ellos (debido a los Magistrados Pérez Vera [ponente de la sentencia], Gay Montalvo y Rodríguez Arribas, discrepa por entender que

el conjunto del sistema de las acciones de filiación y de los modos de determinación de la filiación daría cauce suficiente al progenitor no matrimonial sin posesión de estado para satisfacer su interés (ejemplifica con el reconocimiento realizado con oposición del otro progenitor, susceptible de recurso judicial al amparo del art. 124 CC) con lo que la privación de acción en el art. 133 no cercena su derecho y sus cauces de reacción, sino que pondera los intereses contrapuestos, haciéndolos vencer. Aunque conviene advertir que en este caso no cabría, pues la existencia de paternidad legalmente determinada (el padre putativo que había reconocido eficazmente a las hijas, con constancia en el Registro Civil, aunque tal reconocimiento fuera falso) impide la posibilidad del reconocimiento por el pretendido padre como modo de determinar la paternidad (art. 113-2º CC).

El otro voto particular (suscrito por Jiménez Sánchez, Delgado Barrio y García-Calvo Montiel) justifica la eliminación de la legitimación del progenitor por el precepto cuestionado por la «protección integral de los hijos» protegida por el art. 39.2 CE, remitiéndose para su desarrollo al voto particular (que ya emitieron los dos primeros firmantes) a la STC 138/2005 (ToI 645229) relativa a la declarada inconstitucionalidad del art. 136-1º CC (plazo de ejercicio de la acción de impugnación de paternidad matrimonial por el marido de la madre), en el que se enfatiza la necesidad de proteger la seguridad jurídica en las relaciones familiares, que se desprendería del juego de los arts. 39.2 y 3 en relación con el 9.1 CE, como razón suficiente justificadora de las limitaciones de legitimación del padre en el ejercicio de las acciones de filiación en los casos contemplados.

2.3. Consecuencias: legitimación del progenitor

La primera consecuencia de lo expuesto ha sido reconocer al progenitor sin relación familiar fáctica (sin posesión de estado) legitimación para ejercitar la acción de reclamación de filiación no matrimonial. Esta es la consecuencia más inmediata y directa del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cuando tacha de inconstitucional al art. 133-1º por haber omitido tal legitimación (inconstitucionalidad por omisión). El fundamento para ello se encuentra en jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional previa, que había determinado que la investigación de paternidad, expresamente ordenada en el art. 39.2 CE, se ofrece no sólo al hijo y a la madre, sino también al padre. Con la consecuencia de que se aplica el efecto de la negativa injustificada a su práctica prevista en el art. 767.4 LEC, tanto a los casos en que el demandado es el padre renuente que se desentiende de sus responsabilidades, como al caso en que es el hijo o la madre

quienes se resisten a dar cabida en sus vidas al padre reclamante (v. Barber, pp. 264-265; Quicios, pp. 231 ss. y allí referencias jurisprudenciales y doctrinales) y adoptan una actitud obstruccionista a la práctica de la prueba.

2.4. (Sigue)...Sin límite de plazo

Abierta la puerta a la legitimación activa del progenitor y dada la ausencia de regulación legal (laguna legal en sentido propio), se considera desapoderado el TC para cubrir la laguna. Y ahí para. Tras su estela, eso mismo hace el TS; o eso dicen que hacen. Pero en realidad lo que sí hacen en sentar el siguiente régimen: abierta la puerta a la legitimación activa del progenitor no matrimonial reclamante, ante la ausencia de limitaciones legalmente previstas para el caso específico (lógica carencia, pues el legislador negaba la legitimación, por lo que no hubo de entrar en precisar más extremos), le dispensan exactamente el mismo régimen que el no anulado (por ende, vigente) art. 133-1° dispone para la legitimación del hijo: durante toda su vida. Es decir, sin sometimiento a plazo.

No dicen estas sentencias qué pasa fallecido el progenitor y si resultará también aplicable a ese supuesto la previsión del segundo párrafo del mismo artículo: sus herederos podrían ejercitar la acción si ha fallecido antes de cuatro años desde que alcanzó la plena capacidad o antes del transcurso de un año desde el descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda. Es de temer, dado lo plano de la respuesta que se ha dado (no es asunto de los tribunales, sino del legislador) que así se termine afirmando.

Cuando en realidad la respuesta debe ser otra: aplicar por analogía el criterio distintivo que preside la redacción de los dos párrafos del artículo anterior. En él, al regular la legitimación activa para ejercitar acción de reclamación de filiación matrimonial sin posesión de estado, tras reconocer legitimación activa al padre, la madre y el hijo, en el segundo párrafo sólo se confiere legitimación a los herederos del hijo que fallezca en los indicados plazos. Dicho de otro modo, aplicar el párrafo segundo del art. 133 (no tocado por la inconstitucionalidad) conforme a su tenor literal, hasta tanto no cubra el legislador el vacío.

2.5. (Sigue)...y sin limitación alguna

Parece, curiosamente, haber acuerdo en nuestros más altos tribunales en un punto: el ejercicio de acciones de filiación genera tensión entre el interés del actor (que se constituya la filiación reclamada o se elimine la que se impugna) y el estatus familiar preexistente que se quiere alterar, pro-

vocando una modificación no consentida por parte del o los demandados, sobre todo cuando el actor es el padre. Principalmente parece preocupar el interés de los hijos a que su estatus familiar preestablecido no padezca alteración, lo cual suele identificarse con la seguridad jurídica (anclada en el art. 9.1 CE) relativa a los vínculos familiares (protección de madres e hijos y silenciamiento de padres en el art. 39 CE).

De ahí que con naturalidad se entienda que puede restringirse y limitarse la legitimación activa del padre; el problema estriba en quién y cómo puede hacerlo. Y la respuesta, primero del TC, tras su pronunciamiento también del TS, es clara: el legislador y sólo el legislador. Parecen, pues, haber quedado desautorizados los tribunales ordinarios para intentar la fijación de límites.

Ya se puso tímidamente ello de relieve en la citada STS 892/2005 (*Tol 795259*); tímidamente, porque aunque en realidad el Supremo se plegó a la doctrina del TC, todavía se atrevió a afirmar: «después de la sentencia 273/2005 y a falta de la necesaria reforma legal del artículo 133.1 del Código civil, esta Sala, con mayor razón, debe seguir sus propios precedentes en relación con la legitimación del progenitor no matrimonial para interponer la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial» (FD 4º). Poco después, en la STS 27/2006 de 2 de febrero (*Tol 820935*), ni siquiera se atrevió a ello (acaso, por el planteamiento de los recursos, no hubo opción).

Es posible que en este punto el proceder el Tribunal Constitucional haya sido correcto: descartado que pueda salvarse la constitucionalidad de la norma mediante interpretación *secundum constitutionem*, se limita, como es su función, a ejercer de «legislador negativo» (aunque en el caso habría más bien que decir «legislador inclusivo»).

Sin embargo el proceder del Tribunal Supremo no es digno de alabanza, pues en realidad el efecto de la inconstitucionalidad del art. 133.1, como antes se ha dicho, es provocar la inclusión del progenitor como legitimado activamente, pero sin régimen jurídico concreto circunstanciado. Es decir, la provocación de una laguna, que puede ser llenada por los tribunales ordinarios conforme a la técnica jurídica habitual. Lo cual le permite acudir a la analogía y a aplicar los mecanismos generales que dispensa el ordenamiento para resolver estas cuestiones. Entre los cuales cobra especial relieve el límite general al ejercicio de los derechos que representa la prohibición del abuso del derecho, como se planteó en la demanda y en el recurso de casación. En este sentido, sin perjuicio de los reproches (tan habituales, como poco elegantes) a las deficiencias técnicas del recurso (debiera haberse planteado recurso por infracción procesal para salvar la «incongruencia omisiva»), parece más ajustado el sentido del voto parti-

cular, que con base precisamente en la prohibición del abuso de derecho y en el conflicto con otros intereses contrapuestos dignos de tutela (intimidad personal y familiar, seguridad jurídica, estabilidad de las relaciones familiares) considera que debiera haberse denegado la legitimación activa del actor por ausencia de interés legítimo. O, mejor dicho, por ausencia de legitimidad de su interés.

Y, acaso, en el juicio de ponderación de los intereses vulnerados por el posiblemente abusivo proceder del actor, habría que dar especial valor a la protección de la intimidad personal y familiar, así como a la propia imagen, tutelados con el máximo rango en nuestro sistema por el art. 18.1 CE. El argumento es también esgrimido en el recurso. Y despachado con ligereza. Pero acaso convendría haber tenido presente, por ejemplo, la STC 167/2013 de 7 de octubre (*Tol 3991418*), que incluye dentro del derecho a la propia imagen el derecho al nombre (y apellidos, naturalmente), siguiendo la pauta mostrada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y por alguna previa jurisprudencia del propio TC (v. FJ 5° y allí cita de las sentencias), que considera lesivo de ese derecho fundamental el cambio impuesto y sobrevenido de apellidos en casos de falta de anuencia de los interesados; como probablemente sea el presente.

2.6. Perspectivas de reforma legislativa

El recién presentado Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 131-1, de 27 febrero 2015) denota que el legislador parece salir de su letargo y propone nueva redacción del art. 133 CC, por causa de su declarada inconstitucionalidad (también y por el mismo motivo lo pretende con el 136). La reforma propuesta, recogida en el artículo Segundo, apartado Tres, consiste en convertir en actual art. 133 en el primer apartado del nuevo art. 133. Y se añade un apartado nuevo, que rezaría del siguiente tenor:

«2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación.

Esta acción no será transmisibile a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida.»

No corresponde efectuar aquí la crítica de este texto (aún provisional); pero sí aplaudir la limitación de la continuación de la acción por los herederos del progenitor, no permitiendo su simple transmisión sucesoria, y la breve limitación temporal, un año, del plazo de ejercicio. Pero el cómputo

del momento inicial del mismo se puede prestar a situaciones dudosas e indeseables. Quizás sea preferible fijar el plazo desde que se tenga conocimiento del nacimiento, haciendo la salvedad para alguna hipótesis en la que eso resulte irrelevante, en cuyo caso sí podría posponerse el inicio de su transcurso. Y considerar la posibilidad de anudar el posible ejercicio de la acción con la posibilidad de efectuar reconocimiento, de manera que, si este es posible, no quepa el ejercicio de la acción. Y, acaso, facilitar el ejercicio de una acción para salvar la falta de conformidad del otro progenitor (comúnmente la madre) que, como es sabido, priva de eficacia al reconocimiento. Incluso, como se ha sugerido con tino (Quicios, p. 113) e inspiración en Derecho catalán, articular un posible acción acreditativa de la autoría de la generación, pero sin efectos prácticos en la determinación de la filiación, si no cuenta con el consentimiento del hijo.

2.7. Valoración final: daños colaterales en la guerra de tribunales

Es lamentable el resultado alcanzado por la sentencia objeto de comentario, pues parece querer saldar cuentas con el Tribunal Constitucional a costa de los ciudadanos. No es la primera vez que Supremo y Constitucional se enzarzan en desacuerdos y disputas. Y es posible que, en la materia que nos ocupa, sean comprensibles las razones del Supremo. Pues gratuita fue la desautorización realizada por el TC del criterio corrector sentado por la jurisprudencia del Supremo en su interpretación del art. 133-1° CC, permisiva de la legitimación activa del progenitor sin posesión de estado. Tal jurisprudencia, no sin artificio retórico para disimular la agresión, es tildada de «interpretación contra legem» y manipuladora de los enunciados legales (FJ 8°, penúltimo párrafo).

La respuesta del Supremo parece más sibilina, pero también más injusta para los implicados. Obedece ciegamente los trazos más gruesos de la sentencia del Constitucional, proclamando que por obra del mismo la legitimación activa del progenitor que reclama filiación no matrimonial sin posesión de estado se equipara plenamente a la que el precepto atribuye al hijo, sin matices ni cortapisas evitadores de extremos indeseables. Es legitimación directa dimanante de la Constitución por el mero hecho de ser padre con derecho a la investigación de paternidad; y carente de restricción en cuanto a plazo ni ningún otro requisito adicional. La culpa, por supuesto, del Constitucional y, por inacción, del legislador. Le ha faltado añadir: «nosotros somos unos mandados y nada podemos hacer».

Al menos han tenido un gesto de caridad con los perdedores: les perdonan la condena el costas.

2.8. Epílogo: una afirmación sorprendente

En el párrafo 10 del FD 1º (Resumen de Antecedentes) se dice que «El actor llegó a contraer matrimonio con la madre de sus pretendidas hijas a finales del año 2004». Queda la duda de si se trata de una errata o no, pues no parece tener ese dato trascendencia en el pleito, que se enfoca todo él como un caso de ejercicio de acción de reclamación de filiación no matrimonial, centrado en el art. 133-1º CC. Si es cierto lo que se dice, sin embargo, estaríamos en realidad en presencia de una reclamación de filiación matrimonial, dado que, conforme al art. 119, desde el matrimonio de los progenitores la filiación no matrimonial determinada por cualquiera de los medios mencionados en el art. 120, entre ellos la sentencia firme (no requiere el precepto que se haya determinado antes de la boda de los progenitores; cfr. Verdera, cit., p. 1252; Vaquero, p. 231), deviene filiación matrimonial. En tal caso, ausente la posesión de estado, el precepto de encauzamiento de la pretensión del actor debiera haber sido el art. 132-1º CC, que no ha quedado alcanzado por la jurisprudencia constitucional y que, en lo que aquí interesa, confiere al padre legitimación de por vida para el ejercicio de la acción de reclamación.

Es decir: probablemente el fallo hubiera sido el mismo, pero sin implicar los problemas provocados por la STC 273/2005.

Referencia bibliográfica

- Barber Cárcamo, Roncesvalles, *La filiación en España: una visión crítica*. Aranzadi-Thomson-Reuters, Navarra 2013.
- García Vicente, José Ramón, «Las acciones de filiación» en *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dirs.), volumen V, Aranzadi-Thomson-Reuters, Navarra 2011.
- Quicios Molina, M. Susana, *Determinación e impugnación de la filiación*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Navarra 2014.
- Vaquero Pinto, M. José, «La filiación matrimonial» en *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dirs.), volumen V, Aranzadi-Thomson-Reuters, Navarra 2011.
- Verdera Server, Rafael, *sub arts. 119 y 127-133*, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

Sentencia 707/2014, de 3 de diciembre de 2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Dulce, doña Patricia, doña Beatriz y don Victorio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), de fecha 29 de mayo de 2013, en el rollo de apelación 322/2011, dimanante de los autos de juicio verbal nº 247/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubrique.

Han comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente, doña Dulce, doña Patricia, doña Beatriz y don Victorio, representados por la procuradora doña Elisa María Sainz de Baranda Rivas.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida don Bruno, representado por la procuradora doña Gloria Mesa Teichman. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Tramitación en primera Instancia

1. La procuradora de los tribunales doña María Fernández Roche en nombre y representación de don Bruno, presentó demanda de juicio verbal, en reclamación e impugnación de filiación no matrimonial, ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Cádiz (antiguo mixto 8), contra doña Beatriz, contra la menor Patricia, Dulce y contra don Victorio, suplicando al Juzgado «Que teniendo por presentado este escrito con los documentos acompañados y copia de todo ello, se sirva admitirlo, requiera a don Bruno para que comparezca y me otorgue el correspondiente apoderamiento «apud acta», y verificado tenga por formulada, en representación del mismo, demanda de juicio verbal en reclamación e impugnación de filiación no matrimonial de Dulce y Patricia contra las mismas, doña Beatriz, don Victorio y con citación del Ministerio Fiscal, y

seguido el juicio por sus trámites legales, dicte sentencia en su día, por la que:

A) Declare que mi representado, don Bruno, es el padre biológico de Dulce y Patricia.

B) Declare, en consecuencia, que don Victorio, no es el padre de Dulce y Patricia.

C) Declare que los apellidos de Dulce y Patricia son, por tanto, Vicente.

D) Ordene la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento de Dulce, que figura inscrita en el Registro Civil de Ubrique, Sección NUM000, Libro NUM001, Folio NUM002, y de la inscripción de nacimiento de Patricia, que figura inscrita en el Registro civil de Ubrique, Sección NUM000, Libro NUM003, Folio NUM004, en el sentido de que:

D.1. Se haga constar que el padre de las mismas es don Bruno.

D.2. Se haga constar que el primer apellido de Dulce y de Patricia es el de Vicente.

E) Con expresa imposición de costas a los demandados, si se opusieran a esta demanda.»

2. La procuradora de los tribunales doña Dolores Godoy Gálvez, en nombre y representación de doña Dulce, doña Patricia, doña Beatriz y don Victorio, contestó a la demanda formulada de contrario, suplicando al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito junto con las copias que se acompañan, los admita, con devolución del poder original que se precisa para otros usos, previo testimonio para su unión a autos, y se tenga por comparecido y parte en la representación que ostento a la Procuradora doña Dolores Godoy Gálvez, en nombre de doña Dulce y doña Patricia, doña Beatriz y de don Victorio, entendiéndose conmigo las sucesivas actuaciones, y teniendo por contestada la demanda de juicio verbal de reclamación de filiación no matrimonial con impugnación de la filiación contradictoria y tras su sustanciación, con intervención del Ministerio Fiscal, dicte resolución por la que inadmita demanda y archive las presentes actuaciones por la falta de aportación del principio de prueba y, en su defecto,

dicte Sentencia por la que estime las excepciones procesales de prescripción de la acción y de falta de legitimación activa invocadas, con los efectos legales inherentes a tales excepciones procesales, y subsidiariamente dicte Sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, absuelva a mis representados de las pretensiones formuladas en su contra, todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento al actor.»

3. El fiscal contestó a la demanda interesando al Juzgado se le tenga por comparecido, y por opuesto a las pretensiones en ella deducidas, salvo que llegaran a probarse los hechos en los que se basa la misma.

4. El Juez de Primera Instancia e Instrucción número uno de Ubrique dictó Sentencia con fecha 1 de septiembre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Josefa Salas Gómez en nombre y representación de don Bruno, debo declarar y declaro no haber lugar a las pretensiones de la parte actora; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.»

Tramitación en segunda instancia

5. La anterior resolución fue recurrida en apelación por la representación procesal de don Bruno, cuya resolución correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz que dictó sentencia el 29 de mayo de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Vicente contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Ubrique en fecha 1 de septiembre de 2010 y desestimando la impugnación de sentencia deducida por doña Beatriz, don Victorio, doña Dulce y doña Patricia,

a).- Declaramos que don Bruno es el padre biológico de doña Dulce y doña Patricia. Y en consecuencia don Victorio no es el padre de aquellas.

b).- Los apellidos de doña Dulce y doña Patricia serán en adelante Vicente.

c).- Rectifíquense en el Registro Civil de Ubrique, Sección Primera, las inscripciones de nacimiento

de doña Dulce (Libro NUM001, Folio NUM002) y doña Patricia (Libro NUM003, Folio NUM004) en el sentido de hacer constar que el padre de las mismas es don Bruno y el primer apellido de ambas el de Vicente.

d).- Se imponen a la parte demandada las costas procesales de la primera instancia. En cuanto a las costas de esta alzada, no ha lugar a especial pronunciamiento respecto a las propias del recurso principal, imponiéndose las de la impugnación de sentencia a los impugnantes.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

6. Contra la anterior resolución, la representación procesal de doña Dulce, doña Patricia, doña Beatriz y don Victorio, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 447.2, ordinal tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infringiendo el artículo 1964 del Código Civil.

Segundo: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC, infringiendo el artículo 7.1 y 2 del Código Civil.

Tercero: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC, infringiendo el artículo 133 del Código Civil.

Cuarto: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC. por infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en el artículo 18.1 de la CE.

Quinto: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC, infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en el artículo 18.1 de la CE

7. Por diligencia de ordenación de 31 de julio de 2013 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, para comparecer.

8. Esta Sala dictó Auto el 1 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de doña Dulce,

doña Patricia, doña Beatriz y don Victorio, contra la sentencia dictada, con fecha 29 de mayo de 2013, por la audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) en el rollo de apelación nº 322/2011, dimanante de los autos de juicio verbal nº 247/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubrique.»

9. Dado traslado a las partes el Ministerio Fiscal impugnó el recurso interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

10. La representación procesal de don Bruno, presentó escrito ante esta Sala, manifestando su oposición al recurso formulado de contrario.

11. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de noviembre, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Resumen de Antecedentes

PRIMERO. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1. En el presente litigio se ejercita por la representación de la parte actora, don Bruno, una acción de reclamación de filiación no matrimonial y acción de impugnación de filiación contradictoria contra doña Beatriz, doña Patricia, doña Dulce y contra don Victorio, solicitando que se declare que don Bruno es el padre biológico de Dulce y Patricia y, en consecuencia, se declare que don Victorio no es el padre de Dulce y Patricia, y todo ello con el consiguiente cambio de apellidos y rectificaciones en el Registro Civil.

2. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, si bien contiene como hechos relevantes acreditados no contradichos por la sentencia recurrida que i) don Victorio y doña Beatriz comenzaron su relación en el año 1981, antes del nacimiento de la primera hija, que fue en 1986, así como que el Sr. Victorio ha estado al frente de la educación y sostenimiento económico de Dulce y Patricia, además de las buenas relaciones afectivas

existentes como padre e hijas; ii) que entre doña Beatriz y don Bruno han existido relaciones sentimentales.

3. Victorio nació el NUM005 de 1986 y Patricia el NUM006 de 1991 e inscritas en el Registro Civil de Ubrique más tarde como hijas no matrimoniales de don Victorio, en virtud del reconocimiento llevado a efecto por éste último ante el correspondiente Juez-Encargado, recogido en acta de 27 de septiembre de 1996, con el consentimiento de la madre de las entonces menores doña Beatriz.

4. Contra la sentencia de la primera instancia interpusieron recurso de apelación ambas parte, en vía principal el actor y en vía impugnatoria o adhesiva, en palabras de la Audiencia, los codemandados. El actor insistiendo en la prosperabilidad de la acción y los codemandados, por haberlo negado la sentencia, en lo relativo a la prescripción de las acciones de reclamación e impugnación de filiación deducidas en el pleito y la caducidad de esta última, así como la falta de legitimación activa oportunamente invocada, solicitando, subsidiariamente, caso de no prosperabilidad la impugnación, la desestimación de la demanda.

5. La sentencia recurrida, resolutoria del recurso de apelación, dictada el 29 de mayo de 2013 por la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, al plantear el ámbito de la alzada en los términos recogidos, se inclina por la solvencia y fundamento del recurso principal e inconsistencia de los argumentos obstativos de los impugnantes, puntualizando que se replantean ante la Sala las mismas cuestiones procesales y sustantivas que se hicieron valer ante el Juzgado.

6. La prescripción de la acción la rechaza por aplicación de la jurisprudencia de esta Sala, con cita de las sentencias de 24 de junio de 1996, 20 de junio y 2 de octubre de 2000, entre otras, por extenderse la legitimación del hijo, al amparo del artículo 133 del Código Civil, al padre y a la madre en aplicación de criterios de flexibilidad, decantados en la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2005, que declara inconstitucional impedir al progenitor no matrimonial la reclamación de filiación en los casos de inexistencia de la posesión de estado.

7. La caducidad de la impugnación tampoco la estima, razonando que el ejercicio de la acción de reclamación permite en todo caso, y a su vez precisa, del ejercicio de la acción contradictoria, significando que el artículo 134 del Código Civil es de aplicación tanto a la filiación matrimonial como a la no matrimonial. Al ejercer la acción de reclamación puede y debe ejercer la de impugnación, en acumulación de acciones en que la impugnación es accesoria a la reclamación, que es la principal.

8. A propósito de la discutida legitimación activa del demandante se desestima su ausencia por referirse al artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la «condición de parte legítima» y añade que «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso». Será, pues, la relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quienes son partes legitimadas. Al presentarse el actor como padre biológico de las codemandadas doña Dulce y doña Patricia para su reclamación de paternidad, se encuentra legitimado para la acción que ejercita por autorizarlo la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo.

9. Al estimar la acción principal y, por ende, la reclamación de paternidad, motiva que i) la negativa de las demandadas a colaborar a la prueba biológica, pues el demandado sí se presentó, impide según la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia 11 de abril de 2012) que se declare la paternidad con base única y exclusivamente a tal negativa, si bien tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria existente en el proceso; ii) a partir de tales pautas y facilidad de las demandadas para despejar las dudas que sobre la paternidad reclamada se infiriese de otras pruebas, se valora la amplia documental aportada por el actor (historia clínica de evolución y desenlace gestacional con ocasión de ambos nacimientos, asistidos por el Sr. Calixto como médico ginecólogo, despacho telegráfico remitido a la madre en relación con la inscripción y apellidos

de la niña, sentencia de separación de él con su esposa que se fundamenta en la infidelidad pública y conocida del primero, conjunto de fotos de distintas épocas en que aparecen don Bruno y doña Beatriz juntos y en unión de las hijas de ésta); iii) testifical de doña Genoveva, auxiliar de don Bruno y amiga de doña Beatriz, con sólidas y convincentes declaraciones; iv) cartas dirigidas por doña Beatriz a don Bruno en relación con las hijas de ella.

10. El actor llegó a contraer matrimonio con la madre de sus pretendidas hijas a finales del año 2004.

11. Contra meritada sentencia interpuso recurso de casación la representación de todas las partes demandadas, por interés casacional puesto que la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, formulando a tal fin cinco motivos.

RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO. Los motivos que formula son los siguientes:

1. Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 447.2, ordinal tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso presenta interés casacional, ya que infringe el artículo 1964 del Código Civil (por su inaplicación e inobservancia en el caso de autos) que establece que las acciones personales que no tengan plazo especial de prescripción prescriben a los quince años, así como también infringe el artículo 133 del Código Civil (por su errónea interpretación y consiguiente errónea aplicación en el caso de autos) que establece que sólo el hijo tiene acción durante toda su vida para la reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva potestad de estado, puestos en relación con el principio general de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española, debiendo fijarse como doctrina la de que en casos como el presente en los que el progenitor no matrimonial sin posesión de estado que conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento)

y el mismo se considera así mismo como padre no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria dentro del plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales, la acción prescribe.

En su planteamiento se afirma que no existe jurisprudencia directa para el caso del progenitor que reclama una filiación no matrimonial sin posesión de estado y que concurre el carácter extraordinario de interés casacional de crear jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado. Pretende, en esencia, que su acción no sea imprescriptible, como lo es para el hijo, sino sujeta a la prescripción de 15 años.

Subsidiariamente, sin cita jurisprudencial, entiendo que se declare la caducidad de la acción de impugnación.

2. Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento

Al amparo de lo dispuesto en el art. 477 2, ordinal tercero de la LEC, el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el artículo 7.1 y 2 del Código Civil (por su inaplicación al caso de autos) que establece como principio general del Derecho la buena fe en el ejercicio de los derechos, la prohibición de ir contra los propios actos, el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente viene interpretando tal precepto en dichos apartados, puesto en relación con el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone a los Jueces y Tribunales rechazar las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho, debiendo fijarse como doctrina la de que los Juzgados y Tribunales rechazarán las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado en aquellos supuestos en que el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva

y temporánea, sino que lo hace de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento, máxime cuando se trata de la reclamación de la paternidad de dos hijos.

En su planteamiento acude a que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe así como a que la Ley no ampara el abuso del derecho.

Según la parte recurrente no cita ni aporta jurisprudencia, a efectos de acreditar el interés casacional, por ser un principio general al que se opone la sentencia recurrida, sentencia que, por otro lado, afirma que ha obviado pronunciarse sobre dicho principio, incurriendo en incongruencia omisiva con evidente vulneración del artículo 24 de la Constitución Española que contiene el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva.

Recoge que supondría en todo caso un flagrante abuso de derecho y un ejercicio antisocial del mismo por ejercicio extemporáneo e intempestivo que no puede ser tutelado por los Tribunales de Justicia en ningún caso, pues colisiona gravemente con el derecho e interés de mis representadas, doña Dulce y doña Patricia (cuyo interés en tanto que hijas debe ser el prevalentemente protegido por el ordenamiento) en cuanto a la preservación de su propia identidad, de los vínculos familiares, de los afectivos y sociales y la estabilidad de su estado civil, así como de su propia intimidad personal y familiar, que ya cuentan con su apellido, Campanario, en definitiva, de la seguridad jurídica en el marco de las relaciones de parentesco y familiares, lo que supone un grave atentado a la posesión de estado familiar que durante todos estos años (desde su nacimiento) han mantenido los cuatro codemandados a que represento, cuando por el contrario, el actor que no ha convivido ni tratado ni a Dulce ni a Patricia, a las que ni tan siquiera ha conocido (sólo las ha conocido en fechas recientes), y a las que ni ha mantenido económicamente ni alimentado, ni educado, ni se ha preocupado por sus estudios ni su salud, ni las ha cuidado ni protegido, ni les ha procurado una formación, aparece ahora de forma sorpresiva, inoportuna, extemporánea e intempestiva

Finalmente denuncia en su planteamiento que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz ahora recurrida en casación ha obviado y omitido pronunciarse sobre el motivo de oposición a la demanda y al recurso de apelación consistente en la invocación y aplicación al caso de la norma del artículo 7.1 y 2 del Código Civil atinente a la buena fe en el ejercicio de los derechos, la prohibición de ir contra los propios actos, al abuso de derecho y al ejercicio antisocial del derecho, y a la doctrina jurisprudencial del TS sobre dicho precepto, lo cual sin duda supone una incongruencia omisiva de la citada Sentencia (no resuelve un motivo de la oposición a la demanda debidamente planteado por esta parte demandada tanto en la instancia como en la apelación) y que supone una vulneración del derecho fundamental de mis mandantes a la tutela judicial efectiva del art. 24. de la CE.

3. Motivo tercero. Enunciación y planteamiento

Al amparo de lo dispuesto en el art 477.2, ordinal tercero de la LEC, el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a determinada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el artículo 133 del Código Civil (por su errónea interpretación y consiguiente errónea aplicación en el caso de autos) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene interpretando que la reclamación de filiación extramatrimonial sólo la puede instar el padre cuando goce de la posesión constante de estado (como se deduce del art. 133 del Código Civil, que solo la atribuye al hijo) y aunque no desconoce la doctrina jurisprudencial del propio TS que ha extendido también al padre o madre tal acción no puede ampararse indiscriminadamente en generalizaciones que puedan dañar seriamente pacíficas situaciones personales constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor y del menor mismo, por lo que hay que ponderar otros intereses que puedan justificar la restricción de la legitimación, según se recoge expresamente en la doctrina jurisprudencial citada en las SSTs de la Sala Primera del Tribunal

Supremo de fecha 28 de mayo de 1997 (Recurso 1858/1993) y de fecha 1 de Febrero de 2002 (Recurso 2524/1996), debiendo fijarse como doctrina la de que en orden a la legitimación en la reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado cuando el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea el mismo —el pretendido padre o progenitor— carece de legitimación activa, ya se trate como falta de legitimación activa «*adprocessum*» o como falta de legitimación activa «*ad causam*» cuando acciona reclamando su paternidad no matrimonial y consiguiente impugnación de la filiación contradictoria de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento.

En su planteamiento insiste en la vulneración del artículo 133 del Código Civil así como la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias citadas en el enunciado.

Niega que en caso de falta de posesión de estado el padre tenga legitimación para reclamar la filiación no matrimonial, entendiendo que sólo el hijo tiene legitimación.

Afirma la parte recurrente ser conocedora de la jurisprudencia de la Sala al respecto como de la doctrina del Tribunal Constitucional, pero añade que la ampliación de la legitimación debe hacerse sin generalizaciones que puedan dañar muy seriamente a pacíficas situaciones personales y posesorias constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor, que en definitiva pudiera afectar negativamente a la paz familiar y seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares, con perjuicio para los hijos.

4. Motivo Cuarto. Enunciación y Planteamiento

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2, ordinal tercero de la LEC, el recurso presenta

interés casacional, por infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en el artículo 18.1 de la CE que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto en relación con el 9.3 de la CE relativo a la seguridad jurídica, el artículo 10 de la CE relativo a la dignidad de la persona: derechos inviolables que le son inherentes; libre desarrollo de la personalidad y el artículo 39 apartados 1, 3 y 4 de la CE, preceptos que también han sido infringidos, debiendo fijarse como doctrina la de que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares prevalece sobre el derecho a la investigación de la paternidad del último inciso del artículo 39.2 de la CE —que cede frente a los anteriores derechos— en supuestos como el de autos en que cuando el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea la acción de filiación matrimonial sin posesión de estado del pretendido padre o progenitor no puede estimarse por los Tribunales por prevalencia de los indicados derechos fundamentales del hijo y para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares y la posesión de estado familiar, incluido el apellido del que viniera disfrutando, cuando el pretendido progenitor acciona reclamando su paternidad no matrimonial y consiguiendo impugnación de la filiación contradictoria de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento

En su extenso alegato hace un planteamiento que, desde la cita de preceptos constitucionales que amparan derechos fundamentales de la persona, insiste en la afectación que sufrirían estos si se amplía generosamente la legitimación del progenitor en caso de falta de posesión de estado para reclamar la filiación extramatrimonial. Finaliza este planteamiento con la afirmación de que la sentencia recurrida ha vulnerado el

derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de las demandadas cuya filiación se declara y lo dispuesto en los artículos 9.3 y 10 de la Constitución Española, puestos en relación con el artículo 39 en sus apartados 1, 2 y 4, incurriendo también en infracción del artículo 24 de la Constitución Española que contiene el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por haber incurrido en incongruencia omisiva al no dar respuesta a este motivo de oposición a la demanda planteado por ella tanto en la instancia como en la alzada.

5. Motivo Quinto. Enunciación y Planteamiento

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2, ordinal tercero de la LEC, el recurso presenta interés casacional, por infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en el artículo 18.1 de la CE que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto en relación con el 9.3 de la CE relativo a la seguridad jurídica, el artículo 10 de la CE relativo a la dignidad de la persona dignidad de la persona: derechos inviolables que le son inherentes; libre desarrollo de la personalidad y el artículo 39 apartados 1, 3 y 4 de la CE, preceptos que también han sido infringidos junto al artículo 767.3 y 4 de la LEC, debiendo fijarse como doctrina la de que está justificada la negativa a someterse a la prueba biológica cuando el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea sino que lo hace de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento por prevalencia de los indicados derechos fundamentales del hijo y para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares y la posesión de estado familiar, incluido el apellido del que viniera disfrutando.

En su planteamiento insiste, pero ahora para justificar la negativa de las demandadas a someter-

se a la prueba biológica, en la circunstancia de ejercitar el progenitor la acción de reclamación de filiación no matrimonial, sin existir posesión de estado, de forma intempestiva y extemporánea.

TERCERO. Consideraciones Previas.

Antes de dar respuesta a los motivos formulados con el contenido que más adelante se expondrá, conviene hacer unas previas consideraciones para concretar el ámbito del debate y para servir de soporte a la decisión de la Sala.

1. La Ley 11/1981, de 13 de mayo impuso un novedoso régimen para la filiación. El legislador pretendió equilibrar los delicados intereses en conflicto y proteger la certeza de la filiación matrimonial. El matrimonio no se prima respecto a los efectos de la filiación, pero su existencia o no si influye a la hora de discriminar los títulos de su determinación así como para articular el sistema de acciones. Como dice la exposición de motivos del proyecto de Ley «haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación». Otro factor en que incide la reforma en cuanto al régimen de las acciones es el de la existencia o no de la posesión de estado. Con esos pilares aborda la diferenciación de plazos y legitimación activa para facilitar la adecuación de la filiación legal a la social, esto es, la que se vive por la posesión de estado, y poner trabas o límites a la impugnación de la filiación matrimonial.

Sobre todo ello es ilustrador lo que afirma la exposición de motivos del proyecto de Ley: «Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, la presente ley refleja la influencia de dos criterios encontrados. De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco».

En esta fase legislativa postconstitucional destaca: i) la no discriminación de la filiación no matrimonial; ii) la admisión de la investigación de la paternidad y iii) algo de sumo interés, cual es, la consideración de que el interés del hijo es preeminente respecto al del progenitor, como se desprende de que aquél siempre esté legitimado para el ejercicio de las acciones de filiación así como que el mayor de edad pueda negarse al reconocimiento por su progenitor.

2. Motivos de tipo social y jurídico, destacando de entre los últimos la interpretación de los derechos fundamentales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en los últimos años, ha provocado un cambio inacabado en la evolución del régimen jurídico de la filiación, con importantes sentencias, que afectan sustancialmente a las acciones de aquella, como son la de impugnación de presunción de la paternidad marital y la de reclamación de la filiación extramatrimonial. En esta evolución la investigación de la paternidad que se incorpora como un medio de defensa del hijo contra la irresponsabilidad del progenitor, se ha venido a poner también a disposición de éste, concediéndole que pueda obtener la declaración de paternidad así como la impugnación de la incierta. Con este reconocimiento de los derechos fundamentales del progenitor deja de ser el hijo el centro de estas acciones de filiación y queda como compartiéndolo con el progenitor.

3. En este estadio de la evolución reseñada se contempla la cuestión esencial del presente recurso relativa a la reclamación de paternidad del padre biológico. Se contraponen la interdicción de la investigación de la paternidad por el progenitor con la finalidad de proteger la defensa de la familia legítima con el derecho de aquél de ver legalmente determinada la relación paterno-filial. Como decimos, y así sobrevuela sobre todo el recurso, el progenitor pasa a tener un papel activo con el peligro de irrumpir en una realidad familiar ya asentada. En nuestro ordenamiento jurídico el punto de partida sobre la reclamación de paternidad del padre biológico se sitúa en el artículo 133.1 del Código Civil que dispone claramente que «la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falte la respectiva

posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida», con lo que queda excluida la «legitimación» del progenitor sin posesión de estado.

4. El Tribunal Supremo, sin embargo, a partir de los años 90 se inclinó mayoritariamente por reconocer la «legitimación» del progenitor, contrariando la dicción literal del precepto, apoyándose en una antinomia entre el artículo 133.1 y el artículo 134, que resuelve acudiendo a una interpretación lógica y sistemática.

Es cierto que la sentencia de fecha 28 de mayo de 1997, (Recurso 1858/1993), partiendo de que la jurisprudencia debe mantenerse y respetarse, advierte que sin «hacer uso de ella sin generalizaciones que puedan dañar muy seriamente a pacíficas situaciones posesorias constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor», así como que la de fecha 1 de febrero de 2002 (Recurso 2524/1996), sobre la base de no tener por acreditada la paternidad, añade que, aún permitiéndose la investigación de la paternidad, «no se ha llegado a introducir en nuestro sistema jurídico la investigación indiscriminada que resulta perturbadora en el orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo».

Poco después se dicta por la Sala la sentencia de 22 de marzo de 2002 (Recurso 3112/1996) en la que cita la de 24 de junio de 1996 (Recurso 3379/1992), recogiendo que en años posteriores a esta tal interpretación se ha mantenido sin fisuras, citando como representativa la de 20 de junio de 2000 (Recurso 2392/1998), para concluir que no ha infringido el párrafo primero del artículo 133 CC en relación con el artículo 39.2 de la Constitución, ni desde luego la jurisprudencia (motivo primero), porque de lo razonado anteriormente se desprende que dicho precepto constitucional es precisamente uno de los más importantes fundamentos de la doctrina consolidada de esta Sala; tampoco se infringe el artículo 134 CC en relación con el párrafo primero de su artículo 133 (motivo segundo) porque asimismo se desprende de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior que la relación entre ambos

preceptos constituye otro de los fundamentos de la jurisprudencia de esta Sala para reconocer legitimación al progenitor biológico para reclamar la paternidad extramatrimonial pese a faltar la posesión de estado; y tampoco se infringen los apartados 2, 1 y 4 del artículo 39 de la Constitución ni el artículo 24 de la misma (motivos tercero y cuarto, numerado «quinto» en el recurso), porque igualmente resulta de la jurisprudencia de esta Sala que como más beneficioso para el menor se considera la determinación de su paternidad, máxime cuando en este caso resulta que el demandante inicial falleció después de interpuesta la demanda y no se derivarían ya para el menor los perjuicios que de la personalidad conflictiva de aquél se predicen en el recurso.

En ellas late, en ocasiones, el peligro que pudiera derivarse del ejercicio de la acción pero sin establecerse concretas limitaciones al mismo, a salvo la exigencia legal que con la demanda se acompañe un principio de prueba de los hechos en que se funda a efectos de admisión (artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente) o la doctrina jurisprudencial sobre la prueba de investigación biológica en caso de negativa injustificada para someterse a ella.

5. Sentada esta doctrina por el Tribunal Supremo se dicta la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Pleno, 273/2005, de 27 de octubre declarando que la privación al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial faltando la posesión de estado es incompatible con el mandato de investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución Española) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

Recoge la sentencia que «...Pues bien, a la hora de plasmar el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, en el concreto extremo de la determinación de la filiación, el legislador pretendió reflejar en la regulación introducida en el Código Civil por la Ley 11/1981 dos criterios encontrados: «De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado

impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco. E intentando equilibrar estos dos criterios, se confería especial relevancia a la posesión de estado, 'tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen (exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil)...»

«...De esta forma, el Código Civil establece una amplia legitimación («cualquier persona con interés legítimo») para reclamar la filiación manifestada por una constante posesión de estado (artículo 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos de éstos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTS de 10 de marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de nomen, tractatus y fama o reputatio...»

«...En cambio, cuando falta el presupuesto de la posesión de estado, el art. 133 CC sólo otorga la legitimación al hijo durante toda su vida y, bajo determinadas condiciones, también a sus herederos, mas no —en la literalidad del precepto— al progenitor. Se ha primado así el interés del hijo, dotándolo de los instrumentos necesarios para el establecimiento de la verdad biológica que hagan efectivo el mandato del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento y que permitan obtener el cumplimiento por parte de los padres de sus deberes respecto de los hijos menores, en especial, el de prestarles la asistencia precisa durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (art. 39.3 CE). Al mismo tiempo, y en conexión con el favor filii, el legislador ha dado mayor relevancia a la seguridad familiar,

evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto...»

«... Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (artículo 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en el estado civil de las personas.

Ahora bien, en tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la presente cuestión, el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Pues bien, el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, a tal efecto, se prevé que 'en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde» (artículo 767.1 LEC y, anteriormente, el derogado artículo 127 CC)...»

«... En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial

en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción...»

Meritada sentencia no anula el artículo 133.1 del Código Civil porque sería dañar, sin razón alguna, a quienes la ostentan en virtud de tal precepto, limitándose a declarar la inconstitucionalidad por negarse tal legitimación al progenitor que reclame la filiación no matrimonial sin posesión de estado. Hace, sin embargo una afirmación relevante para el presente recurso cuando afirma que «...En suma, resuelta en los términos señalados para el caso concreto la cuestión planteada, la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)».

Más tarde se dictó por el Tribunal Constitucional sobre cuestión idéntica la sentencia 52/2006, de 16 de febrero.

6. Tras dictarse la primera sentencia citada del Tribunal Constitucional se dictó sentencia por esta Sala el 14 de diciembre de 2005 (Recurso 56.25/2000) en la que acude al contenido de la sentencia que hemos mencionado de 22 de marzo de 2002.

Recoge que «de acuerdo con la citada sentencia de 22 de marzo de 2002, hay que señalar que esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores, de modo que «al superarse la literalidad del artículo 133 del Código Civil que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse

por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación del padre biológico» (sentencia de 22 de marzo de 2002. Además, sentencias de 2 de octubre de 2000, 13 de junio de 2002, 17 de junio de 2004 y 8 de julio de 2004, entre las más recientes).

Esta jurisprudencia está en la línea de otras disposiciones semejantes en el derecho comparado. Así el artículo 339.3 del Código civil francés considera que cuando existe la posesión de estado durante 10 años, no se puede impugnar el reconocimiento, a no ser que la acción la interpongan el hijo o aquellos que pretenden ser los auténticos padres (de ceux que si prétendent les parents véritables). El artículo 104.2 del Codi de Família de Catalunya legitima para la reclamación de la filiación no matrimonial al padre o a la madre cuando el reconocimiento previamente efectuado no haya producido eficacia por falta de consentimiento de los hijos o de aprobación judicial».

Más adelante recoge la doctrina del Tribunal Constitucional que hemos transcrito y concluye que «aunque el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente para evitar la declaración de inconstitucionalidad, la interpretación correctora que este Tribunal ha realizado del artículo 133 del Código civil, lo cierto es que después de la sentencia 273/2005 y a falta de la necesaria reforma legal del artículo 133.1 del Código civil, esta Sala, con mayor razón, debe seguir sus propios precedentes en relación con la legitimación del progenitor no matrimonial para interponer la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial».

Contiene además dicha sentencia otro pronunciamiento relevante para el presente recurso en

relación con la caducidad de la acción de impugnación, al afirmar que «la recurrente olvida que el actor interpuso en su día dos acciones: la de reclamación de la filiación y la de impugnación de la filiación contradictoria. Se trata de una acción mixta que «debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación», porque la finalidad de ésta última es la de determinar la filiación, a la que se opone, de manera formal, la que consta en el Registro civil, y por ello debe ser impugnada, tal como establece el artículo 113.2 del Código civil. Por ello esta Sala ha considerado que la acción de impugnación es accesoria, instrumental e inevitable cuando se reclama una filiación que contradice la inscrita. Esta doctrina es unánime en la jurisprudencia de esta Sala, como puede comprobarse en las sentencias de 3 de junio de 1988, 20 de diciembre de 1991, 17 de marzo de 1995, 13 de junio y 9 de julio de 2002, entre otras. Todo ello lleva a la conclusión de que al ser la acción de reclamación imprescriptible por tratarse de una acción de estado, no se le puede aplicar el plazo de caducidad del artículo 140 del Código civil para las acciones de impugnación ejercitadas de forma aislada».

7. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando existen intereses contrapuestos entre el del progenitor a ver declarada su paternidad y la situación familiar que vive el hijo, legitima los límites que las legislaciones nacionales hayan establecido para la satisfacción del interés del progenitor. Se cita a tal fin aquellas soluciones adoptadas por los Estados, protegiendo la seguridad jurídica y afectiva del hijo inserto en una familia frente a la pretensión de quien afirma ser progenitor biológico. (Decisión de inadmisión de la Comisión de 6 de abril de 1994 —M.B. Contra Reino Unido—, la del Tribunal de 29 de junio de 1999 —Nylund contra Finlandia—, la SEEDH de 8 de octubre de 2002 —Yousef contra Países Bajos—), decisiones que no cita nuestro Tribunal Constitucional pero que debió tener presente cuando exige, que ante la insuficiencia normativa del precepto, sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la

filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado.

Al no haberse llevado a cabo por el legislador tal exigencia la situación actual en España es de legitimación abierta al progenitor sin plazo, con independencia de la existencia o no de posesión de estado.

De ahí, que la doctrina científica sostenga que se hace imprescindible una modificación legislativa que señale límites a la legitimación del progenitor, para evitar un ejercicio abusivo de su derecho.

A juicio de esta doctrina tales límites pueden ser: i) temporales; ii) tener en cuenta su conducta precedente a la reclamación; iii) que el reconocimiento sea meramente formal, limitándose los efectos de la declaración.

En nuestro país se han hecho previsiones en tal sentido en la legislación catalana, ya citada, y en la Compilación de Navarra, pero no con carácter general como exigía el Tribunal Constitucional.

CUARTO. Desestimación del Motivo PRIMERO. Hemos de partir de que el motivo se formula por presentar interés casacional, infringiendo la sentencia el artículo 1964 del Código Civil que prevé el plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales.

El artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que

Quando se trata de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Consecuencia de ello es que a la denuncia de infracción de normas sustantiva haya de añadirse la concurrencia de alguno de los tres supuestos de interés casacional previstos en la Ley, lo que no sucede en el presente motivo.

Se cita la norma sustantiva pero no la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se estima infringida.

Conocedora la parte recurrente de tal carencia pretende que la Sala fije doctrina por la que

«en casos como el presente en los que el progenitor no matrimonial sin posesión de estado que conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria dentro del plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales, la acción prescribe».

Excepcionalmente cabe la posibilidad de que se admita un recurso por interés casacional cuando, como aquí sucede, lo pretendido sea que el Tribunal modifique su propia jurisprudencia anterior.

Sin embargo en el presente supuesto tal modificación no cabe, pues, como se ha recogido en el fundamento precedente de cuestiones previas, sobre todo a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional allí citadas, en tanto en cuanto el legislador no dé respuesta a la exigencia que en ellas se recoge, la legitimación del progenitor sin posesión de estado para reclamar la paternidad no matrimonial se encuentra equiparada a la del hijo, conforme a la interpretación que se hace del artículo 133.1 del Código Civil y, por tanto, sin sujeción a plazo. Téngase en cuenta, además, que el plazo puede ser una limitación para el ejercicio de la acción, pero el legislador puede optar por otras, como ya hemos expuesto, siendo por tanto este y no la Sala la que debe dar cumplimiento a la exigencia del Tribunal Constitucional como con toda claridad se expresa éste. Tampoco puede prosperar el motivo respecto de la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad, pues, con independencia de los óbices procesales para su admisión, se plantea para el supuesto de que se considere dicha acción como independiente o autónoma de la de reclamación, sin que así suceda, pues, según la doctrina de la Sala, ya recogida (sentencia 14 de diciembre de 2005), «se trata de una acción mixta que debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación.».

QUINTO. Desestimación del Motivo Segundo.

Ni la sentencia de primera instancia ni la resolutoria del recurso de apelación, objeto del presente de casación, hacen pronunciamiento alguno

sobre si la acción de reclamación de paternidad ejercitada se adecua o no al principio general del Derecho sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos o si incurre o no en abuso de derecho, cuestiones estas que, basta el examen de la contestación de la demanda así como el escrito de oposición e impugnación del recurso de apelación, para constatar que fueron alegadas y planteadas con la necesaria fundamentación.

Siendo ello así difícilmente la sentencia recurrida ha podido infringir doctrina jurisprudencial de esta Sala, pues se ignora las motivaciones en que pudiese fundar su no acogimiento, con independencia de que no se cite una concreta sentencia sobre el abuso de derecho en el ejercicio de esta concreta acción, limitándose a generalizaciones más propias de alegaciones en la instancia que en casación, aún entendiéndose que son razonables y en sintonía con las reflexiones recogidas en el fundamento de derecho de las consideraciones previas.

En realidad lo que la parte pretende es que la Sala, a través de este motivo de casación, subsane la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida, como con toda claridad se desprende del penúltimo párrafo del planteamiento del motivo. Tal pretensión no es posible legalmente, ya que la incongruencia omisiva no encaja en los motivos de casación sino en los de infracción procesal al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 218.1 del mismo Texto legal.

Pero aún así, y siendo la cuestión de gran relevancia y merecedora de una determinada y pormenorizada respuesta en atención a las singularidades fácticas que rodean el supuesto, la parte debió agotar los medios posibles para la denuncia o subsanación de la infracción o defecto procesal, solicitando previamente la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia (Auto de 7 de octubre de 2014; Sentencia de 30 de septiembre de 2014, 14 de marzo de 2012, 11 de noviembre de 2011, entre otras).

SEXTO. Desestimación del Motivo Tercero.

Al admitir la sentencia recurrida que el actor tiene legitimación activa para ejercitar la acción de

reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado, al amparo del artículo 133 del Código Civil, la parte recurrente entiende que infringe tal precepto sustantivo y la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de esta Sala de 28 de mayo de 1997 y 1 de febrero de 2002, que huyen de generalizaciones de legitimación en supuestos como el presente.

Ya se ha recogido lo relativo a la legitimación en el fundamento de derecho frontispicio de la respuesta a cada motivo de casación, y en él se recoge el estado actual de la doctrina del Tribunal Constitucional. Conforme a tal doctrina el progenitor tiene legitimación sin plazo para ejercitar la acción de reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado. También nos hemos hecho eco de los peligros que para la seguridad jurídica y la paz familiar puede suponer tal legitimación sin límites, pero dejando constancia que la elección y concreción de tales limitaciones corresponde al legislador, y al día de hoy no se han fijado.

Por todo ello el motivo se desestima.

SÉPTIMO. Desestimación del Motivo Cuarto.

Procede su desestimación por idénticas razones que las expuestas en el anterior motivo. Resulta difícil encajar en la infracción de preceptos de la Constitución la legitimación del progenitor en los términos planteada, cuando es el intérprete de ella el que se la ha otorgado en su Sentencia de Pleno 273/2005, de 27 de octubre y en la 52/2006, de 16 de febrero.

Insiste la parte dentro del planteamiento de este motivo en haber incurrido la sentencia de instancia en incongruencia omisiva, remitiéndonos a lo ya expuesto al dar respuesta al motivo segundo.

Procede, pues, la desestimación del presente motivo.

OCTAVO. Desestimación del Quinto Motivo.

La referencia a la vulneración de los derechos fundamentales de las hijas, alegados para justificar su negativa, no es admisible, porque a partir de la STC 7/1994, de 17 de enero, existe el deber de soportar estas pruebas siempre que sean consideradas indispensables por la autoridad judicial y no entrañen un grave quebranto para la salud, por lo que «atendida la finalidad perseguida con

su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física y a la intimidad del afectado». La falta de la prueba biológica acordada no permite, por sí misma, declarar la filiación, porque como afirma la Sentencia de este Tribunal de 20 de septiembre de 2002, «en definitiva: si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa de prueba biológica, si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que unido a los indicios, permite declarar la filiación» (ver asimismo las sentencias de 1 de julio, 19 de diciembre de 2003, y 27 de octubre de 2005 entre otras).

Con dicha doctrina debe decaer el motivo que, además, entiende como causa justificada de la negativa a la realización de la prueba biológica la falta de legitimación del progenitor por las circunstancias del caso concreto, a lo que ya se ha ofrecido cumplida respuesta.

De otra parte se ha de tener en cuenta que la «ratio decidendi» de la sentencia para declarar la paternidad no reside, con carácter relevante, en la mencionada negativa sino en las pruebas documentales valoradas, entre las que se encuentran las cartas de la madre, en principio negadas y luego reconocidas, así como la testifical. A ello naturalmente se une la negativa a la prueba biológica, sin motivos de salud que justifiquen la renuncia, cuya práctica facilitaría conocer precisamente lo que las demandadas niegan, esto es, la paternidad del actor, solventando las hipotéticas dudas.

NOVENO. En atención a todo lo expuesto procede la desestimación del recurso de casación, pero teniendo en cuenta las especiales circunstancias fácticas y jurídicas recogidas a lo largo de la presente resolución en un tema tan relevante como es el estado civil de las personas a efectos de filiación, conforme al artículo 398 en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace expresa imposición de las costas del recurso de casación.

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

FALLO:

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Dulce,

doña Patricia, doña Beatriz y don Victorio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), de fecha 29 de mayo de 2013, en el rollo de apelación 322/2011, dimanante de los autos de juicio verbal nº 247/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubrique.

2. No hacer imposición de las costas del recurso. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y Rubricado.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O 'Callaghan Muñoz.- Jose Luis Calvo Cabello.-

VOTO PARTICULAR:

FECHA:4/12/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE ESTA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2014, RECAÍDA EN EL RECURSO Nº 1946 DE 2013.

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria expresada en la sentencia. Expreso a continuación las razones de mi discrepancia.

1. Se aceptan los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia a la que se opone el presente voto particular.
2. El magistrado que formula el presente voto particular entiende estimables los motivos esgrimidos con los números tercero, cuarto y quinto, todos relacionados con la falta de legitimación del demandante, debiendo entenderse infringido el art. 133 del Código Civil.
3. El demandante Don. Bruno carece de interés legítimo (art. 133, en relación con el art. 131 del C. Civil), pues como se deduce del resumen de antecedentes que expresamente se ha aceptado, el demandante, de profesión ginecólogo asistió a la madre de las niñas durante su embarazo y parto, consciente de que eran hijas suyas, pese a lo que no las reconoció ni asistió económica ni afectivamente. Dichas niñas (entonces) nacidas en 1986 y 1991, hoy demandadas, fueron reconocidas por

el Sr. Victorio el 27 de septiembre de 1996, con el consentimiento de la madre, de forma que las hijas han tenido como padre al referido Sr. Victorio, que ha estado al frente de su educación y sostenimiento económico. El Sr. Victorio comenzó su relación con D.ª Beatriz (madre de las demandadas) en el año 1981. Al estar reconocidas por el Sr. Victorio las demandadas ostentan como primer apellido el de «Carlos Manuel».

4. No consta cuál sea el «interés legítimo» que pretende ostentar el demandante, pues hizo abandono ostensible de sus obligaciones como progenitor, conociendo que lo era, posibilitando que las entonces menores consideraran como padre Sr. Victorio, y ostentaran su apellido, cual si padre biológico fuese.

5. Cuando las hijas son mayores de edad, en un contexto familiar ajeno al demandante, pretende modificar su estatus jurídico-familiar, alterando sus apellidos que son la forma de ser conocidas en sociedad, alterando la seguridad jurídica a la que razonablemente podían aspirar, siendo la referida seguridad jurídica un valor constitucional que se recoge en los arts. 1, 9.3, 10, 24 y 117, entre otros (Tribunal Constitucional, Pleno, sentencia núm. 273/2000 de 15 Noviembre de 2000, rec. 565/1994).

6. Dicho cambio de apellidos, al que otras legislaciones se oponen, como se refiere en la sentencia de esta Sala, provocan una grave afectación de su derecho a la intimidad, en cuanto manifestación del necesario respeto a su dignidad como persona. Igualmente se produce una intolerable y odiosa perturbación de su marco familiar de referencia, por lo que se violaría el art. 39 de la Constitución.

7. En suma, el demandante no está legitimado al carecer del necesario interés legítimo que exige el art. 133 del Código Civil, en relación con el art. 131 del mismo texto legal, ejercitando la acción con la decidida oposición de las demandadas y de su madre, que pretenden evitar el reconocimiento de una filiación que no ha estado acompañada del ejercicio de las obligaciones que ello conllevaba, sin causa alguna que lo justificase. Junto a la manifiesta pasividad del demandante en lo relativo a sus obligaciones paternofiliales nos encontramos con la constitución de un legítimo y efec-

tivo núcleo familiar alternativo, con proyección registral y pública, que pretende desmantelarse con afectación de derechos fundamentales de las demandadas sin causa legítima que lo justifique.

8. El Tribunal Constitucional declaró (STC Pleno 273/2005 de 27 octubre (cuestión de inconstitucionalidad 1687/1998):

...en la ya citada STC 138/2005 hemos señalado que el mandato del constituyente al legislador de posibilitar la investigación de la paternidad «guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona».

Al mismo tiempo, y en conexión con el favor filii, el legislador ha dado mayor relevancia a la seguridad familiar, evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto.

Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en el estado civil de las personas.

En suma, resuelta en los términos señalados para el caso concreto la cuestión planteada, la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En el mismo sentido STC Pleno 52/2006 de 16 Feb. (cuestión de inconstitucionalidad 3180-2004, respecto al art. 133, párrafo primero del Código Civil).

9. De la referida doctrina constitucional se extrae apoyo interpretativo de los preceptos mencionados en el sentido de que hay que velar por la seguridad jurídica, proscripción de pretensiones abusivas, dignidad de la persona, protección de la seguridad familiar y otorgando prevalencia al hijo.

10. En la sentencia contra la que se plantea el voto particular, se argumenta que el abuso de derecho es una cuestión nueva no invocada en la instancia pero obvia el análisis del «interés legítimo», necesario para ostentar legitimación a la hora de interponer la demanda, cuestión que sí se ha debatido, entendiendo el magistrado que formula el presente voto particular que dicho «interés legítimo» brilla por su ausencia, tal y como se ha razonado.

11. Debería haberse tenido por estimado el recurso de casación, imponiendo al demandante las costas de la primera instancia y las de la apelación, y sin expreso pronunciamiento en las de casación (arts. 394 y 398 LEC).

Se habría de proceder a la devolución del depósito para recurrir.

En consecuencia, se debería haber estimado el recurso de casación interpuesto por Sras. Patricia Dulce y por la Sra. Beatriz, casando la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por Don. Bruno. Procediendo imponer al demandante las costas de la primera instancia y las de la apelación, y sin expreso pronunciamiento en las de casación.

Madrid a 4 de diciembre de 2014.

Francisco Javier Arroyo Fiestas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Eduardo Baena Ruiz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

PENAL

PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO

Catedrática de Derecho penal. Universidad de Cantabria

(Tol 4587909)

Cabecera: Terrorismo. Integración en organización Terrorista a través de la Red Ansar Al Mujahideen. Terrorismo islámico. Peculiaridades que presenta: Decisión Marco 2008/919/JAI Consejo Unión Europea de 28.11.2008. Redes internacionales que recurren a las nuevas tecnologías, en especial Internet. La Sala detalla las pruebas que llevaron a la convicción de la integración del recurrente en aquella organización terrorista. Delito enaltecimiento terrorismo, artículo 578 CP. La conducta del acusado es mucho más amplia al desarrollar un proyecto de difusión de la ideología radical y fundamentalista del extremismo islámico y captar adeptos en todo el mundo. La exaltación y justificación de las acciones terroristas es algo connatural al delito de integración.

Jurisdicción: Penal

Ponente: *Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre*

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 02/12/2014

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 789/2014

Número Recurso: 10575/2014

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 789/2014, de 2 de diciembre (*Tol 4587909*) resuelve un recurso de reposición por quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, 21/ 2014, de 29 de mayo (*Tol 4362542*), que condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de integración en organización terrorista, sin circunstancias modificativas de responsabilidad penal, contenido en el art. 571 CP, a las penas de ocho años de prisión, inhabilitación absoluta por tiempo de quince años, así como a la medida de libertad vigilada por un periodo de nueve años. El Ministerio Fiscal, por su parte, solicitó la inadmisión del recurso y, subsidiariamente la desestimación del mismo.

La sentencia ahora analizada se enfrenta a la calificación jurídica de conductas de propaganda, apología, captación de recursos humanos y materiales, de difusión de noticias y actos violentos en apoyo de grupos armados yihadistas a través de Internet u redes sociales.

Ya la relación de Antecedentes, que reproducen los de la sentencia de instancia, merecen ser destacados por el esfuerzo que se aprecia en describir el *modus operandi* del aparato de propaganda de la denominada *yihad* global en Internet y redes sociales así como por integrar estas conductas en los tipos penales dirigidos contra el terrorismo y ofrecer argumentos jurídicos sobre los que fundamentar el reproche penal.

En la sentencia —que, con rigor y expresividad, describe la estructura en red de la *yihad* global— se pueden apreciar dos discursos paralelos y entrelazados, sobre los que fundamenta la resolución y declara no haber lugar al recurso de casación: el primero de ellos de carácter procesal penal y el segundo de carácter sustantivo relacionado con el concepto de terrorismo.

1. CUESTIONES DE CARÁCTER PROCESAL PENAL

La primera de las líneas argumentales, de carácter procesal penal gira en torno a las siguientes cuestiones, que son, además, analizadas en la sentencia con profundidad: el error en la valoración de la prueba como motivo de casación; la exigencia de motivación y su contenido; límites y contenido de la apreciación subjetiva de la prueba y los requisitos de la prueba de indicios, indirecta o circunstancial. Sobre todos ellos nos detendremos si quiera someramente.

1.1. El error en la valoración de la prueba como motivo de casación

La primera de las cuestiones de índole procesal sobre las que la sentencia ahora analizada se pronuncia versa sobre el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; esto es, sobre el error en la valoración de la prueba como motivo de casación. La sentencia sintetiza y sistematiza la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la base de los siguientes criterios:

a) El error (alegado en el recurso) se predica sobre extremos o hechos de naturaleza fáctica, nunca sobre cuestiones jurídicas

b) Solo puede prosperar el motivo cuando se acredite de forma indubitada la existencia de un error en la valoración de la prueba mediante una prueba documental, generalmente externa a la causa (documento literosuficiente o autosuficiente) que, de forma manifiesta y clara, sin necesidad de interpretación, evidencie el error.

c) Para que el documento litero-suficiente surta efectos ha de constatarse la ausencia en la causa de elementos probatorios que lo contradigan.

d) El error detectado ha de ser trascendente para la subsunción

e) Finalmente, y de especial importancia por cuanto que determina con precisión el objeto, el motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto *«sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, (...) o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente»*

1.2. La exigencia de motivación y su contenido

En idéntico sentido al expuesto en el número anterior, la sentencia 789/2014, de 2 de diciembre (*Tol 4587909*) reflexiona y fija la doctrina jurisprudencial en relación a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales que tiene su anclaje constitucional, por un lado, del art. 24.1 CE y, por otro, del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Efectivamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, establecida en el art. 24.1 CE comprende, entre otros, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho y motivada —es decir, con expresión suficiente de los fundamentos de la resolución, tal y como además exigen los arts. 120.3 CE y el art. 142 LECrim— por cuanto que la motivación excluye la arbitrariedad y permite la legitimación racional de la sentencia. De tal forma que, cuando la sentencia no esté motivada, se considerará no fundada en Derecho. Esto sucederá cuando la resolución carezca absolutamente de fundamentación —más allá de la parquedad o de la remisión de la motivación— y cuando esta —la motivación— sea solo aparente, es decir, cuando el razonamiento es arbitrario, incurre en un error patente o no responde a una argumentación lógica.

La motivación debe abarcar tres aspectos: la motivación fáctica, la jurídica y la decisional, que incluye la individualización de la pena. Es especialmente importante la motivación del *íter* que ha conducido al tribunal a determinar el relato de los hechos a partir de las pruebas porque no solo atañe al derecho de tutela judicial efectiva sino, y sobre todo, a la presunción de inocencia. De ahí que la ausencia de motivación conduzca a la nulidad de la sentencia, sin que el tribunal de casación pueda subsanar dicha ausencia. Ahora bien, mientras que el motivo de casación contenido en el art. 849.2 LECrim no permite al Tribunal Supremo la valoración global de la prueba, la infracción del derecho a la presunción de inocencia —como consecuencia de la falta de motivación fáctica— sí permite a este tribunal revisar inte-

gramente la prueba practicada y su valoración, en la medida en que sobre ella se fundamenta la declaración de culpabilidad. En este caso, el Tribunal Supremo debe analizar, en un «juicio sobre la prueba», si esta ha sido obtenida conforme a derecho; ha de verificar en un «juicio sobre la suficiencia» si es bastante para romper la presunción de inocencia y, finalmente, en un «juicio sobre la motivación y su razonabilidad», si la motivación es racional y suficiente.

En definitiva y, como consecuencia de todo ello, el único límite, en este caso, a la función revisora del Tribunal Supremo lo constituye la «inmediación en la percepción de la actividad probatoria».

1.3. La apreciación subjetiva de la prueba

Sin perjuicio de lo anterior, el control casacional ha de ceñirse a comprobar si la valoración del juez de instancia es homologable por su lógica y razonabilidad. Esta capacidad de control por parte del Tribunal Supremo sobre la valoración de la prueba efectuada en la sentencia de instancia exige que esta fundamente su valoración en criterios objetivos, o, lo más objetivos posibles y, desde luego, sujetos a las reglas de la argumentación lógica.

Como consecuencia, el principio de la «apreciación subjetiva de la prueba» no es un principio absoluto sino que queda prácticamente circunscrito a aquellos elementos del juicio que exigen inmediatez personal para su apreciación y que, por tanto, no podrán ser objeto del juicio de control por parte del Tribunal Supremo. No bastará, por tanto, para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con la «*experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido*», sino que habrá de expresarse si existen argumentos y razones —y cuáles son y porqué— que permitan objetivamente aceptar la veracidad de la acusación sin que existan otras alternativas posibles razonables. Esta objetivación de la veracidad de la acusación ha de realizarse mediante una argumentación que respete las reglas de la lógica (certeza objetiva). El control de la racionalidad y lógica de la motivación sí corresponde al tribunal de casación y es algo distinto a la concurrencia de la prueba de cargo y de la certeza de su veracidad. Una motivación fáctica alcanza el estándar exigible si es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los principios científicos.

Los problemas quizá más importantes a la hora de aplicar estos criterios se van a plantear, probablemente, en aquellos supuestos en los que la relación de causalidad entre acción y resultado no pueda probarse defini-

tivamente conforme a leyes científicas (leyes de la naturaleza de carácter necesario) bien porque no existe conocimiento nomológico suficiente de los pasos intermedios, bien porque tan solo existan leyes estadísticas para explicar el proceso causal, bien porque no existe un proceso causal en sentido naturalístico sino que las inferencias lógicas se fundamentan en conocimientos sociales, apreciaciones basadas en la experiencia o en juicios de valor —lo que se ha dado en llamar «causalidad psicológica» o supuestos asimilados—.

Pero, por otro lado, la exigencia de que la valoración de la prueba realizada sea homologable y responda a estándares lógicos y científico-naturales, en su caso, que permitan su (re)legitimación racional incide, ya en lo sustantivo, en las propias teorías causales y en el método idóneo para considerar probada la relación de causalidad cuando fuere necesario. Así, la fórmula de la supresión hipotética (*condictio sine qua non*) es inadecuada para enervar la presunción de inocencia en cuanto que proceso lógicamente incorrecto. En este sentido, el proceso de subsunción lógico de lo probado como acaecido y la determinación de la relación de causalidad entre acción y resultado ha de partir, forzosamente, del conocimiento nomológico científicamente constatado, esto es, de las leyes de la naturaleza.

En este punto, y retomando el discurso del párrafo anterior, la ley imperfecta o ley estadística puede servir para fundamentar la relación de causalidad cuando cumpla los requisitos lógicos exigidos doctrinalmente que no pueden ser sustituidos por el principio de apreciación subjetiva de la prueba. Ahora bien, cuando la inferencia no pueda fundamentarse en una relación de causalidad de carácter naturalístico, es la lógica de la argumentación, su homologabilidad y su adecuación a estándares de racionalidad —en función de valores y conocimiento social— la que permitirá superar el control objetivo de racionalidad de la motivación.

La limitación de la subjetividad en la valoración de la prueba cobra, además, especial relevancia en relación con la prueba de indicios.

1.4. La prueba de indicios, indirecta o circunstancial

A estos efectos, la sentencia 789/2014, de 2 de diciembre (*ToI 4587909*) enuncia los requisitos para que la prueba de indicios tenga entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia. Estos requisitos serán —sintéticamente expuestos— los siguientes:

- a) Pluralidad de indicios.
- b) Que exista una prueba directa sobre los indicios.

c) Que los indicios «sean periféricos», es decir, que versen sobre la materia a probar.

d) Relación de los indicios no solo con el hecho a probar sino que exista correlación e interrelación entre ellos.

d) En cuanto a la inferencia: racionalidad de la inferencia y que no quepan inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente.

e) Expresión de «cómo se llegó a la inferencia» o lo que lo mismo, explícita descripción del razonamiento y el proceso lógico por el que de los indicios probados se obtiene el juicio susceptible de enervar la presunción de inocencia.

2. CUESTIONES SUSTANTIVAS: LA YIHAD GLOBAL Y EL TERRORISMO

No obstante, la aportación más interesante, quizá, de la sentencia 789/2014, de 2 de diciembre (*Tol 4587909*) ahora analizada, es la meticulosa descripción que realiza de los procesos de captación e información de la *yihad* y como actúa en Internet. Para ello reproduce unos extensos y minuciosos hechos probados de la sentencia de las Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 21/2014, de 29 de mayo (*Tol 4362542*) (ponente: Sr. Martel Rivero) que desgranar formas de actuación y definen conceptos relacionados con la *yihad* global y, sobre todo, explicita las vinculaciones entre Al Qaeda, la Red Ansar al Mujahideen, los foros salafistas —y, en especial, el foro Ansar Al Mujahideen, las salas Paltak y la utilización orientada al terrorismo del repositorio público www.archive.org—. Como consecuencia de ello la Audiencia Nacional dictó sentencia condenatoria por un delito de integración en banda terrorista, en aplicación del art. 571.2 CP. El recurso de casación, como hemos visto, se fundamenta en tres motivos —dos de los cuales han sido analizados con anterioridad, así como la respuesta que mereció por parte del Tribunal supremo—: error en la apreciación de la prueba, aplicación indebida del art. 571.2 CP e inaplicación del art. 578 CP y, finalmente, como tercer motivo de casación, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad del art. 24.1 y 2 de la Constitución española.

El segundo de los motivos alegados por el recurrente sostiene que la conducta, que no niega, habría debido calificarse como un delito de enaltecimiento del terrorismo, contenido en el art. 578 CP, en aplicación del principio de especialidad, pues (el acusado) «*acudía a Internet, foros/chats y*

redes sociales [era] para apoyar ideológicamente a algunos grupos radicales pero jamás para reclutar, enviar o formar terroristas».

El fundamento del juicio de culpabilidad por el delito de pertenencia a banda armada se encuentra en la calificación de la Red Ansar Al Mujahiheen como organización terrorista. Esta cuestión que, en realidad, es abordada en profundidad en la sentencia de instancia, cobra especial relevancia dada la estructura de las redes terroristas yihadistas, caracterizadas por la dispersión, la autonomía y la ausencia de estructuras formales que las vinculen. La citada Red, además, no había sido calificada previamente como terrorista por ningún organismo internacional, lo que no solo no es requisito necesario —como afirma la sentencia— sino que, si lo hubiera sido, tampoco sería requisito suficiente para poder ser considerada organización terrorista a efectos penales.

2.1. Características definidoras de una organización terrorista

La reforma del Código penal de 2010, valorando la insuficiencia de la regulación anterior para hacer frente a una delincuencia que utiliza estructuras organizadas a modo de empresas, realiza una profunda remodelación de los conceptos de organización y grupo criminal que son la base sobre la que se construye el concepto de «organización o grupo terrorista» del art. 571.3 del Código penal en su redacción surgida con la reforma de 2010 y que es objeto de análisis y definición en la sentencia ahora analizada.

2.1.1. En cuanto que organización criminal, la organización terrorista ha de estar constituida por una estructura permanente y estable, jerarquizada; dotada de una voluntad colectiva de cometer delitos y adecuada a dichos fines [STS 708/2010, de 14 de julio (*Tol 1921317*)], que distribuye las funciones entre sus miembros. Así, el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS 789/2014, de 2 de diciembre (*Tol 4587909*) que nos ocupa, en su punto 3, afirma, citando jurisprudencia previa, que en la Red Ansar Al Mujahideen concurren las «*notas de estructuración, estabilidad y permanencia [...] por la división de funciones encargada de sus tres aparatos (financiero, operativo y propagandístico), la jerarquización y división del trabajo entre los miembros de cada aparato [...] y su estabilidad temporal y funcional*». Estas características, propias de la organización criminal, han de ser matizadas en relación con el terrorismo yihadista de forma que, sigue afirmando esta sentencia, «*lo que en algún terrorismo se manifiesta como una organización jerarquizada en su totalidad, en esta otra clase de terrorismo la experiencia habida hasta el*

*momento, especialmente en relación Al Qaeda, demuestra que puede aparecer en formas distintas, en ocasiones como una fuente de inspiración ideológica de contenido o raíz fuertemente religiosa orientada a servir de fundamento y justificación a las acciones terroristas». Es este sustrato ideológico el que cohesiona a individuos, grupúsculos y grupos, de origen, estructura y actuación independientes entre sí o de la organización terrorista de referencia (Al Qaeda, en general, pero también el Estado Islámico u otras escisiones de Al Qaeda), de forma que incluso algunos individuos pueden pertenecer a varias de ellas. Esta desvinculación jerárquica, financiera, de actuación o humana entre los diversos grupos o grupúsculos no excluye que dentro de cada uno de ellos no exista relación jerárquica. Aunque, como la sentencia demuestra, la ausencia de estructuras jerárquicas entre grupos no implica la ausencia de estrategias de actuación u objetivos comunes, de modo que se dan supuestos en los que, pese a la formal independencia, unos grupos u organizaciones terroristas actúan funcionalmente como dependientes o accesorias de otras en el ejercicio de la *yihad* global.*

2.1.2. En cuanto que terrorista, la organización criminal ha de actuar —este es un requisito esencial— con la finalidad de alterar las bases democráticas de nuestra sociedad. A este respecto, entre las diversas citas y argumentaciones a las que recurre la sentencia en su Fundamento de Derecho Tercero para justificar la calificación de terrorista de la Red Ansar Al Mujahideen —red que no estaba dedicada directamente a la comisión de hechos violentos— cabe destacar la vinculación del concepto de terrorismo con la finalidad de alterar «la esencia misma del Estado democrático» —siguiendo en ello a la doctrina sentada por la STC 199/1987, de 16 de diciembre (*Tol* 79938)— que se concretaría (la esencia) en una forma de vida basada en el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos, el ejercicio de libertades individuales y públicas y la imposición de límites al poder estatal. La alteración o destrucción de las bases democráticas de nuestra sociedad occidental propia del terrorismo conlleva de forma más o menos implícita la de su sustitución por un modelo social o de estado distinto —«unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida»— lo que, en el caso del terrorismo yihadista se materializaría en la sustitución de nuestro modelo de sociedad occidental por un modelo social adecuado a un islam que, como cultura, no se ha adaptado a la modernidad. Es este fundamento ideológico-religioso —que «justifica la acción violenta en sí e inhibe los frenos morales del autor» [STS 119/2007, de 16 de febrero (*Tol* 1059074)]— probablemente el elemento aglutinador más notable del terrorismo yihadista. Este fundamento ideológico que se confunde y, en ocasiones, aparentemente sustituye a la relación jerárquica

entre organizaciones, grupos o grupúsculos terroristas más o menos independientes, podría servir también para fundamentar la calificación de terrorista de conductas individuales, formalmente desvinculadas de estructuras organizadas terroristas —«lobos solitarios»—, es decir, de personas que actúan siguiendo directrices genéricas de sujetos u organizaciones en las que formalmente no se integran y respecto de los que, desde una perspectiva objetiva, actúan con autonomía, aunque desde una perspectiva subjetiva (del lobo solitario) actúe coordinadamente e, incluso, jerárquicamente (siguiendo los dictados de una feuta, etc.)—.

Desde esta perspectiva, la teoría de la *yihad* global se convierte en la sabia que recorre y vertebrata organizaciones, grupos, grupúsculos e individuos que, con autonomía entre ellos, orientan su actuación al servicio de los fines terroristas yihadistas. A este respecto es necesario tener en cuenta que la *yihad* global en Europa, que se alimenta de jóvenes europeos a través de activismo local y redes sociales, constituye una nueva forma de terrorismo basado en el terrorismo yihadista individual y el trabajo encubierto de células o grupúsculos desconectado o autónomos entre sí. Esta tercera *yihad* o tercera generación de yihadistas —la primera sería la de la guerra de los talibanes en Afganistán; la segunda, la surgida con ocasión de la invasión de Irak— presenta, por tanto, nuevos elementos característicos que obligarán a reforzar este elemento ideológico-religioso (acabar con la sociedad occidental) como elemento central del terrorismo yihadista más actual.

Ahora bien, la mera existencia de un elemento ideológico —que por subjetivo quizá debería ser analizado solo con posterioridad— es insuficiente para considerar terrorista una conducta. Cualquier ideología es aceptable y defendible —al menos, siempre que su sola enunciación no sea ofensiva para personas o grupos de ellas— cuando se haga por medios pacíficos. Es la sistemática utilización de medios violentos peligrosos para la vida, salud y bienes de los ciudadanos, por tanto, un elemento objetivo central del concepto de terrorismo; en el caso que nos ocupa, la *yihad*, se caracterizaría por «*el empleo de violencia contra la visión occidental del mundo*». Es precisamente la utilización de medios violentos el aspecto central en el que la doctrina del Tribunal Supremo viene poniendo el acento para calificar la conducta terrorista —en tanto que el Tribunal Constitucional prefiere poner el acento en los fines perseguidos—.

En cualquier caso finalidad y medios violentos han de coincidir en la organización terrorista en una estrategia de terror. Se entiende por tal, como tercer elemento del concepto de terrorismo, la estrategia destinada a crear una situación de inseguridad ciudadana —miedo, terror— como consecuencia de la sistemática reiteración de actos violentos. Ahora bien, este re-

quisito imprescindible para que la organización pueda ser calificada de terrorista —y, por tanto, necesario para la aplicación de delito de integración en organización terrorista del art. 571.2 CP— concurre en relación con una red estructurada formalmente, pero es más difícil de comprobar en redes o individuos formalmente independientes (como la Red Ansar Al Mujahideen respecto de otras organizaciones también terroristas a las que sirve de apoyo). En estos supuestos, esta estrategia terrorista se caracterizaría porque tiene en cuenta las eventuales aportaciones derivadas de actuaciones de sujetos (colectivos o individuales) autónomas y no dirigidas o controladas por la organización o grupo terrorista de referencia.

3. DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE INTEGRACIÓN EN ORGANIZACIÓN TERRORISTA DEL ART. 571 Y EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO DEL ART. 578 CP

La sentencia comentada sigue, en cuanto a la caracterización de los elementos típicos de la figura de enaltecimiento del terrorismo contenida en el art. 578 CP a la doctrina jurisprudencial de Tribunal Supremo asentada en sentencias tales como STS 149/2007, de 26 de febrero (*Tol 1053735*), STS 585/2007, de 20 de junio (*Tol 1106874*), STS 676/2009, de 5 de junio (*Tol 1570749*) o STS 224/2010, de 3 de marzo (*Tol 1817023*). En este sentido, recuerda la sentencia, los elementos típicos del delito de enaltecimiento, han de partir de la conducta típica consistente en enaltecer —entendida como *«ensalzar o hacer elogios—, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo»* o justificar —*hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal—*; el objeto sobre el que versan —conductas definidas como delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en la ejecución de tales comportamientos sin que sea necesario que hayan sido identificados [STS 224/2010, de 3 de marzo (*Tol 1817023*)]— y, finalmente, que se realicen por medios de difusión, comunicación o en actos públicos.

Para la sentencia, las típicas a efectos del art. 578 CP no son conductas terroristas «per se» sino que son conductas de favorecimiento del terrorismo, mediante la exaltación o engrandecimiento de conductas que son gravemente nocivas para la sociedad. Así el *«sujeto activo con su comportamiento coloca a la acciones punibles y a sus autores como modelo otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico pese a contradecirlo frontalmente»*. Se

pretende con ello la «interdicción del discurso del odio», elemento que ya la STS 224/2010, de 3 de marzo (Tol 1817023) había designado como bien jurídico, entendiendo por tal aquel que se basa «en el exterminio del *distinto*, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en la *aterrorización* [sic.] colectiva como medio para conseguir aquellas finalidades», lo que va más allá del derecho a expresar opiniones arriesgadas.

En cuanto a su estructura típica, nos encontraríamos, dice la sentencia, ante un delito de mera actividad que solo puede ser cometido de forma activa, excluyendo por tanto, la comisión por omisión «propia o impropia». Tradicionalmente la doctrina mayoritaria venía considerando que los delitos de comisión por omisión son siempre de omisión impropia —en cuanto que no estarían previstos expresamente en un específico tipo penal—, mientras que los delitos de omisión propia —aquellos previstos expresamente en un tipo penal— serían siempre delitos de mera actividad. Sin embargo, la sentencia parece admitir la tesis minoritaria según la cual, el Código Penal de 1995 tipifica expresamente —al margen de la genérica previsión del art. 11 CP— delitos de comisión por omisión que, en tal sentido, serían delitos de omisión propios. No se pronuncia, sin embargo, sobre si el contenido en el art. 578 CP es un delito de lesión o de peligro lo que no puede sino ir relacionado con las dificultades que encuentra el ponente al tratar de delimitar el bien jurídico protegido.

La sentencia configura el delito contenido en el art. 578 CP como «una forma específica de apología» con sustantividad propia. Con ello nos situaríamos en el ámbito de los actos preparatorios punibles elevados formalmente a la categoría de delitos consumados, tan en línea con la expansión —y adelantamiento— del Derecho penal obsesionado con la seguridad. Desde esta perspectiva, según la doctrina mayoritaria, habría de integrarse esta modalidad típica en la nebulosa categoría de los delitos de peligro abstracto en los que el bien jurídico protegido se convierte en una desdibujada *ratio legis* —de hecho la sentencia, que no logra enunciar un bien jurídico, sí se detiene en la *ratio legis* del precepto—. En mi opinión, nos encontramos ante una cláusula específica de extensión de la responsabilidad penal a momentos aún no ejecutivos. Como consecuencia de ello, los actos preparatorios y tentativas (de las conductas típicas a efectos de este precepto), así como de actos de participación serían impunes. Y, como bien dice la sentencia, solo pueden realizarse de forma dolosa.

A diferencia de la mera apología o enaltecimiento —conducta típica a efectos del art. 578 CP— la pertenencia a organización terrorista implica la integración «más o menos definitiva» —según la sentencia— en la organi-

zación, aunque no se haya participado en la realización de actos violentos. «Y, en el presente caso el acusado, siguiendo la estrategia marcada por Al Qaeda, procedió a desarrollar a través de la Red Ansar Al Mujahideen [...] un proyecto de difusión de la ideología radical y fundamentalista del extremismo islámico y captar adeptos en todo el mundo» como consecuencia del reparto de cometidos propios de la organización.

Esta argumentación, válida desde una perspectiva teórica, puede ser sometida a tela de juicio pues podría parecer que no ha quedado completamente demostrada una relación tan cercana entre los dirigentes de Al Qaeda y la Red Ansar Al Mujahideen como para abandonar toda duda sobre la vinculación jerárquica entre ambas organizaciones. Además, la afirmación de que la conducta o actuación de la Red se han realizado «siguiendo la estrategia marcada por Al Qaeda» no deja de ser algo imprecisa. Bien es cierto, sin embargo, que el actual terrorismo yihadista bebe en fuentes dispersas, aunque se suele atribuir al hispano-sirio Mustafá Setmariam, miembro de Al Qaeda en *La llamada a la resistencia islámica global* (2004) el dudoso honor de ser el primero en describir la estrategia de la *yihad* global —de hecho, el primer antecedente de hecho de la sentencia trata de vincular las actuaciones de la Red Ansar Al Mujahideen con la ideología y consignas públicas de Al Qaeda—; estrategia que ha sido asumida —de forma no jerarquizada— por organizaciones, grupos, grupúsculos e individuos. Ahora bien, los posibles *déficits* de vinculación entre ambas organizaciones, sin embargo, podría suplirse —no lo hace la sentencia— por la aceptación de un concepto de estrategia terrorista que, como hemos defendido más arriba, tenga en cuenta las eventuales aportaciones de otras personas o grupos ideológicamente afines (desde la perspectiva de la organización terrorista de referencia) y la voluntad de seguir una estrategia marcada por aquella, aunque sea de forma genérica y no directamente dirigida a establecer la conducta en concreto de la persona o grupo actuante.

En definitiva, la sentencia analizada sienta las bases para la sanción en base al art. 571 del Código penal, de conductas de propaganda, difusión y enaltecimiento de noticias y actos violentos de yihadistas —y de los propios yihadistas—, de incitación al terrorismo, distribución de información, etc., todo ello mediante redes sociales e Internet, cuando tales conductas se enmarcan en la consabida estrategia de información de la denominada *yihad* global y cuando existen indicios que hacen pensar que ha existido una cierta coordinación entre organizaciones indubitadamente terroristas (Al Qaeda, por ejemplo) y la organización en la que se integra el acusado. Pero, además, la sentencia contiene criterios que podrán ser desarrollados en el futuro para hacer frente a otras situaciones similares aunque no com-

pletamente iguales en las que las conductas —estás sí muy similares a las ahora analizadas— se realicen en el entorno de una organización o grupo criminal cuya vinculación formal con una organización terrorista no pueda ser probada pero sí pueda probarse que, de hecho, existe una «vinculación funcional», en el sentido de que la actividad de la organización o grupo enjuiciado tiene por fin «servir» funcionalmente a los fines de otra organización indubitadamente terrorista.

Sentencia 789/2014, de 2 de diciembre de 2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Porfirio Leonardo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de integración en organización terrorista; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida la Acusación Particular en representación de Asociación 11-M Afectados del Terrorismo, representada por la Procuradora M^a Dolores Maroto Gómez, y dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. María Bellón Marín.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción número 5, instruyó Sumario con el número 5 de 2013, contra Porfirio Leonardo, y una vez concluso lo remitió a la Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, con fecha 29 de mayo de 2014, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Progresiva irrupción del yihadismo a través de internet.

Desde hace pocos años, bajo el amparo de las notas de anonimato y seguridad que ofrece internet, los dirigentes de las organizaciones terroristas islamistas radicales, pertenecientes al movimiento yihadista (propugnadores de la llamada «guerra santa», contra todos los que no cumplan con sus extremistas ideas), se apercibieron de las ventajas que acarrea el uso de la red mediática, no sólo para difundir sus mensajes incitando a la violencia a través de la propagación de sus creencias y acciones, sino también como forma de obtener la financiación de sus actividades, el reclutamiento de nuevos miembros y la interrelación de éstos.

La posibilidad de ampliar las bases de apoyo, mediante la captación de nuevos adeptos y la obtención de nuevas fuentes de sustentación, a través de la distribución masiva de propaganda en formato cada vez más atractivo, fue vislumbrada por destacados dirigentes de la organización terrorista Al Qaeda, como se refleja a continuación.

Por un lado, en un extracto de la carta de Hilario Octavio, líder de Al Qaeda, a Hipólito León, dirigente de Al Qaeda en Irak, que data del año 2005, el primero expresa:

«Estamos en una batalla, y más de la mitad de esta batalla está teniendo lugar en el escenario de los medios. De ahí que estemos en una batalla mediática compitiendo por los corazones y las mentes de nuestra Umma (comunidad de todos los creyentes musulmanes). Sin embargo, a pesar de lo lejos que puedan llegar nuestras capacida-

des, nunca llegarán a las capacidades del reino de Satán que están luchando contra nosotros».

Por otro lado, el ideólogo de Al Qaeda **Rómulo Gervasio** ha manifestado al respecto:

«La red (internet) ha llegado a ser un campo fértil para hacer el llamamiento para realizar el precepto de la yihad y seguir las noticias de los muyahidines» (es decir, «los combatientes»).

Asimismo, Heraclio Nemesio (conocido por Bigotes), fundador de la primera generación de la organización Al Qaeda en la Península Arábiga (AQAP), incorporó el uso de internet a la teoría del «yihad global» (esto es, el movimiento terrorista yihadista mundial), al distinguir hasta cuatro categorías de yihad:

a) yihad poniendo en peligro la vida de uno mismo (al-jihad bilnafs, traducido como «yihad mediante uno mismo»); es decir, la acción militar.

b) yihad proporcionando apoyo financiero y material (al-jihad bilmal).

c) yihad mediante la incitación de los musulmanes a unirse o apoyar la lucha (al-jihad bil-lisan, traducido como «yihad mediante la palabra»). Y

d) yihad mediante el odio al enemigo (al-jihad bil-qalb, traducido como «yihad mediante el corazón»).

Para el últimamente referido ideólogo del terrorismo extremista islámico, la mera difusión de propaganda a través de internet —incluso a título individual— se considera parte de al-jihad bil-lisan («yihad mediante la palabra»), y lo explica de la siguiente manera:

«Parte del yihad mediante la palabra es la producción y distribución de material, tal como libros, cintas, publicaciones, etc., incitando al yihad y sus variedades. Aquellos que no pueden escribir (libros) deben distribuirlos a mano, por fax o por correo. Parte del yihad mediante la palabra es también escribir artículos en periódicos, publicaciones y publicaciones periódicas, así como escribir a través de internet y enviarlo por e-mail a miles de personas, para proteger el Islam en cada lugar. Los caminos del yihad mediante la palabra son muchos; plasmé algunos ejemplos en pos de la claridad. Dios es todo conocimiento.»

Finalmente, como otra muestra de la importante consideración que se da a las actividades de

propaganda y reclutamiento a través de internet —enmarcadas en la denominada «yihad global», cuya realización por aquellos que no toman parte en la acción armada conlleva una recompensa espiritual similar a la de participar en el combate real—, destacamos las palabras pronunciadas al respecto por el nombrado **Hilario Octavio** (líder de Al Qaeda):

«Pido a Dios que pague con creces a todos los trabajadores en los medios de información yihadistas por ponerse ante el peligro exponiéndose ante cualquier daño para descubrir las realidades de los crímenes de los cruzados y judíos contra nuestra nación musulmana. Les pido que se esfuerzen en poner más de su parte en hacer llegar este mensaje a todo el mundo. Doy gracias a Dios cuando los enemigos con sus posibilidades grandes y sus instituciones informativas reconocieron su derrota ante las pequeñas posibilidades de los muyahidines».

SEGUNDO.- Modalidades de propagación mediática del terrorismo yihadista.

La estrategia de expansión yihadista a través de internet se ha ido progresivamente materializando en forma de sitios webs, como son los foros yihadistas y las salas de chat. Tales espacios constituyen lugares preferentes para la publicación de amenazas, reivindicaciones, comunicados, videos de atentados y ejecuciones, y manuales de formación y propaganda. Los sitios webs se han convertido en la principal plataforma para la expansión de la ideología yihadista y para la captación y radicalización de nuevos adeptos, simpatizantes y futuros miembros integrantes de la denominada «yihad global».

En la infraestructura mediática yihadista por internet tienen especial relevancia, por su profuso uso y polivalencia, los foros, las salas de chat y los repositorios de acceso público.

1.- Los foros están creados y orientados principalmente a la atracción de simpatizantes y su adoctrinamiento. Con un llamativo diseño, ofrecen atractivos productos audiovisuales —creados y editados por los propios foros o por reconocidas productoras y distribuidoras yihadistas—. Estos productos pueden ser «consumidos online», o bien pueden ser descargados

en diversos formatos para su «consumo local» o doméstico. Su temática es amplia y abarca desde discursos y obras de índole puramente doctrinal salafista-yihadista, a vídeos reivindicativos de grupos terroristas, exaltación de «mártires» (terroristas suicidas), noticias, manuales de formación terrorista, y toda información relacionada con las actividades de grupos extremistas de raíz islamista.

Los foros también cuentan con servicio propio de mensajería privada. Tienen una parte pública, accesible a cualquier visitante, y una parte privada, accesible únicamente a usuarios registrados. Estos últimos son integrados en un sistema jerarquizado en el que, a cada categoría de usuario, le corresponden unos privilegios específicos. Cuentan con estructura jerarquizada y división de cometidos, siendo las categorías más altas las de supervisor o moderador y administrador.

Los foros yihadistas más importantes en el año 2012, momento de la culminación de la investigación desplegada, eran los siguientes: Shumukh Al Islam Network, Ansar Al Mujahideen Network y Al Fida Network.

El funcionamiento de un foro de estas características requiere la compra y mantenimiento de un dominio (identificación exclusiva asociada a un sitio web) y de un alojamiento (hosting) que albergue los diferentes archivos que constituyen el propio foro. Ambos servicios han de ser contratados y pagados a la correspondiente empresa proveedora.

2.- Las salas de chat (especialmente las del servicio **Paltalk**, identificado con un concreto logotipo), son espacios de comunicación pública y privada entre usuarios, tanto por escrito como por voz y/o imagen, dedicados a una temática concreta. La creación y mantenimiento de salas estables (como la «Minbar ALAnSaR» a la que luego nos referiremos) es un servicio de pago. Cuentan con estructura jerarquizada y división de cometidos. El creador de la sala establece las condiciones de acceso y participación en ella. Habitualmente disponen de una zona pública y un área privada. En la primera, los usuarios interactúan y se comunican abierta y públicamente. A la segunda, de entrada restringida, sólo se

puede acceder mediante invitación. El acceso a una sala pública de Paltalk por parte de un usuario requiere que el mismo se dé de alta, temporal o permanente, en el servicio.

La actividad en las salas de chat yihadistas es fiscalizada por los supervisores o administradores, habilitados por el creador, que pueden expulsar y prohibir el acceso a aquellos usuarios que no respeten las normas de la sala. La temática habitual es la exaltación, apoyo y defensa de la yihad, entendida ésta como violencia a ejercer sobre los «apóstatas» (renegados) e «infieles» (no musulmanes), para conseguir la destrucción de los mismos o su sometimiento forzoso al Islam, al tiempo que se proporcionan los conocimientos para conseguir un eficaz ejercicio de esa violencia, a través de la difusión de manuales de formación y entrenamiento terrorista. En dichas salas, los administradores se distinguen visualmente porque delante de su nick (nombre de usuario) aparece el signo arroba (@).

3.- Los repositorios de acceso público están concebidos como espacios de almacenamiento de contenidos digitales de acceso público. En particular, el repositorio más ampliamente utilizado por los movimientos yihadistas es «**archive.org**», de carácter gratuito. Es un sitio web, perteneciente a una organización sin ánimo de lucro destinada a la preservación de historiales webs y recursos multimedia, afincada en Estados Unidos. Fue creada en 1996 y posee una gran biblioteca de contenidos, algunos de ellos de dominio público y otros amparados por licencias. Frente a otros repositorios existentes en internet, archive.org ofrece características del anonimato (pues sus usuarios sólo tienen que crear una cuenta utilizando una dirección de correo electrónico y una contraseña a su elección, sin aportar más datos personales, para iniciar el proceso de subida de archivos desde su ordenador), gratuidad (puesto que el alojamiento de contenidos no supone coste alguno para quienes los suban), difusión (ya que los contenidos alojados pueden ser descargados por cualquier usuario a través del enlace de descarga que genera el sistema), permanencia (pues tales contenidos sólo pueden ser editados y borrados por el usuario

que los ha subido), capacidad ilimitada (pues no existe tope en cuanto a la cantidad y tamaño de los archivos subidos) y multiformato (al contar el sistema con potentes herramientas de conversión de archivos a diferentes formatos).

Esta web está siendo usada por los miembros del movimiento yihadista para almacenar en ella una ingente cantidad de material documental y audiovisual sobre la yihad y los grupos terroristas que la sostienen, manuales de entrenamiento y formación de futuros terroristas, y todo aquello que sustenta la acción terrorista de inspiración islámica radical. El material que contiene es continuamente difundido a través de los foros y salas de chat yihadistas. Por ello, archive.org constituye en la actualidad una de las mayores bibliotecas existentes sobre la yihad, creada, gestionada y continuamente ampliada por determinados individuos encargados específicamente de esta tarea. Por lo demás, el uso de este repositorio aporta a sus gestores la ventaja añadida de no tener que almacenar en sus ordenadores o domicilios el material yihadista, con los beneficios que supone no colapsar los ordenadores personales y ralentizar u obstaculizar ser descubiertos quienes los utilizan.

TERCERO.- La Red Ansar Al Mujahideen como sustentadora de las acciones yihadistas.

Uno de los grupos más activos de apoyo a la yihad vía internet es la autodenominada «Ansar Al Mujahideen Network» (Red Ansar Al Mujahideen). Dicha estructura tiene entidad propia pero, además, a través del contacto personal de los cuadros directivos de otros grupos yihadistas, la estrategia de los mismos está coordinada, llegando a trabajar en red. La macro-red así constituida forma parte, a la vez, del movimiento de la «yihad global», entendido como un conjunto de medios de comunicación empleados como herramienta al servicio del terrorismo yihadista mundial, que actúan en nombre y beneficio de la línea más radical del Islam.

La autodenominada Red Ansar Al Mujahideen está formada por un reducido núcleo dirigente de individuos con una larga trayectoria en plataformas yihadistas en internet, algunos de

ellos conocidos desde el año 2005. Todas las decisiones que en su seno se adoptan son consensuadas por un órgano de dirección o Consejo Consultivo, denominado «Majlis Al Shura», y son obedecidas por el resto de los componentes del grupo. Los integrantes del «Majlis Al Shura» son reconocidos y tratados por terceros como Jeques, y han creado y mantienen una sólida infraestructura en internet orientada a la difusión del ideario yihadista a través de este medio, como paso necesario para alcanzar su objetivo final, que es la financiación, captación, adoctrinamiento y radicalización de simpatizantes para llevar a cabo la yihad armada. Esto último implica tanto el envío de los voluntarios a zonas de conflicto como su formación mediante la difusión de manuales de entrenamiento terrorista para actuar allí donde el adoctrinado resida o en lugares de conflicto.

La Red Ansar Al Mujahideen presenta una estructura formal, por su organización; estable, por su continuidad en el tiempo; jerarquizada, por la distribución de misiones y responsabilidades entre sus componentes, de los objetivos yihadistas que persigue, con un número indeterminado de miembros de dirección y numerosos colaboradores y simpatizantes.

La red terrorista que nos ocupa tiene señas de identidad propias y diferenciadoras: un nombre con significado (Red Ansar Al Mujahidin, que traducido significa «Red de los Partidarios de los Muyahidin»); un banner (emblemata o bandera); un logotipo identificativo; un lema («In support of the struggle by pen and sword», que significa «En apoyo de la lucha con la pluma y la espada»), y un ideario públicamente expresado («Somos yihadistas. La yihad es una obligación en la religión de Dios. Nosotros alabamos a los yihadistas por el camino de Dios»).

Un aspirante obtiene la pertenencia a la Red Ansar Al Mujahideen tras mostrar su compromiso con la yihad y la organización, a propuesta de uno de los miembros más veteranos (también llamados «pioneros») que lo avale. La admisión se decide en un Consejo Consultivo de los miembros de la Red. El aspirante se convierte en miembro tras formalizar un juramento de

fidelidad a la yihad y a la red a la que quiere pertenecer.

La coordinación de los miembros de la Red Ansar Al Mujahideen se lleva a cabo, principalmente, a través de plataformas de comunicación de internet, en especial las salas de Paltalk. Estas salas constituyen el embrión del aparato de propaganda de la Red, dedicado a la captación, adoctrinamiento y formación de simpatizantes de la yihad, extendiendo así las bases de apoyo al movimiento de la yihad global.

Para optimizar la pervivencia de la Red Ansar Al Mujahideen y alcanzar sus objetivos, existen en su seno tres estructuras que se distribuyen sus diferentes cometidos:

1. El **aparato de financiación**. Tiene por función obtener donaciones de aquellos miembros o simpatizantes que disponen de recursos económicos, en especial del Golfo Pérsico y Europa, para garantizar la continuidad de la infraestructura de la Red Ansar Al Mujahideen en internet a través de dominios y servidores. Asimismo, se encarga de obtener dinero para ser enviado a los mujahidines en diferentes zonas de conflicto, especialmente Waziristán (zona situada al noroeste de Irak, que limita con Afganistán), así como en algunos casos para subvencionar el viaje de los voluntarios hasta esas mismas zonas (Waziristán, Afganistán, Pakistán).

2. El **aparato de apoyo operativo**. Es el encargado de mantener contacto con elementos terroristas de las diferentes zonas de conflicto. Este contacto facilita la apertura de vías de tránsito para que los voluntarios captados puedan ser enviados a tales zonas. Los integrantes de este aparato coordinan los envíos de voluntarios y se encargan de que los Jeques de la Red avalen a los voluntarios conocidos y que éstos sean acogidos por los diferentes grupos terroristas en Waziristán, Afganistán, Pakistán, Chechenia, Somalia, u otros lugares a donde son enviados.

3. Y el **aparato de propaganda**. Se dedica a difundir a través de plataformas de internet, tanto propias como ajenas, todo tipo de documentos y material audiovisual de exaltación de la yihad y de los grupos yihadistas, de la justificación teológica de las acciones terroristas, así como de

manuales de formación en el uso de las armas, y fabricación de explosivos y venenos. Todo ello con las finalidades de captación, adoctrinamiento y formación de los terroristas.

Precisamente este aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen utiliza una infraestructura basada en plataformas y servicios web de internet, como son los foros, las salas de Paltalk y los repositorios de acceso público. Cada uno de ellos cumple una función específica y complementaria en aquella estrategia de captación, adoctrinamiento y formación terrorista de la Red.

a) La comunicación a través de los **foros** constituye el pilar de la primera fase de la labor de propaganda, que es la captación. Con un formato yihadistas están diseñados cibernautas, generalmente modo de escaparate, en audiovisuales que plasman la yihadistas, pues se exhibe a visualmente atractivo, los foros para lograr la atención de los de religión musulmana. A ellos se exhiben productos visión maniquea del mundo de los musulmanes como una comunidad virtuosa que es constantemente oprimida y humillada por los que no lo son (judíos, cristianos y renegados, principalmente), a la yihad («guerra santa contra los infieles») como el único camino para evitarlo y a los mujahidines (combatientes) como los «héroes» que protegen a la comunidad musulmana (la «Umma») del mal, del enemigo. De este modo, se intenta convertir al visitante del foro en simpatizante, y obtener así su voluntad. Para fijar esta fase de adoctrinamiento en las tesis del salafismo yihadista (movimiento que reivindica el retorno por medios violentos a los orígenes del Islam, fundado en el Coram y la «Sunna» —conducta modelo basada en los dichos y hechos de Mahoma—), en los foros se imparten cursos básicos sobre teología islámica según la metodología yihadista, y se difunden obras de ideólogos de la yihad y entrevistas con líderes de organizaciones yihadistas.

b) Las **salas de Paltalk** constituyen el destino de los simpatizantes más comprometidos en los foros yihadistas. En dichas salas de chat se acomete un grado más avanzado de la fase de adoctrinamiento, consistente en la formación en diferentes materias. En estas salas el adoctrina-

do puede interactuar, en tiempo real, con otros simpatizantes y miembros de la Red como los supervisores o administradores, así como asistir a cursos «en directo» («online») impartidos por importantes Jeques.

Los supervisores o administradores se encargan de resolver las dudas del iniciado y de poner a su disposición la información que éstos requieran, tanto a nivel teológico-ideológico como operativo. Esto se materializa cuando, por petición expresa o por iniciativa propia, el supervisor «cuelga» en la sala un link que permite al iniciado descargar un producto determinado, relacionado con algún aspecto del salafismo yihadista, incluyendo detallados manuales de formación terrorista, fabricación de explosivos, manejo de armas, así como de la justificación religiosa de la acción violenta preconizada por la Red.

En la Red Ansar Al Mujahideen está instalada la sala «**Minbar ALAnSaR**» (traducido como «Pulpito de los Defensores»), desde la cual se ofrece a los postulantes interesados una amplia y variada colección de productos yihadistas para completar y enriquecer su formación y adoctrinamiento.

c) Además de los foros y las salas de Paltalk, el aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen ha utilizado de modo preferente, como herramienta de almacenamiento y difusión de productos yihadistas, el repositorio de acceso público denominado www.archive.org, con primacía sobre otros servicios de carga y descarga de archivos.

Por otro lado, los principales responsables del aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen son el Jeque conocido por los nicknames de «Corsario» y «Zapatones», y el Jeque conocido por los nicknames de «Perico», «Pirata» y «Cerilla», ambos miembros del Consejo Consultivo Supremo (Majlis Al Shura) de dicha Red. Las cuestiones generales y particulares del aparato de propaganda se deciden en un Consejo Consultivo del propio aparato (Consejo también denominado «Majlis Al Shura»), integrado por los miembros de mayor relevancia del aparato y que ostentan algún cargo en el mismo, como son los supervisores o administradores.

CUARTO.- El acusado Porfirio Leonardo como miembro destacado del aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen.

A partir del año 1999, el acusado Porfirio Leonardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, se aproximó a las tesis del salafismo yihadista, sirviéndose para ello de la conexión a través de la línea de ADSL contratada con la compañía Ono Cable Europa que instaló en su domicilio, sito en la AVENIDA000 n° NUM000, piso NUM001, puerta NUM002 de Valencia, entrando a formar parte del aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen desde 2006.

La actividad del acusado, enmarcada en la llamada «yihad mediante la palabra», consistía en la difusión de todo tipo de material de exaltación del terrorismo yihadista, de los grupos terroristas de ideología salafista-yihadista y de manuales que contribuyen directamente a la formación y adiestramiento terrorista. Labor que realizaba, hasta su detención el 27 de marzo de 2012, a través de las tres modalidades de plataformas mediáticas yihadistas a las que nos hemos referido con anterioridad; es decir, los foros, las salas de Paltalk y los repositorios de acceso público.

En dicha Red de apoyo al terrorismo yihadista llegó a ser supervisor o administrador de la sala de Paltalk de su aparato de propaganda (denominada «Minbar ALAnSaR») y miembro del Consejo Consultivo («Majlis Al Shura») de este concreto aparato logístico, habiendo asimismo participado activamente en el foro de dicha Red (de su misma denominación) y en los foros de las otras Redes predominantes de apoyo al terrorismo radical islamista. Además, el acusado mantenía una fluida comunicación con los Jeques que dirigían el aparato de propaganda de la Red en la que se hallaba inserto y era responsable de la gestión de una biblioteca con una profusa colección de productos mediáticos yihadistas, cuyos productos difundía a través de la infraestructura de la Red Ansar Al Mujahideen en internet, consistentes en aquellos foros y aquellas salas de chat.

Como miembro del Consejo Consultivo («Majlis Al Shura») del aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen, formaba parte del núcleo

directivo del mismo y participaba en la toma de decisiones de la nombrada estructura organizativa de índole terrorista.

Desde 1999 el acusado, a través de internet, ha venido almacenando en dispositivos informáticos una ingente cantidad de archivos y documentos sobre la yihad, discursos de jefes yihadistas, líderes de organizaciones terroristas, manuales de armas, fabricación de explosivos y otros productos relacionados con el terrorismo radical islamista, en un número próximo a los 214.000, con un tamaño total de 883 gigabytes, ordenados en unas 23.000 carpetas. La finalidad de dichos archivos era su difusión entre terceros partidarios de la yihad violenta y como medio de ayuda a la formación y adiestramiento en las acciones terroristas.

Las principales plataformas de internet utilizadas por la Red Ansar Al Mujahideen y que constituyen la estructura básica de su aparato de propaganda son el foro Ansar Al Mujahideen y las salas de Paltalk asociadas a dicha Red. Junto al repositorio de acceso público www.archive.org, estas plataformas forman la infraestructura de la Red Ansar Al Mujahideen y son parte orgánica (los foros y las salas) y funcional (el repositorio) de su aparato de propaganda.

Al papel del acusado en cada una de estas tres plataformas mediáticas de difusión del terrorismo yihadista dedicaremos los próximos tres apartados.

QUINTO.- Participación del acusado en el foro Ansar Al Mujahideen y otros similares.

El acusado Porfirio Leonardo, quien desde el año 2001 no trabaja por cuenta ajena ni obtiene remuneración por ello, tuvo presencia y mantuvo relación, tanto en el ámbito «institucional» como personal —a través de sus miembros—, con la mayoría de los principales foros yihadistas (Al Fallujah, Al Shumukh y Al Fida), además de actuar en el foro Ansar Al Mujahideen, inserto en la Red de la misma denominación en la que el nombrado acusado ocupaba un relevante cargo en su aparato de propaganda.

El **foro Ansar Al Mujahidin** (también denominado Red Ansar Al Mujahideen) nació de la unión de AnsarAlJihad.net y de as.ansar.com. En el año

2008, la Red inició un vertiginoso crecimiento, debido a que en septiembre del referido año fue cerrado uno de los foros más reconocidos y radicales que existía hasta entonces, llamado «Al Ekhlass.net» («La Red de la Lealtad Islámica»), que llevaba varios años en funcionamiento. A su cierre, se produjo la emigración de su cuadro directivo a la Red Ansar Al Mujahideen.

El foro que nos ocupa constituye el órgano más básico y público de la organización Red Ansar Al Mujahideen, siendo concebido para influenciar e interactuar con los cibernautas.

En el video fundacional de Ansar Al Mujahideen, expresamente aparece su autodefinición, su ideología, los productos que a través del foro se difundirían y los Jeques que lo avalan. En dicho video se recoge:

«Somos yihadistas. La yihad es una obligación en la religión de Dios.

Nosotros alabamos a los yihadistas en el camino de Dios.

Operaciones mártires.

Diversas operaciones.

Cánticos yihadistas.

Envíos de Al Qaida y los Talibanes. Audiovisual.

Envíos yihadistas, de todos los frentes de la yihad. Material violento.

Con alta precisión.

El verdadero yihad.

Libros yihadistas.

Al final de lo anterior, se proyecta un documental de la Red Ansar Al Jihad y la petición de visitas en el enlace: <http://AS-ANSAR.COM/VBI>.

Asimismo, aparecen los nicknames de los Jeques que avalan el foro, con su nombre y con su presencia: Santo, Largo, Zapatones, Quico, Birras, Casposo, Pulga, Ratón, Cachas, Bola, Rata, Zurdo, Chiquito, Cebollero y Chispas.

Por virtud de estos avales (llamados «tazkiya»), el foro Ansar Al Mujahideen creció con rapidez y llegó a convertirse, entre finales de 2009 y principios de 2010, en uno de los tres foros yihadistas más importantes de internet (junto con los foros Al Shumukh y Al Fida). Pero no sólo los avales garantizaron este crecimiento, ya que la implicación, dinamismo, atracción de personal especializado y adecuada preparación del cua-

dro directivo del foro, consiguió consolidar lazos con los corresponsales de los principales grupos e ideólogos yihadistas, llegando a establecer programas de cooperación con algunos de los más importantes (Emirato Islámico de Afganistán, Emirato Islámico del Cáucaso, Red Haqqani, Jeque Marcos Urbano, Jeque Ramón Eleuterio —Al Qaeda— y muchos otros).

Asimismo, el foro Red Ansar Al Mujahideen se dotó de importantes herramientas que le permitieron maximizar la difusión del material yihadista, como fueron el departamento de traducción y sus filiales en lengua inglesa y alemana, que le permitieron llegar a los simpatizantes europeos que no entendían la lengua árabe.

Como muestra de la relevancia que adquirió el acusado **Porfirio Leonardo** en los foros yihadistas donde operaba, la categoría que alcanzó en el foro Ansar Al Mujahideen (como usuario «**Patatero**») fue la de «ansari con esfuerzo aplicado»; en la Red Al Shumukh (como usuario «**Cabezón**») alcanzó la categoría de «shamikh excelente»; y en el foro Al Fida (como usuario «**Cabezón**»), la de «fidai brillante».

Del resultado de la intervención de la línea ADSL instalada en el domicilio del acusado, extraemos como ejemplos de su participación activa en los foros yihadistas los siguientes:

1.- El día 3 de junio de 2011, Al Qaeda difundió en foros yihadistas un video de 100 minutos en dos partes, producido tras la muerte de Jacinto Leonardo, llamando a acciones individuales de yihad contra «suelo enemigo». En el video aparecen los principales líderes de la organización terrorista: Hilario Octavio, Teodoro Vicente, Ramón Eleuterio y Diego Salvador, alias Culebras. El video fue producido por el brazo mediático de Al Qaeda, As Sahab, y se titula: «Sólo tú eres responsable de ti mismo». El video abre con viejas tomas de Jacinto Leonardo sentado junto a Hipólito León y dando un discurso en el que criticaba la ocupación occidental de tierras musulmanas. En la intervención de **Diego Salvador**, éste afirma que: «los musulmanes en Occidente deben recordar que están perfectamente situados para tomar una parte importante decisiva en el yihad (guerra santa) contra los sionistas y

los cruzados». Para ello, apuesta por la organización de atentados de manera independiente y a través de cualquier medio, afirmando que: «es importante que debilitemos la voluntad de combatir a nuestros cobardes enemigos apuntando a influyentes figuras públicas en el gobierno, la industria y los medios cruzados y sionistas».

A partir del día 5 de junio de 2011, y como respuesta al referido video, en los principales foros yihadistas (Faluja, Shumukh, Al Fida, Ansar Al Mujahideen), se realizó un llamamiento a los usuarios a fin de crear un «taller del terror» con el objeto de identificar a las «influyentes figuras públicas en el gobierno, la industria y los medios cruzados y sionistas», tal y como Diego Salvador proponía. La iniciativa de los foros consistía en que los usuarios proporcionaran una lista de aquellas personalidades que considerasen deben ser objetivos de atentados. Desde los foros de internet se comenzó a pedir ayuda a los correccionistas para obtener los medios adecuados para llevar a cabo las acciones terroristas que Al Qaeda propuso.

El día 10 de junio de 2011, en el Foro Al Shumukh, el estudiante de la Facultad de Información **Al Asad Al Zar**, realizó un llamamiento para «determinar la lista con nombres de personas activas en la guerra de la Alianza sionistas-cruzados en contra de nuestra Umma (comunidad de creyentes, nación musulmana), la de directores de empresas que apoyan la guerra, la de instituciones informativas que hacen publicidad mentirosa y miembros del Congreso incitadores»... «para mandarla a los dirigentes de la yihad para aprobarla y guiarnos hacia el objetivo adecuado».

El día 23 de junio de 2011, el acusado **Porfirio Leonardo**, en respuesta al llamamiento de Al Qaeda, como usuario «**Cabezón**», colgó en el foro Al Shumukh su selección de objetivos para atentar contra ocho personalidades (de las que dos son españolas), con el siguiente mensaje: «Que Dios te beneficie, nuestro jeque Héctor Simón, con Almíscle y Azofrán. Que Dios te recompense y que eleve tu posición en esta vida y en la otra.

Dios es grande y alabado sea... Dios es grande y alabado sea... Dios es grande y alabado sea... El poder es de Dios, su profeta y los creyentes, pero los hipócritas no lo saben. (Corán). Oh Dios, da la victoria a los mujahidines por tu causa en todos los sitios, hazles alcanzar sus objetivos, ponles firmes, haznos seguirles. Oh Generoso, suminístrales con tus soldados. Dios cura sus heridos y acepta a sus mártires. Amén. Oh Dios, quien quiera el mal para los muyahidines, que se lo devuelvas y haz de su gestión su destrucción y ponle en evidencia ante todos y tenlo en cuenta. Oh Dios, libera a nuestros hermanos encarcelados en todos los sitios. Oh Viviente y Eterno. Amén. Sangre... sangre... destrucción... destrucción... Sacrificio... sacrificio... aniquilación... aniquilación...

Dañar a todos los enemigos. Los crímenes cometidos contra los musulmanes y que no debemos olvidar por Dios. Tarde o temprano si Dios quiere. Sacrificio... sacrificio... aniquilación... aniquilación... muerte... muerte... sólo una bala.

Incitación de los valientes muyahidín para el renacimiento de la Sunna del sacrificio:

El criminal de guerra Donato Fabio padre El criminal de guerra el falso Jenaro Urbano
El criminal de guerra Donato Fabio hijo
El criminal de guerra Florencio Amadeo
El criminal de guerra Leandro Florian
El criminal de guerra Florencio Juan
El criminal de guerra Teodosio Placido
La criminal de guerra Rocío Ofelia». (Aparecen fotos de los nombrados).

2.- A partir del día 22 de marzo de 2012, el acusado aprovechó su presencia en los foros para llevar a cabo la exaltación del terrorista Lucio Celestino. Este individuo franco-argelino (nació el NUM003 de 1988 en Toulouse) murió el mencionado día, tras la intervención de la Policía francesa, cuando estaba atrincherado en su domicilio. Era el autor de los asesinatos de tres militares franceses de origen argelino, tres niños y el padre de dos ellos, de religión judía, perpetrados los días 11, 15 y 19 de marzo de 2012 en Toulouse y Montauban (Francia). Se proclamaba salafista y miembro de Al Qaeda, y justificó sus acciones diciendo que quería denunciar la pre-

sencia militar francesa en Afganistán y vengar la muerte de niños palestinos.

El cerco policial a Lucio Celestino, y su enfrentamiento armado con las Fuerzas de Asalto de la Policía francesa, fueron seguidos con gran expectación en los foros y salas yihadistas. **Porfirio Leonardo** mostró una gran actividad en relación a este caso, exaltando la figura de Lucio Celestino y calificando la acción terrorista que éste desarrolló como propia de la yihad. El acusado elogió de forma pública la acción criminal de Lucio Celestino, incluyendo el asesinato de varios niños por el hecho de ser judíos y en un escenario tan alejado de aquéllos en los que tradicionalmente se intenta justificar la yihad, como es Francia. Como veremos, el acusado no sólo justificó la acción terrorista, sino que reclamó para Lucio Celestino el paraíso y lo definió como héroe y mártir.

a) En fecha 22 de marzo de 2012, a las 13:38:09 horas, en la Red Shumukh Al Islam, bajo el epígrafe «Tema: Urgente/Muerte en martirio del hermano Lucio Celestino /el terror de Europa y de Francia», el acusado posteó (con el usuario «Cabezón»):

«Usuario: Cabezón (*shamikh* excelente) Contenido:

Dios, acéptale en los paraísos con los profetas, los veraces y los mártires.

Una sola persona pero es un león que resistió más de 30 horas contra un ejército de los que llaman Las fuerzas de Élite. Esta última temblaba antes de invadir. Cuando irrumpió para sorprender al león, se sorprendió al verse colmada con balas que causaron tres heridos entre las fuerzas cristiano-sionistas.

Se enfrentó a la gente que estaba en el exterior a través de la ventana, el arma en su mano y las balas llovían sobre los enemigos de Dios.

Dios te tenga en tu gloria, eleve tu rango en los paraísos y te acepte con los mártires.

Le consideramos y Dios le basta.

No declaramos honrado a nadie por encima de Dios. Amén.»

b) El mismo día 22 de marzo de 2012, a las 14:23:53 horas, el acusado publicó (con el usuario «Cabezón») en el foro Red Islámica Al Fida la

siguiente manifestación de apoyo a las actuaciones desarrolladas en Francia por Lucio Celestino: «Usuario: Cabezón (fidai brillante)

Oh Dios, acéptalo en el paraíso con los profetas, los compañeros y los mártires.

Es una sola persona pero es un león que ha resistido más de 30 horas frente a un ejército al que llaman fuerzas especiales que temblaron por el asalto y cuando asaltaron para sorprender al león, se sorprendieron estas fuerzas de cómo el león les disparaba indiscriminadamente, lo que provocó que tres de las fuerzas sionistas cruzadas resultaran heridos. Y continuó disparando a los que estaban fuera a través de la ventana con el arma en su mano y disparando indiscriminadamente a los enemigos de la religión. Que descanses en paz y que Dios te tenga en el paraíso junto a los mártires. Así te consideramos y no beneficiamos más que a Dios. Amén.

Dios es grande y alabado sea.

Corán: Sura de los hipócritas>>> Versículo: 8.

«El poder es de Allah, de su mensajero y de los creyentes, pero los hipócritas no lo saben.»

Dios, da la victoria a los muyahidín por tu causa en todos los sitios. Hazles alcanzar sus objetivos. Ponles firmes. Haznos seguirles oh Generoso y suministrales con tus soldados. Dios cura sus heridas y acepta a sus mártires. Amén. Oh Dios, quien quiera el mal a los muyahidín, que se lo devuelvas y haz de su gestión su destrucción. Ponle en evidencia ante todos y tenlo en cuenta. ¡Oh Dios! libera a nuestros hermanos encarcelados en todos los sitios. Oh Viviente y Eterno. Amén.

Y al enemigo sionista cruzado y sus sirvientes de los gobernantes y apóstatas y sus soldados, morid con vuestra ira. Sólo tendréis:

Sangre...sangre... destrucción... destrucción...

Sacrificio... sacrificio... aniquilación... aniquilación».

c) El día 23 de marzo de 2012, a las 11:27:44 horas, el usuario «Cabezón» (el acusado) en el foro Red Islámica Al Fida volvió a mostrar su apoyo sobre los acontecimientos sucedidos en Francia por la actuación de Lucio Celestino, con la siguiente participación:

«Usuario: Cabezón (fidai brillante) Contenido:

Que Dios te compense. Dios, perdónale sus pecados y acógele en tu paraíso junto a los profetas, piadosos, mártires porque son la mejor compañía.»

d) El día 24 de marzo de 2012, a las 06:49:00 horas, en el foro yihadista Red Islámica Al Fida, el acusado posteó (también con el usuario «Cabezón»):

«Usuario: Cabezón (fidai brillante) Contenido:

Dios es el más grande, alabado sea. De los resultados de la batalla de Toulouse provocó la ira de los enemigos del Islam y los musulmanes.

Dios es el más grande, alabado sea... Dios es el más grande, alabado sea... Dios es el más grande, alabado sea... El poder es de Dios, su Profeta y los creyentes, pero los hipócritas no lo saben.

Y al infiel hijo de judío Baltasar Claudio, muérete por tu ira.

Y que descanses en paz el mártir Lucio Celestino que te hizo tener miedo durante la aproximación a la zona en la que él estaba sitiado por más de 300 de tus fuerzas (la elite de cobardes) y no comenzaste a celebrar los funerales de tus soldados hasta después del martirio del león. Así lo consideramos.»

e) Y el día 25 de marzo de 2012, a las 11:58:55 horas, el acusado volvió a publicar en la Red Islámica Al Fida, asimismo con el usuario «Cabezón», sus muestras de apoyo a las acciones llevadas a cabo por Lucio Celestino:

«Cabezón (fidai brillante)

Dios os remunerare con el bien.

El poder es de Dios, su Profeta y los creyentes, pero los hipócritas no lo saben.

Oh Dios, da la victoria a los mujahidín por tu causa en todas partes, hazles alcanzar sus objetivos, ponles firmes, haznos seguirles oh Generoso, suministrales con tus soldados, Dios cura sus heridas y acepta a sus mártires. Amén.

Oh Dios, quien quiera el mal para los mujahidín, devuélveselo y haz de su gestión su destrucción y ponle en evidencia ante todos y tenlo en cuenta.

Oh Dios, libera a nuestros hermanos encarcelados en todos los sitios. Oh Viviente y Eterno.

Amén.

Y acaba con el enemigo sionista cruzado y a sus aliados gobernantes apóstatas y sus soldados. Morid por vuestra ira, sólo tendréis: Sangre... sangre... destrucción... destrucción... Sacrificio... sacrificio... aniquilación... aniquilación».

*Para finalizar este apartado, debemos resaltar que la descrita exaltación al odio y al exterminio del contrario, no resulta novedosa en el acusado, puesto que mediante su participación en los foros yihadistas frecuentemente hacía uso de **plegarias** del tenor de la siguiente:*

«Dios nos basta y en él confiamos. Oh Dios, da la victoria a los mujahidines por tu causa en todos los sitios, hazles alcanzar sus objetivos, ponles firmes y eleve sus banderas en toda la tierra, suminístrales con tus soldados, Oh Señor de los Mundos. Oh Dios, haznos seguirles utilizanos y no nos cambies y concédenos el martirio en tu camino después de llevar a cabo una matanza a tu enemigo. Oh Dios, amén».

SEXTO.- Participación del acusado en las salas de Paltalk asociadas a la Red Ansar Al Mujahideen.

*La principal plataforma «propia» de la Red Ansar Al Mujahideen son las salas de chat de Paltalk asociadas a la denominación «**Ansar Al Mujahideen**» y «**Minbar ALAnSaR**», independientemente de la gráfica con que estén registradas.*

Bajo la dirección de los dos principales responsables del aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen, que son el Jeque conocido por los nicknames de «Corsario» y «Zapatones», y el Jeque conocido por los nicknames de «Perico» «Pirata» y «Cerilla», se encuentran los supervisores o administradores, que son los encargados de mantener la línea ideológica yihadista de la sala, colgar enlaces para descarga de productos yihadistas, admitir, controlar y expulsar a los visitantes y miembros, y vetar a los que no se atienen a las normas de la sala. Entre ellos, unos pocos, que son los supervisores generales, tendrían algunos privilegios superiores al resto de supervisores. Entre aquellos están los usuarios de los nicknames «Ratón», «Mantecas» y «Chato».

Todos los anteriores, junto con «Alejo Oscar», «Zanagollas», «Pelirrojo» y «Bicho» (nickname que corresponde al acusado Porfirio Leonardo), forman el Consejo Consultivo (Majlis Al Shura) del aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen.

En general, los supervisores o administradores son veteranos miembros de la Red Ansar Al Mujahideen, elegidos según los criterios de antigüedad y compromiso con la yihad.

Por iniciativa de alguno o algunos de los supervisores-administradores se puede proponer el «ascenso» a supervisor de un miembro que haya mostrado clara y continuamente sus aptitudes. Avalado de esta forma, el aspirante será elegido o rechazado por los miembros de un Majlis Al Shura (Consejo Consultivo), convocado al efecto. Si el candidato es admitido, deberá formalizar una ceremonia online, en una sala privada de Paltalk, en la que en presencia de los responsables de las salas y del resto de supervisores presta juramento de fidelidad y se levanta acta del evento.

Las normas de funcionamiento y relación entre miembros y usuarios de las salas de Paltalk de la Red Ansar Al Mujahideen están sometidas al estricto cumplimiento de la rígida metodología salafista-yihadista, hasta el punto que incumplirla conlleva la exclusión del infractor, incluso si éste es un miembro veterano y ejerce cualquier tipo de autoridad.

El reconocimiento de la autoridad de los principales responsables del aparato de propaganda y la obediencia a sus mandatos son, también, norma de relación entre los miembros de la organización.

*Como **supervisor-administrador** de las salas Paltalk del aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen, el acusado **Porfirio Leonardo** llevaba a cabo una labor de captación, adoctrinamiento y formación yihadista a través de internet, sirviéndose de los múltiples archivos de que disponía. Durante todo el tiempo que duró la intervención telefónica (doce meses), el número de posteos del acusado en foros yihadistas ascendió a 2.438, siendo 463 sus accesos a las salas.*

Desde su cargo de **gestor de la biblioteca yihadista**, ha facilitado los enlaces necesarios en la sala y correspondientes a la biblioteca, entre los usuarios de los distintos foros, todo tipo de material de exaltación del terrorismo, así como manuales de formación y adiestramiento terrorista en campos tales como reclutamiento y fabricación de artefactos explosivos, gases y venenos.

A través de varios archivos detectados en los dispositivos informáticos intervenidos al acusado, podemos observar su protagonismo y la elevada intensidad de su relación con los dirigentes y demás miembros del aparato de propaganda de la Red en la que estaba inmerso.

1.- Un ejemplo de la relación de jerarquía existente en las salas de chat, con participación del acusado, lo tenemos en la sesión celebrada el día 12 de marzo de 2012, a las 18:52:00 horas. Ese día, el acusado Porfirio Leonardo, bajo el nick «Bicho», recibió instrucciones del jeque de la sala «Corsario» para realizar una misión que le encomienda en otra plataforma yihadista. «Bicho» accede demostrando acatamiento y obediencia ante una entidad de carácter superior:

«- Corsario: que la paz sea contigo querido hermano. ¿Cómo estás?

- Bicho: que la paz y la bendición de Dios estén contigo y que Dios te conserve y te bendiga, nuestro jeque

- Corsario: que Dios te conserve

- Corsario: te quiero para un servicio, hermano Bicho: manda

- Corsario: ojalá que participes en este foro, que Dios te bendiga, para elevar el nivel

- Corsario: <http://alrnutakhasses.com/vb/>

- Bicho: si Dios quiere

- Bicho: alégrate

- Corsario: que Dios te alegre con el paraíso. Amén

- Bicho: amén. Y a ti hermano y a todos los monoteístas

- Corsario: regístrate ahora, que Dios te bendiga

- Bicho: si Dios quiere».

Las órdenes del Jeque de la sala fueron inmediatamente obedecidas por Porfirio Leonardo, como lo demuestra los siguientes datos:

- El mismo día 12 de marzo de 2012, a las 20:10:37 horas, el acusado accedió a la dirección <http://almutakhasses.com/vb/>

- El día 14 de marzo de 2012, a las 19:40:17 horas, el acusado accedió por segunda vez a la dirección <http://almutakhasses.com/vb/>

- Y el mismo día 14 de marzo de 2012, a las 19:40:19 horas, el acusado nuevamente accedió a la dirección <http://almutakhasses.com/vb/>

2.- Un ejemplo de la participación del acusado Porfirio Leonardo, como uno de los supervisores de las salas de chat, en los Consejos Consultivos (Majlis Al Shura) del aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen, convocadas para abordar asuntos de gestión y administración, lo tenemos en la sesión del día 3 de enero de 2012, a las 13:27:04 horas, cuando le llegó el aviso de celebración:

«- Perico: Que la paz os acompañe. Habrá una reunión de los supervisores el próximo jueves a las 12 horas, hora local de Meca. Espero que todos los hermanos acudan. Que Dios os bendiga.

- Bicho (el acusado): y que la paz os acompañe también. Si Dios quiere ahí estaremos. Que Dios os bendiga a vosotros también y a todos los creyentes».

3.- Un ejemplo de la participación del acusado **Porfirio Leonardo** en reuniones más restringidas del Consejo Consultivo (Majlis Al Shura), —normalmente los asuntos controvertidos más delicados, como los relacionados con la adopción de posturas de la Red respecto a sucesos del momento, Jeques a los que vetar, Jeques a los que apoyar, normativas y resolución de problemas entre los miembros de la dirección, son dirimidos mediante reuniones o consejos a los que solamente asisten los miembros del Consejo Consultivo, quedando excluidos aquellos supervisores que no pertenecen al mismo—, lo tenemos en la sesión del día 8 de marzo de 2012, a las 10:56:28 horas:

«- Pirata: si Dios quiere nos reuniremos mañana por la tarde y es necesario que estés hermano y te confirmaré la cita hoy o mañana por la mañana si hay un acuerdo con el resto de los hermanos citados a la reunión.

- Bicho (el acusado Porfirio Leonardo): si Dios quiere.

- Pirata: no se lo digas a nadie más que a los hermanos de la reunión, porque la reunión no es general para todos los supervisores.

- Bicho: alégrate hermano, si Dios quiere.»

Al día siguiente, 9 de marzo de 2012, a las 11:21:50 horas, se registró esta conversación sobre el mismo tema:

«- Bicho (Porfirio Leonardo): Dios es el ayudante. Me dijiste que la reunión será hoy.

- Pirata: Lo importante hermano, aún estamos organizando una pequeña reunión sólo con algunos hermanos.»

4.- Finalmente, la calidad del acusado como supervisor de referencia a quien el Emir de la sala le pide su parecer sobre los extremos de una reunión para resolver un conflicto, se observa en la sesión del día 10 de marzo de 2012, a las 09:56:42 horas:

«- Pirata: bien, y tú, ¿qué opinas hermano?

- Bicho (el acusado Porfirio Leonardo): hay que reconciliarlos y juntarles querido hermano

- Bicho: hay que hacer un consejo de paz para mediar entre las partes (el jeque Fausto Martín y el jeque Gallina) dentro del consejo sí es posible

- Bicho: es necesario que el asunto cuente con la buena voluntad de los implicados (el jeque Al Salad y nuestros hermanos Porfirio Jerónimo y Gervasio Heraclio) y vencer las diferencias

Bicho: reunir a los implicados (y preferiblemente reunir al jeque Zapatones con nuestro hermano Porfirio Jerónimo, y cuando acaben reunir a nuestro jeque Zapatones con nuestro hermano Gervasio Heraclio), en presencia del consejo naturalmente.»

*Por otro lado, las decisiones tomadas en los Consejos Consultivos, o bien las instrucciones impartidas por los que ostentan la autoridad para hacerlo, suelen materializarse en la elaboración de documentos o actas, que son distribuidos a aquellos que tienen la obligación de cumplirlas y/o hacerlas cumplir. Constituyen ejemplos de la participación del acusado **Porfirio Leonardo** en la recepción de comunicaciones procedentes de sus superiores los cuatro siguientes:*

1.- El día 7 de mayo de 2011, a las 11:33:03 horas, recibió «Bicho» (nick usado por el acusado) la comunicación enviada por el usuario «Minbar ALAnSaR», con el siguiente texto:

«Hermanos Supervisores, para el desarrollo de la administración de la Sala os rogamos a todos los Supervisores la comunicación a través del Blog <http://minbaransar.blogspot.com/>. La entrada al Blog está limitada a los Supervisores únicamente por el email DIRECCION000...».

2.- El día 18 de mayo de 2011, a las 12:28:08 horas, «Bicho» (el acusado) accedió al blog <http://minbaransar.blogspot.com/> de los supervisores de la sala Minbar ALAnSaR, y abrió el documento titulado:

«Cuestiones y normas administrativas para los supervisores, solicitudes de acceso, motivos de expulsión».

3. El día 13 de noviembre de 2011, a las 12:01:49 horas, el acusado «Bicho» recibió una comunicación privada enviada por un supervisor general («Ratón»), en la que le informa de la fecha y la hora en la que tendrá lugar una reunión y de la relación de los asuntos a tratar con una persona que coordinará la recepción de las sugerencias. En el mensaje, se anima a los supervisores a participar en la «reunión de trabajo», ya que su opinión es importante antes de tomar cualquier decisión que afecte a la sala «Minbar ALAnSaR».

4. El día 30 de noviembre de 2011, a las 12:26:53 horas, «Bicho» (cuyo usuario reiteramos que era el acusado) recibió una «comunicación privada» del usuario «Minbar ALAnSaR», mediante la cual se le transmiten las normas que deben observar los diferentes supervisores de sala respecto de temas de actualidad que atañen tanto a musulmanes en general como a los «mujahidines» en particular. Se recuerda el caso particular de dos supervisores que han sido cesados de sus funciones temporalmente por no seguir «la línea editorial» de la sala «Minbar ALAnSaR». Se justifica el cese temporal de los dos supervisores debido a que la sala es utilizada por los mujahidines para informarse y si los supervisores no tienen cuidado con el contenido, con las opiniones personales, éstas pueden ser interpretadas como la visión global del movimiento mujahideen a nivel

mundial. A través de este mensaje privado se les recuerda a los supervisores «la metodología informativa de los mujahideen».

Precisamente entre la documentación intervenida al acusado en los dispositivos informáticos con los que operaba, se hallaron varios documentos que tratan sobre la forma con la que deben actuar los supervisores en el ejercicio de las competencias de información, coordinación y rY-Pri(«)n de sala que tienen asignadas, como podemos comprobar en los siguientes tres documentos:

1.- En primer lugar, en el ordenador del acusado se localizó un archivo de texto en árabe, de fecha 10 de junio de 2008, titulado **«Conceptos eficaces de la sabiduría contra los infieles. doc»**, cuyo contenido es el siguiente:

«Las nociones del trabajo informativo.

- Copiar las operaciones yihadistas en un CD o en un USB y divulgarlas por Internet, las bibliotecas y los mercados.

- Los poemas y los cánticos de los muyahidín cargarlos en los móviles y los sitios.

- Utilizar mp3.

- Divulgar las noticias de los muyahidín.

- Utilizar logos y banner en los sitios.

- Enviar emails a todos.

- Enviar mensajes de móvil utilizando tarjetas sin nombre.

- Existencia de interlocutores que propongan la yihad e inciten a los musulmanes en otras salas para crear partidarios que se asocien a las salas yihadistas.

- Divulgar publicaciones yihadistas, especialmente de operaciones y grabaciones de Al Qaeda, en otras salas y colocar el nombre de la sala (yihadista) al final de la publicación.

- Actualizar la sala: que la sala sea un punto de encuentro y un centro de operaciones y actualizar el índice (programa) de la sala (poner diariamente, semanalmente y mensualmente el índice de la sala).

- La organización de la sala: coordinación entre los supervisores y los que distribuyen los asuntos importantes, especialización en responder a los infractores y a los que tengan cuestiones para

los ulemas (doctores de la ley musulmana) de Al Ansar en la sala o en el privado».

2.- En segundo lugar, también en el ordenador del acusado, se detectó un documento de texto en árabe titulado «Discurso+es+necesario++para la administración+sala», de fecha 3 de noviembre de 2011, cuyo contenido es el siguiente:

«Discurso de lo necesario para la administración de la Sala.

En el nombre de Dios, El Clemente, El Misericordioso. Alabado sea Dios y que la Paz esté sobre su Profeta, y después.

Hermanas y hermanos visitantes de la Sala «Minbar Al Ansar Al Islamia»

Que la Paz esté con vosotros.

Sin duda, para cada trabajo informativo o administrativo hay un conjunto de normas y reglas que organizan la tarea de los miembros de este conjunto entre sí y con los demás para que puedan seguir y avanzar. A partir de este principio ponemos en vuestras manos algunas ideas que nos van a ayudar a controlar nuestro trato en la Sala y para que quede el Minbar informativo limpio, protegido de los pródigos y los enfermos y de aquellos que quieren el mal para los musulmanes. Que Dios nos ayude a todos por el bien de la religión y la vida terrena.

1. Que sepas que Dios se apiada de ti. Que Dios sabe todo lo que escribes y lo que dices, así que ten cuidado de no decir lo que pueda enfadar al Todopoderoso o que pueda contradecir la religión.

2. Que nuestra estancia en la Sala es para apoyar esta gran religión y a los yihadistas que luchan por la causa y esa es una misión grandísima. Entonces, no dejes de estar interesado, hermano-hermana, por esta misión importante y el noble trabajo por unos asuntos insignificantes que tienen beneficio para la Nación y sus muyahidín.

3. Incitamos a todos a abrir temas y diálogos interesantes sobre cuestiones políticas y sobre todo aquello que trata de la jurisprudencia científica y de todo lo que pueda beneficiar a los musulmanes y a los muyahidín y a sus defensores.

4. Damos la bienvenida a todos nuestros invitados, hasta si piensan diferente a nosotros pero respetan las normas de la Sala. No permitimos

que se le haga daño y damos la bienvenida a los diálogos interesantes y serios.

5. Advertimos a los hermanos y hermanas de cualquier persona que pida el «privado» y no avalamos a nadie de la Sala únicamente porque sea uno de nuestros pioneros (veteranos) y no nos hacemos responsables de lo que dice la gente en los privados.

6. No exagerar en los asuntos que dan mucha risa y las bromas, y que sepas que la exageración en los asuntos permitidos puede inducirte a los prohibidos.

7. El trato entre los hermanos y las hermanas debe ser según las normas de la religión y no deben hablar los hombres con las mujeres a menos que sea necesario.

8. Advertimos a los hermanos y hermanas de aquel que presume de tener relaciones con los muyahidin y que sabe cómo llegar hasta ellos para llegar a aquellos que quieren enviarles dinero. Avisamos que la Sala es una Institución Informativa y el Paltalk no es el lugar adecuado para llegar a los muyahidin.

9. Hermanas.

Estimada hermana. Estos son algunos temas a los que debes prestar atención durante tu estancia en la Sala.

1. No comunicarse con los hombres, salvo en caso de necesidad.

2. No escribir algo que sea indigno para los musulmanes, como la risa o poner iconos o escribir palabras que no convengan con la mujer musulmana,

3. No abrir (privados) que procedan de hombres.

4. No abrir (privados) que procedan de otra mujer, salvo que estés segura que procede precisamente de una mujer musulmana, y te pedimos que no exageres en ser muy prudente con el fin de que seas engañada,

ni que seas perjudicada por parte de los que no son correctos y aman extender la obscenidad entre los creyentes.

10. Finalmente agradecemos tanto a nuestras hermanas como a nuestros hermanos el estar presentes con nosotros con el fin de secundar a esta majestuosa religión, y pedimos a cada hermano que avise al Supervisor por cualquier

incumplimiento que observe tanto en la Sala como a estas normas para que nuestra Sala sea limpia y pura.

Que Dios os recompense y que os secunde para lo que ama y le satisface.

Y que la Paz, la misericordia y la bendición de Dios sean con vosotros.

Vuestros hermanos de la Sala Minbar Al Ansar.

Sugerencias añadidas:

Advertencia!!

No entrometarse en los asuntos de la administración, como la expulsión o la puntuación y como es obligatoria la revisión de los supervisores en lo privado en caso de haber alguna queja relacionada con el tema.

La Sala no recomienda las fatwas que emiten algunos «pioneros» (veteranos), tanto en la parte general como en los privados, a menos que sea un hermano que necesita saber algo, conocido y recomendado por la Administración».

3.- Y en tercer lugar, asimismo en el ordenador del acusado se encontró un documento de texto en árabe titulado «plan + trabajo», de fecha 12 de noviembre de 2011. Contiene a su vez dos documentos esenciales para conocer la manera de actuar de los supervisores (el acusado entre ellos) en las sesiones de las salas de chat cuando se presentan inconvenientes que han de resolverse con prontitud. Son los siguientes:

«Normas de cómo gestionar la presencia de un alborotador en la sala.»

La apertura de esta sala tiene como fin el apoyo a la bendita religión y la defensa de los muyahidin. Ocurre que en la sala entra y sale gente conocida y no conocida y pueden alborotar y por eso es importante escribir un método de acción con los alborotadores para los hermanos supervisores para gestionar la presencia de estos alborotadores, ya sean hermanos visitantes o hermano de Jenaro.

Tipos de alborotadores:

1- Una persona que entra en la sala e insulta tanto a los líderes de la yihad como a la sala y a sus supervisores y utiliza palabras inapropiadas e insultos y cuando se le puntúa sale y vuelve a entrar utilizando otro nombre.

2- Una persona que entra en la sala e insulta a los *muyahidín* llamándoles *perros* y lo que buscan es el enfrentamiento.

3- Una persona que entra insultando a la religión y el Islam y a sus símbolos como el imán Teodoro Enrique o Bernabé Teodoro a éste hay que expulsarlo inmediatamente y dar su nombre al director.

4- Una persona que entra acusando a los *muyahidín* de asesinos de musulmanes. No se le puede expulsar de la sala mientras respete las tres pautas de comportamiento imprescindibles que son levantar la mano, pedir disculpas y no discutir, en el general de temas raros o insólitos.

5- Una persona que entra y tiene una pregunta con maldad escrita o en el micrófono. A esta persona hay que responderle con toda educación y respeto y ponerle en contacto con el supervisor de la sala para que le formule a él la pregunta y esperar la respuesta.

6- Un alborotador puede ser un partidario de los *muyahidín* pero que puede disputar por detalles de significado en cuestiones de la *Sharia* o cuestiones del mismo estilo.

7- Un alborotador que se mete en medio de una discusión entre otras dos personas. Una de esas dos personas le pedirá al alborotador que espere su turno hasta que ellos acaben su intervención o bien lo puntuarán hasta que acaben su intervención.

8- Una persona que tiene un escaso conocimiento y plantea preguntas inadecuadas sobre la doctrina y crea grandes problemas, además de no saber tratar con respeto porque no entiende las cuestiones.

Éstos han sido algunos de los tipos de alborotadores y la manera que tienen de tratar con todo el mundo.

La manera de actuar de los supervisores ante un alborotador:

1- No perder el respeto ni insultar al alborotador.

2- Apresurarse en entrar para encabezar los diálogos y discusiones para responder a cualquier duda de los que estén en desacuerdo.

3- Elegir una persona adecuada para las discusiones que conozca los asuntos de la *Sharia* y que fije el camino.

4- No insultar delante de mucha gente ni enfrentarse al alborotador por una discusión.

5- Evitar abrir discusiones con los contrarios y provocando que todos entren en la discusión delante de los hermanos.

6- Ayudar a los que dialogan colocando enlaces y textos relativos a lo que hablan y aconsejarles en el privado cuando se enfrenten a los alborotadores.

7- Cuando el «administrador control» está hablando con una persona, los demás administradores no deben molestar en el general o entrometiéndose en la conversación y contestar al alborotador a través de la administración.

8- En caso de que haya un «administrador control», no ejercer como supervisor con el alborotador puntuándolo o expulsándolo, el «administrador control» se encarga de él en el privado.

9- Reiterar las advertencias y precauciones a los hermanos de Jenaro antes de cualquier debate.

Éstas son algunas de las maneras de actuar de los supervisores ante algunos hermanos de Jenaro o de alborotadores».

SÉPTIMO.- Utilización de la página web archive.org por el acusado.

Ya hemos comentado que el tercer modo de intervención del acusado **Porfirio Leonardo**, como difusor de la propaganda *yihadista* en el ámbito digital, a efectos de que fuera efectiva para los fines de adoctrinamiento y radicalización de personas que visitan la Red Ansar Al *Mujahideen*, consistía en el uso de repositorio público www.archive.org. Así, con la finalidad ofrecer en la red productos que sirvieran para la captación, adoctrinamiento y formación de militantes de la *yihad armada*, el acusado subió y gestionó alrededor de 1.300 archivos sobre manuales de lucha armada y aprendizaje en los diferentes tipos de *yihad* al repositorio de acceso público www.archive.org, con un volumen de diez gigabytes. Según el registro del repositorio, a fecha 28 de marzo de 2012 (día siguiente a la detención del acusado), se habrían realizado más de 186.400 descargas de aquellos archivos.

El acusado utilizaba para esta tarea los usuarios «Sordo» y «Topo», por lo que ejercía como gestor único de los archivos, poniéndolos a dispo-

sición del resto de usuarios de ideología afin, cualquiera que fuera su contenido.

De manera más concreta, los archivos que subió utilizando el nick «**Sordo**», tuvieron 122.080 descargas de fecha 10 de enero de 2012 y 158.154 descargas a fecha 18 de marzo de 2012; 124 de los archivos subidos se encontraron en los dispositivos informáticos incautados al acusado. Y de los archivos subidos con el nick «**Topo**», tuvieron 3.697 descargas a fecha 10 de enero de 2012 y 15.982 descargas a fecha 18 de marzo de 2012; 31 de dichos archivos se encontraron en los dispositivos informáticos incautados al acusado. Si no el gestor único, el acusado se convirtió en uno de los principales gestores de archivos yihadistas de la Red Ansar Al Mujahideen, destinados a facilitar los objetivos de la organización terrorista.

Con la finalidad de difundir el contenido de archive.org, el acusado primero localizaba los archivos en webs de descarga, foros, enlaces suministrados por otros usuarios o dentro del contenido de sus propios dispositivos. Una vez comprobado el archivo, a través de los usuarios que tenía activos, subía estos contenidos a archive.org. La mayoría de las veces, volvía a descargar estos mismos contenidos para comprobar que los enlaces se encontraban activos. Después de comprobada esta circunstancia, compartía los enlaces de descarga a través de mensajes en foros de temática yihadista o en la sala de Paltalk de la que era supervisor, bien por iniciativa propia, bien a requerimiento de terceros.

A través de la intervención-observación de la línea ADSL judicialmente autorizada, se ha constatado la gran actividad que realizaba el acusado como difusor de contenidos, poniendo a disposición de todos los usuarios con los que trataba gran cantidad de material yihadista, en especial comunicados de acciones armadas, manuales y enciclopedias de entrenamiento terrorista. Así, difundió, entre otros muchos, los siguientes archivos, bien a instancia de usuarios concretos, bien por propia iniciativa:

1.- El día 23 de julio de 2011, el acusado **Porfirio Leonardo** accedió al foro Al Shumukh Al Islam, en el que el usuario «Virutas» (shamikh

activo) posteó un mensaje solicitando participación e información a cualquiera que tuviera «experiencia en productos tóxicos, que no se quede cruzado de brazos».

Ese mismo día, el acusado, a través del usuario «**Sordo**», realizó la subida de tres archivos en pdf a la web archive.org, siendo la traducción de los mismos «Enciclopedia de los venenos 1», «Enciclopedia de los venenos 2» y «Enciclopedia de los venenos 3». Además, subió otros dos archivos (identificados como sumnumwgaz.pdf y pasword.txt): el primero titulado «Curso sobre venenos y gases venenosos más populares», escrito y realizado por el hermano Genaro Teodulfo, y el segundo archivo contiene la password de apertura del documento.

Más tarde, ese mismo día, accedió con su usuario «**Cabezón**» a la Red Shumukh Al Islam, posteando los diferentes enlaces de descarga de los contenidos que había subido a archive.org.

Es de destacar la rapidez con la que actuó **Porfirio Leonardo**, pues en menos de una hora localizó los contenidos solicitados, gestionó la subida a archive.org y puso a disposición del peticionario los enlaces para la descarga del producto. Esto fue posible porque el acusado tenía esos contenidos en su poder, ya que los archivos que subió de archive.org se encontraban contenidos en la evidencia judicial E31.31 (uno de los CD's intervenidos en su domicilio).

2. El día 30 de agosto de 2011, a las 00:13 horas, el acusado **Porfirio Leonardo** subió un producto titulado «Destruye sus hogares con sus propias manos», del Jeque Ignacio Gines, de la organización Al Qaeda en la Península Arábiga.

3. El día 24 de noviembre de 2011, el acusado **Porfirio Leonardo** creó en archive.org el ítem ResalahBiladhramin, en el que subió los archivos resalah.pdf, resalah.doc, 73jki3t4wvq.jpg y alansar baridiya.gif. Estos documentos llevan el título de «Carta de los Hermanos encarcelados en el país de los dos lugares santos (Arabia Saudí)». De su contenido extraemos los siguientes párrafos, alusivos a los supuestos provechos del «martirio»:

...También el yihadista se beneficia porque obedece las órdenes de Dios para lograr una recom-

pensa y si muere mártir tendrá la gracia de Dios juntándole con los mártires en el paraíso.

...Fijaos en cómo el profeta incitó a sus seguidores a luchar en el camino de Dios para lograr el paraíso. Estos seguidores consiguieron la gran victoria que es el martirio cumpliendo las órdenes de Dios y de su mensajero...».

El enlace de descarga a estos documentos apareció durante varios días para todos los usuarios que acceden a la sala de Paltalk «Minbar ALAn-Sar», de la que era supervisor el acusado.

4.- El día 28 de noviembre de 2011, el acusado Porfirio Leonardo accedió a la web denominada <http://fs09n5.sendspace.com>, de la que se descargó el archivo tak35.zip. El contenido es:

«Al Andalus Organización Al Qaeda de los Países del Magreb Islámico. Informe de noticias 35. Mueren y resultaron heridos más de 80 apóstatas en diferentes operaciones de los muyahidines».

A través del usuario «**Topo**», el acusado subió a archive.org el archivo tak35.pdf y el archivo andalos.gif.

Publicó ese mismo día 28 de noviembre de 2011 los enlaces de descarga de este archivo, utilizando el usuario «**Cabezón**», tanto en el foro de la Red Ansar Al Mujahideen, como en el foro Al Fida:

«Red Ansar Al-Mujahideen

Secciones generales

Foro, datos y publicaciones de los corresponsales de la yihad

Usuario: Cabezón

Alabado sea Dios

Organización de Al-Qaeda en el Maghreb Islámico
Noticia informativa 35

Muerte y lesión de más de 80 renegados en operaciones distintas llevadas a cabo por al muyahideen
Página: <http://www.archive.org/details/tak35>

Para leer directamente y subir:

<http://ia600801.us.archive.org/4/items/tak35/tak35.pdf>

Red AlFida Usuario: Cabezón

Contenido:

En el nombre de Dios

Organización Al-Qaeda en el Magreb islámico

Boletín informativo 35

80 conversos entre muertos y heridos en varias

Página: <http://www.archive.org/details/tak35>

Para leer en directo y descargar

<http://ia600801.us.archive.org/4/items/tak35/tak35.pdf>

Dios es grande y le damos las gracias, Dios es grande y le damos las gracias, Dios es grande y le damos las gracias. El poder es de Dios, de su profeta y de los creyentes pero los hipócritas no lo saben (Corán)

¡Dios! Asiste a los mujahidines y apóyalos porque defienden tus mandamientos, enséñales el camino recto de la virtud, recompénsales con el paraíso. Cura a los heridos y a los enfermos y facilítale el camino y otórgales serenidad y fortalece sus corazones.

¡Dios! Quien quiera atentar contra los muyahidines, castígallo y destrúyelo y haz que sirva de ejemplo. Dios, concede la libertad a todos los encarcelados y presos por tu causa. Amén. Y también véngate del enemigo cristiano sionista y sus siervos entre los gobernantes conversos y sus soldados.

Sangre... sangre... destrucción... destrucción.

muerte... muerte... aniquilación... aniquilación».

5. El día 29 de noviembre de 2011, el acusado **Porfirio Leonardo** subió el contenido del archivo «Las Conferencias del jeque Abdallah Al Adam. Programa del oficio del terrorismo. Curso del hermano Abdallah Al Adam sobre la seguridad y los servicios secretos», a archive.org, poniendo así el contenido de dicho curso online a disposición de otros usuarios.

Más tarde, ese mismo día, en la web Ansar Al Mujahideen, publicó con el usuario «Patatero» un asunto con los enlaces relacionados con el ítem «Oficios del terrorismo». Más tarde, ese mismo día, en la Red Al Fida, el acusado, esta vez como «**Cabezón**», publicó un asunto con los enlaces relacionados con el ítem «Oficios del terrorismo».

6. El día 16 de diciembre de 2011, en el chat de Paltalk, utilizando el nick «Bicho», el acusado Porfirio Leonardo colocó el enlace identificado como

<http://www.interupload.com/diles/03W9XAKX/MAK.rarlinks>. Se trataba de un archivo que contenía «La gran enciclopedia de las armas».

7. También el día 16 de diciembre de 2011, utilizando el nick «Sordo», el acusado Porfirio Leonardo subió el archivo 01.pdf a la web archive.org, tratándose de «La gran enciclopedia de las armas. La parte. Las pistolas».

Más tarde, ese mismo día, el acusado, utilizando también el nick «Sordo», subió el archivo 03.pdf a la web archive.org, tratándose de «La gran enciclopedia de las armas. 3a parte. El armamento antiáereo».

Más tarde, ese mismo día, utilizando otra vez el nick «Sordo», subió el archivo 04.pdf a la web archive.org, tratándose de «La gran enciclopedia de las armas. 4a parte. El armamento contra-carro».

Más tarde, ese mismo día, utilizando el nick «Sordo», subió el archivo 05.pdf a la web archive.org, tratándose de «La gran enciclopedia de las armas. 5a parte. El arma de artillería».

De este ítem se ha detectado un total de 24 descargas hasta el día 26 de marzo de 2012.

9. El día 26 de diciembre de 2011, en la sala de Paltalk, el usuario «Chiquito» le pidió al usuario «Flequi» si podía conseguirle la enciclopedia de la fabricación de explosivos del jeque Javier Cecilio.

El acusado Porfirio Leonardo entonces intervino a través del usuario «Bicho» y le proporcionó el enlace para la descarga del «Curso de explosivos del jeque Javier Cecilio», en la dirección <http://www.multiupload.com/JR1IR2CLP6>.

Seguidamente, el usuario «Chiquito» le agradeció la aportación.

10. El día 28 de diciembre de 2011, el acusado **Porfirio Leonardo** descargó de la web archive.org el archivo *malhamat.pdf*. Se trata de un documento titulado «Los explosivos básicos de Abdallah Bin Abdallah».

El mismo día, el acusado accedió a la web Al Qimmah, al tema «Libro de explosivos», donde se ofrecían los siguientes documentos: «Manual de explosivos, artefactos militares y agentes de guerra química», «El arsenal anarquista, sobre

explosivos» y el libro titulado «Propellants and explosives».

11. El día 29 de diciembre de 2011, en la sala Paltalk el usuario «Farsante» pidió al acusado **Porfirio Leonardo** los enlaces de la enciclopedia de Abu Khabab Almasre Baja. El acusado le proporcionó la descarga:

[Http://www.multiupload.com/JR1IR5CLP6](http://www.multiupload.com/JR1IR5CLP6). Le indicó que se trata del curso de los explosivos del jeque Javier Cecilio, y también le proporcionó el enlace para la descarga del archivo *malhamat.pdf*.

12. El día 1 de enero de 2012, en la sala Paltalk fue detectada una conversación entre el acusado Porfirio Leonardo, utilizando el nick «Bicho» y el usuario «Flequi», en la que éste le pidió que buscara un vídeo sobre misiles o cualquier información que encuentre sobre el tema.

El día 3 de enero de 2012, a través de una sesión de Paltalk, el acusado envió un mensaje a «Flequi» con el enlace de descarga del vídeo sobre misiles, junto con unas breves instrucciones para ver el mismo: <http://www.archive.org/details/ISI.IED>.

13. El día 4 de enero de 2012, el acusado **Porfirio Leonardo** accedió al foro Red Ansar Al Mujahideen, en el que otro usuario con nick «Botines», facilitó los enlaces de descarga para lo que denomina «Capítulo 26 de la serie de los capítulos del programa del oficio del terrorismo (Curso de seguridad y de servicios secretos)».

Unos minutos más tarde, el acusado accedió a ese mismo post, con el usuario «Patatero», y posteo los enlaces para la descarga del producto denominado «Gran serie por capítulos del programa Oficio del Terrorismo».

En este post publicó los enlaces de archive.org relacionados con el ítem Sina3atAlirhab, consistente en 52 archivos (26 en formato mp3 y 26 en formato wma). Según los datos obtenidos a través de la observación-intervención de la línea ADSL, se ha comprobado que estos archivos habían sido subidos a archive.org por parte del acusado, con el usuario «Topo», el día 29 de noviembre de 2011.

Tales archivos tuvieron 2.618 descargas hasta el 28 de marzo de 2012.

14.- El día 11 de enero de 2012, el acusado **Porfirio Leonardo** accedió con el usuario «Cabezón» al foro *Shumukh Al Islam*, en el cual el usuario «Nota» había publicado los enlaces para la descarga del siguiente contenido:

«Capítulo 5 («Las virtudes del martirio y la dignidad de los mártires, por el jeque Abelardo Camilo»).

En ese mismo mensaje, el acusado editó su firma y posteriormente posteo un nuevo mensaje, en el que se encargó de ampliar toda la colección de «Las virtudes del martirio y la dignidad de los mártires», con los enlaces para la descarga del contenido de todos los capítulos. Añadió bajo los enlaces el siguiente mensaje:

«Dios es grande, y alabado sea... Dios es grande, y alabado sea... Dios es grande, y alabado sea...»

El poder es de Dios, su profeta, y los creyentes, pero los hipócritas no lo saben. (Corán)

Oh Dios, da la victoria a los mujahidines por tu causa en todos los sitios, hazles alcanzar sus objetivos, ponles firmes, haznos seguirles oh Generoso, sumiñstrales con tus soldados, Dios cura sus heridas y acepta a sus mártires. Amén.

Oh Dios, quien quiera el mal para los mujahidines, que se lo devuelvas y haz de su gestión su destrucción y ponle en evidencia ante todos y tenlo en cuenta. Oh Dios, libera a nuestros hermanos encarcelados en todos los sitios. Oh Viviente y Eterno. Amén.

Y al enemigo sionista cruzado y sus sirvientes de los gobernantes apóstatas y sus soldados.

Morid por vuestra ira y sólo tenéis:

Sangre... sangre... destrucción... destrucción...

Sacrificio... sacrificio... aniquilación...

aniquilación...»

A través de la observación-intervención de ADSL se ha comprobado que, con el usuario «Topo», el acusado Porfirio Leonardo subió a *archive.org* los contenidos relacionados con «Las virtudes del martirio y la dignidad de los mártires».

En este caso, ningún usuario requirió al acusado la información. Pero éste, obedeciendo las normas de la *Red Ansar Al Mujahideen*, ejerció su función de gestor de contenidos y, al comprobar la publicación de una parte incompleta de la colección, rápidamente hizo públicos los enlaces

que él mismo colgó para que el resto de la colección estuviese disponible.

OCTAVO.- Evidencias encontradas en el domicilio del acusado.

El día 27 de marzo de 2012 se practicó la diligencia de entrada y registro en el domicilio del acusado Porfirio Leonardo, sito en la AVENIDA000 n° NUM000, piso NUM001, vivienda NUM002 de Valencia, encontrándose en el inmueble gran cantidad de material informático, procediéndose acto seguido a su clonado, para el análisis de tales efectos informáticos por los funcionarios investigadores.

Fueron 214.000 los archivos con temática yihadista hallados en el material informático incautado, que ocupan un tamaño total de 883 giga bytes.

Entre la información incautada, que abarca los documentos hallados en el inmueble y los datos instalados en aquellos dispositivos informáticos, que comprende desde discos compactos en audio y vídeo hasta textos documentales, destaca la siguiente:

1) Documentación manuscrita en lengua árabe

que, una vez traducida, resultó ser una colección de fatwas (decretos islámicos) sobre diversos asuntos, tales como: «Operaciones de Martirio» (actuación de terroristas suicidas); «Obligación de la yihad contra los infieles»; «Historias sobre la época del Profeta»; «Apoyo al Talibán»; «Castigo para los que dejan de rezar»; «Juicio a los judíos y cristianos por la ocupación de Arabia»; «Fidelidad a Dios y apoyar a los Talibanes»; «Normas

de la Yihad y Permiso de los Padres», y «Doctrina de la AntWilffizUn Taqiyah» (acto de disimular las creencias religiosas propias DEtístimA cuando uno teme por su vida, por la vida de sus familiares o por la preservación de la fe; técnica de mentir para protegerse).

2) En una agenda de color marrón se encontraron hojas manuscritas en árabe y español, en las que figuran todos los emails, nicknames, contraseñas, foros yihadistas y salas de Paltalk relacionados con el acusado. Información que igualmente constaba en un archivo de su ordenador.

3) Por lo que se refiere al **contenido de los CD's Y DVD's encontrados**, la mayoría contenían información Y propaganda de índole yihadista, como la siguiente:

- En la evidencia judicial E.31.3.CD1, destacan vídeos de ataques sobre tropas de Estados Unidos de América.

- En la evidencia judicial E.31.3.CD2, aparecen vídeos de ataques yihadistas, testamentos de «mártires»

(terroristas suicidas) y discursos de jeques.

- En la evidencia judicial E.31.12.CD1, destacan vídeos de los muyahidín en Afganistán preparando emboscadas y recuperando posiciones.

- En la evidencia judicial E.31.12.CD2, se recoge un discurso sobre Hilario Octavio (actual nº 1 de Al Qaeda) y un vídeo de instrucción de los muyahidín.

- En la evidencia judicial E.31.18, se contiene un manual para la preparación para la yihad compuesto de 19 capítulos, así como clases de formación en armamento y guerra de guerrillas.

- En la evidencia judicial E.31.20, aparecen dos manuales sobre la guerra de guerrillas y un compendio de ciencias militares.

- En la evidencia judicial E.31.21, destaca un manual de instrucción yihadista.

- En la evidencia judicial E.31.22.CD1, aparecen archivos de vídeos de atentados yihadistas, vídeos formativos de cómo fabricar aparatos explosivos y archivos sobre «La Yihad en Argelia», «Llamada a la resistencia islámica» y «Preguntas y dudas sobre los muyahidín y sus operaciones».

- En la evidencia judicial E.31.22.CD2, obran archivos sobre «Clase de guerra de guerrillas», «La educación yihadista a la luz del Libro (Corán) y de la Sunna», «La organización Al Qaeda, lecciones militares», «Luces en el camino de la Yihad», «Libro de la Yihad del imán Abdallah Bin Mubarak», y «Dudas y preguntas sobre la Yihad en la Península Arábiga».

- En la evidencia judicial E.31.28, destaca otra edición del «Libro de la Yihad».

- En la evidencia judicial E.31.29, obra un archivo sobre la «Gran enciclopedia de las armas, I' y 2a parte. Las pistolas».

En la evidencia judicial E.31.31, aparecen archivos sobre «Métodos propuestos de ocultar cargas explosivas»: 1.- En los mercados, 2.- En los autobuses, 3.- En restaurantes y lugares generales, y 4.- Empleo de vehículos explosivos para la realización; esquemas de minas y de granadas, así como parte del manual islámico de formación sobre minas, bombas y granadas explosivas, documentos sobre fabricación de cartuchos, sobre la ametralladora RPK, sobre montaje y desmontaje de la Kalashnikov, sobre el fusil de precisión Dragunov, sobre el fusil M16 61 y sobre el fusil M4; documentos sobre morteros, sobre limpieza del armas, sobre clases de pistolas, sobre «Cómo puedes ser francotirador», sobre lanzagranadas, sobre misiles de crucero, sobre visores nocturnos, y sobre sistema de control remoto para activar explosivos; así como series de preparación para la yihad y preparación de los muyahidines, lecciones de seguridad para los muyahidines, y técnicas para enfrentarse a un interrogatorio; documentos sobre el peróxido de hidrógeno y el peróxido de acetona, mezclas de dinamita, preparación de explosivos, relleno de explosivos, explosivo C4, C3 y explosivo plástico, fabricación de nitratos, imágenes y enciclopedia de cómo fabricar explosivos caseros, bombas de humo, contra-carros, y para hacer explotar lanchas y barcos cerca de la costa; documentos sobre armas biológicas, sobre guerra NBQ (biológica), serie de documentos sobre la instrucción militar para musulmanes, cómo incendiar campos de minas, clases de venenos, la gran enciclopedia para los artilleros muyahidín, documentos sobre el francotirador, y la enciclopedia de los venenos; documentos sobre ingeniería de explosivos, sobre fabricación casera de los mismos y sobre ocultamiento de cargas. Asimismo, destacan archivos con los siguientes títulos: «Cómo dirigirse y tratar con los investigadores del Servicio Secreto», «Técnicas de interrogatorio en las cárceles de los sionistas y las técnicas para enfrentarse a ellos», «Pequeños errores que descubrieron a grandes células militares», «Equipos de espionaje», «La seguridad en internet» y «Manual de supervivencia en condiciones extremas».

- En la evidencia judicial E.31.32, obra un manual sobre guerra de guerrillas y varios manuales de armamento.

- En la evidencia judicial E.31.33, aparecen 30 imágenes de los cuerpos destrozados de víctimas de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid, concretamente de la explosión en la estación del Pozo; las fotos tienen el logotipo de Al Qaida Al Yihad, y algunas una foto insertada de los terroristas que perpetraron los atentados. Asimismo, contiene una «Enciclopedia de la seguridad y de los servicios secretos», tres archivos en vídeo en los que aparecen, en cada uno, un ciudadano occidental que es degollado, manuales para fabricar bombas, y directrices y consejos militares para los muyahidines. Y

- En la evidencia judicial E.31.34, se encontró el archivo Hackers2, con el documento «Hackers: los piratas del chip y de Internet», por Gumerindo Lorenzo.

4) En cuanto al **disco duro del ordenador** utilizado por el acusado (dispositivo 1214010101), albergaba un total de 30.000 carpetas, todas ellas con contenidos, bien de texto, bien audiovisual. Entre las carpetas con distinta temática encontradas en dicho disco duro —casi toda identificada con el yihadismo o islamismo radical—, destacan las alusivas a:

Al Irak (Irak), Shishsan (Chechenia), Afganistán, Somalia, El Magreb Islámico, Egipto, Turkistán, India, Bengala, Siria, Península Arábiga, Emiratos Árabes Unidos, Daghistán (República de la Federación Rusa en el Cáucaso Norte); Libro del final de Israel; Los Hermanos Musulmanes; Frente informático islámico global; Los tiranos y sus aliados; fabricación de misiles; Grupo de correo de Al Ansar; Gran enciclopedia de las armas; Así me enseñó el imán de los imanes Usama, que Dios guarde; métodos de emboscada; Jacinto Leonardo, reformador de la época y vencedor de los americanos; La educación yihadista; La yihad y el combate en la política de la Sharia; Al Qaeda, la organización secreta; Informe de las pruebas de la Sharia que justifican las operaciones de martirio; Explicación del libro de la Yihad para alcanzar el objetivo; La doctrina del llamamiento salafista, los beneficios yihadistas, libro de edu-

cación yihadista; El lobo solitario, la pesadilla de América; La estrategia de Al Qaeda; La espada afilada contra quien es amigo de los infieles; Curso de la guerra de guerrillas; Enlace con discurso de Usama; La guerra de los asesinatos, La verdad del mujahid; La fortaleza del mujahid en el camino de Dios; Explicación del libro de la jihat para alcanzar el objetivo; La doctrina del llamamiento salafista; El conocimiento de la jihat; El beneficio yihadista; El martirio en la búsqueda de la jihat, y Enciclopedia sobre la legalidad de las operaciones de martirio, entre otros.

Del análisis de los dispositivos de almacenamiento, se aprecia que el acusado había realizado una clasificación de archivos en función de su temática, creando una carpeta a tal efecto donde los almacenaba, de manera estructurada y organizada.

La disposición del contenido de la mayoría de las carpetas era similar. Además de los archivos de temática yihadista, se incluye un archivo de texto en el que se reseña el contenido de la propia carpeta, los enlaces de descarga, el enlace al foro donde se publicó ese archivo y una breve reseña del contenido del archivo. Cada enlace del documento iba acompañado de una breve explicación sobre la descarga, o incluso del tamaño del archivo a descargar. Estos documentos eran utilizados por el acusado como referencia rápida para la localización de productos no gestionados por él mismo, pero de los que hacía uso para facilitarlos a terceros. Cada uno de estos documentos, por los links que contienen, proporciona el acceso a miles de productos.

El acusado, además, puso muchos enlaces de descarga a disposición del resto de los usuarios a través del archivo «rwabit.rtf», que previamente había subido a archive.org. De forma que, proporcionando un solo archivo, el acusado facilitaba el acceso a miles de productos yihadistas. Finalmente, debemos resaltar que entre los archivos que gestionaba el acusado **Porfirio Leonardo**, no fue localizado ninguno que estuviera relacionado directamente con su vida personal o profesional, pues el uso de los dispositivos informáticos instalados en su casa estaba dedicado en su integridad a las actividades que tenía enco-

mendadas (ya descritas) en el aparato de propaganda de la **Red Ansar Al Mujahidin**.

Segundo.- La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta dictó el siguiente pronunciamiento:

*FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Porfirio Leonardo, como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un **DELITO DE INTEGRACIÓN EN ORGANIZACIÓN TERRORISTA**, a las penas de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE QUINCE AÑOS**, así como a la medida de **LIBERTAD VIGILADA POR UN PERÍODO DE NUEVE AÑOS**, con expresa imposición de las costas procesales generadas.*

Para el cumplimiento de las penas impuestas, se abona al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad preventivamente en esta causa.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Porfirio Leonardo que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

PRIMERO.- Al amparo del ad 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- Al amparo del art 849.1 LECrim por indebida aplicación del art 571.2 CP, e inaplicación del art 578 CP.

TERCERO.- Al amparo del art 852 LECrim por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, e interdicción de la arbitrariedad, art 24.1 y 2 CE.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día dieciocho de noviembre de dos mil catorce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: El motivo primero amparado en el art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba y por tanto incurriendo en infracción del art. 571 CP, al no concurrir los requisitos de existencia de «organización o banda terrorista» en la RED ANSAR AL MUJAHIDEEN por cuanto toda organización para ser considerada «terrorista debe necesariamente emplear actos violentos e inhumanos o al menos participar en ellos de una forma activa y directa y que se traducen en la perpetración de atentados, masacres, detonación de artefactos explosivos, almacenamiento de armas... con el objetivo de subvertir el orden constitucional o causar terror a la sociedad. Y no ha quedado acreditado de la prueba practicada en el plenario que dicha red sea una organización terrorista en los términos que exige la jurisprudencia, sino que se trata de un grupo de personas, la cuales ni siquiera se conocen, que poseen una ideología muy próxima al radicalismo y absolutamente crítica con los países que intervinieron en la invasión de Irak y Afganistán en busca de armas de destrucción masiva. Con tales Foros de opinión e información se cuelgan enlaces cuyos contenidos son de apoyo a aquellos que luchan contra el «invasor». No obstante y pese a ser el recurrente administrador de uno de esos chats (Minbar) no ha recibido órdenes ni mucho menos tenía consciencia de pertenecer a ninguna organización terrorista. Como hemos dicho en la reciente STS. 714/2014 de 12.11, con cita SS. 327/2014 de 24.4 y 539/2013 de 27.6, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por «error iuris» se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados «*literosuficientes*» o «*autosuficientes*», se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene fa-

cultadas para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim. como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y «*literosuficiente*» capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación. En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim. consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio. Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Por ello el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 26.2.2008, 30.9.2005), por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes. Y esta trascendencia o relevancia se proyecta, en definitiva, sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él, de manera que en cualquiera de ambos casos, la subsunción de la sentencia sometida a recurso queda privada del necesario soporte fáctico.

En definitiva, como hemos dicho en STS. 366/2012 de 3.5, la denuncia de error de hecho permite la modificación, adición o supresión de un elemento fáctico del relato histórico cuando existe en los autos un documento «litosuficiente» o con aptitud demostrativa directa, es decir, que evidencie por sí sólo el error en que ha incurrido el tribunal y ello deba determinar la modificación de los hechos en alguna de las formas señaladas, siempre y cuando no existan otros medios probatorios que contradigan el contenido del mismo y además que sea relevante para el sentido del fallo.

Por tanto, —sigue diciendo la STS. 366/2012— el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

Por ello han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos (partes) particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del *factum* derivada del error de hecho denunciado en el

motivo. Rectificación del *factum*, que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y congruentemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en estos casos lo que estaría bajo la discusión sería la racionalidad del proceso valorativo, por la vía de la presunción de inocencia, en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad en todo caso.

Situación que sería la presente en la que el recurrente no designa documentos alguno acreditativo del error y lo que pretende es una revisión de toda la prueba desde su interesada y subjetiva valoración, para llegar a la conclusión de que no puede entenderse acreditado que la Red Ansar al Mujahideen sea una organización terrorista en discrepancia con la valoración que de dichas pruebas, efectúa el tribunal de instancia, lo que no es propio de esta vía casacional sino de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO: Analizando por consiguiente, a continuación **el motivo tercero por infracción de precepto constitucional** (art. 852 LECrim), **vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos al amparo de lo establecido en el art. 24.1 y 2 CE.**

Se dice en el motivo que en la vista oral se practicó una extensa prueba de cargo de carácter indirecto, indiciario o circunstancial que, **según las acusaciones**, demuestra que la Red Ansar Mujahideen es un instrumento de Al Qaeda y otras organizaciones terroristas islámicas y que el recurrente era una pieza clave en el apartado de propaganda.

Pues bien, tras hacer un encomiable análisis sobre la prueba de indicios y sus requisitos, el recurrente concluye, que conforme se argumenta en el motivo primero, a lo largo de la vista oral quedo de manifiesto que los hechos y datos sobre los que se sustentan las acusaciones del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, no

están probados de forma directa y que los indicios en los que se apoyan son equívocos y admiten diversidad de interpretaciones favorables al procesado.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario efectuar las siguientes precisiones:

1º) El derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los jueces y tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma bastante, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque «La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial», ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo «comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada» (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que «en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas». (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva «no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 «solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas

y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento».

Por ello la motivación requiere del tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios establecidos para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado, y que junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permita conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica), y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica), al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento, y finalmente constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Por lo que se refiere específicamente a las sentencias penales, la motivación debe abarcar tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente; y consecuencias jurídicas en caso de condena. En este sentido la STS. 771/2002 de 26.4, recuerda que la motivación opera en una triple dirección:

a) Motivación fáctica, relativa a la explicitación de los procesos intelectuales que han llevado a la Sala sentenciadora a efectuar una determinada valoración de la prueba justificadora de la versión exteriorizada en el juicio de certeza que integra los hechos probados, frente a otras posibilidades en relación a cada uno de los acusados así como, en su caso, de todos los datos que pudieran ser relevantes en orden a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Al respecto debemos recordar que todo juicio es un decir y contradecir, por ello ante la existencia de prueba de cargo y de descargo se precisa una suficiente identificación de las pruebas tenidas en cuenta y una suficiente motivación del porqué de la superior credibilidad que se concede a la versión que se acepta en la sentencia, aspecto este último que resulta de la mayor importancia

cuando la naturaleza de las pruebas sea documental —en el sentido casacional del término—, en razón a que frente a ellas esta Sala Casacional se encuentra en idénticas condiciones que el Tribunal sentenciador, lo que posibilita el control de la razonabilidad de la argumentación, así como en relación a la prueba indiciaria por el mayor grado de subjetividad que esta encierra.

b) Motivación jurídica, relativa a la traducción jurídica penal de los hechos declarados probados tanto en relación a la calificación jurídica de los hechos y grado de desarrollo, como a la participación de las personas que en ellos hubiesen intervenido y circunstancias que pudieran concurrir.

c) Motivación decisional, es decir, de las consecuencias de la participación de la persona en el hecho delictivo enjuiciado, lo que abarca singularmente, pero no de forma exclusiva, la individualización judicial de la pena, extremo que ha sido resaltado en el vigente Código Penal en el art. 66 párrafo 1º y 72; responsabilidad civil que también en su caso pudiera declararse, —art. 115 C.P.—, costas procesales y las consecuencias accesorias —arts. 127 y 128 C.P.—.

Ahora bien cuando se trata de la llamada fáctica, la STS. 32/2000 de 19.1, recordó la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico.

Siendo así resulta relevante destacar —como hemos dicho en STS. 577/2014 de 12.7— que la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha entendido que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación

del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio, como se afirma en la STC. 145/2005 de 6.6, existe «una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o motivada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin la motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC. 189/98 de 28.9, FJ.2, 120/99 de 28.6, 249/2000 de 30.10 FJ.3, 155/2002 de 22.7 FJ. 7, 209/2002 de 11.11 FJ. 3, 163/2004 de 4.10 FJ.9).

Por ello una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE, y convierte el problema de motivación reparable con una nueva sentencia, en su problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

El incumplimiento del deber de motivación fáctico ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculpado (SSTC. 5/2000, 139/2000, 149/2000, 2002/2000).

No obstante el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia es superior al grado mínimo exigido en general para la tutela judicial efectiva, dado que está precisamente en juego aquel derecho y en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando la condena lo sea a penas de prisión (SSTC. 2009/2002 de 11.1, 169/2004 de 6.10, 143/2005). Esta explicitación debe conectarse con el contenido del derecho a la presunción de inocencia y transmitir la información necesaria para comprobar «desde un punto de vista subjetivo que cuando el Juez llegó a la conclusión fáctica que expresa, lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable, y desde una perspectiva objetiva que su convicción no resulta reprobable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables» (STC. 145/2005).

2º) Siendo así en relación a la presunción de inocencia esta Sala tiene declarado (SSTS. 129/2014 de 26.2, 428/2013 de 29.5, 1278/2011 de 29.11, entre otras muchas que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal

Supremo «la revisión íntegra» entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual

el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar debe analizar el «**juicio sobre la prueba**», es decir, si existió prueba de cargo, entendiéndose por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- En segundo lugar, se ha de verificar el «**juicio sobre la suficiencia**», es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- En tercer lugar, debemos verificar el «**juicio sobre la motivación y su razonabilidad**», es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, «El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada «en el juicio». El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control».

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la intermediación de que se dispuso —y de la que carece como es obvio esta Sala casacional— se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria —art. 9-3º—, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTs 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal

interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009, si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurren prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza. Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio «in dubio pro reo». Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en

un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Consecuentemente el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si norma considera, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/98, 117/2000, SSTs. 1171/2001, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1333/2009, 104/2010, 1071/2010, 365/2011, 1105/2011).

3º) Asimismo que la prueba indirecta, indiciaria o circunstancial es susceptible de enervar la presunción de inocencia —hemos dicho en STS. 304/2008 de 5.6— es un principio, definitivamente consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional que en multitud de precedentes se ha pronunciado al respecto, declarando desde las sentencias 174 y 175 ambas de 17.12.85 la aptitud de la prueba de indicios para contrarrestar la mencionada presunción, a la vista de la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, particularmente los cometidos con especial astucia, y la advertencia de que habría de observarse singular cuidado a fin de evitar que cualquier simple sospecha pudiera ser considerada como verdadera prueba de cargo. A partir de tal fecha con frecuencia se ha venido aplicando y estudiando por los Tribunales de Justicia esta clase de prueba que ha adquirido singular importancia en nuestro Derecho Procesal, porque, como es obvio, son muchos los casos en que no hay prueba directa sobre un determinado hecho, y ello obliga a acudir a la indirecta, circunstancial, o de inferencias, para a través de los hechos plenamente acreditados (indicios), llegar al conocimiento de la realidad de aquel necesitado de justificación, por medio de un juicio de induc-

ción lógica conforme a las reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos (SSTC. 229/88, 107/89, 384/93, 206/94, 45/97 y 13.7.98).

Del mismo modo esta Sala de casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la fórmula de indicios (SSTs. 17.11 y 11.12.2000, 21.1 y 29.10.2001, 29.1.2003, 16.3.2004) siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseguidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim. la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE., salvo cuando por su especial significación así proceda (STS. 20.1.97).

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de «circum» y «stare» implica «estar alrededor» y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las res-

tantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc. «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del como se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE. los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional y determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim. (SSTS. 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (STS., 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de

motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la sentencia de 16.11.2004, es necesario que «la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aún cuando ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia... «y» en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano».

TERCERO: En el caso presente en el motivo no se cuestiona propiamente que el acusado fuese

miembro destacado del aparato de propaganda de la Red Ansar al Mujahideen, sino el carácter terrorista de esta Red en cuanto sustentadora de las acciones yihadistas.

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos señalado en SSTs. 1140/2010 de 29.12, 480/2009 de 22.5 y 503/2008 de 17.7 la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la idea del terrorismo que se extrae de los preceptos que sancionan este tipo de conductas.

Así el Tribunal Constitucional abordó la ausencia de definición de delito de terrorismo ya que fue éste, precisamente, el argumento principal del recurso de inconstitucionalidad contra la LO 3/88, de 25 de mayo de reforma del CP en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

La cuestión fue resuelta por la STC 89/93, de 12 de marzo. En ella se lee que el «terrorismo» (y también la actuación de «bandas armadas» o de «elementos rebeldes») «aparece en la reforma como elemento configurador de tipos específicos de asociación ilícita y de colaboración —arts. 174.3 y 174.bis.a)—, ciertamente, pero también como causa determinante de la agravación de la responsabilidad criminal por cualesquiera delitos —art. 57.bis.a) y art. 174.bis.b)—, que se refiere a delitos para cuya perpetración se hayan utilizado «armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase «o por infracciones penales determinadas (art. 233: atentado contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales)».

Y en ella se señala que la expresión «elementos terroristas» «está ya presente en el art. 1 LO 11/1980 y que la referencia a las «organizaciones terroristas» aparece, por su parte, en los arts. 2.1, 7.1 y 8.1, entre otros, LO 9/1984, textos legales que han sido objeto de interpretación y aplicación, al igual que los hoy impugnados, por nuestros tribunales penales, en cuya jurisprudencia cabe ya identificar —como no podía ser de

otro modo— una delimitación, suficientemente clara y precisa, de nociones como las empleadas por la LO 3/1988. Se encuentra en dicha jurisprudencia, en efecto, la determinación de los rasgos inherentes a la delincuencia terrorista, tanto a su carácter de criminalidad organizada como a los medios empleados y finalidades perseguidas». Y que «es preciso recordar, en fin, la existencia de instrumentos internacionales (muy en particular, el Convenio Europeo 27 enero 1977 para la represión del terrorismo, ratificado por España: BOE 8 octubre 1980), que como dijo la citada STC 199/1987 (f. j. 5º), establecen criterios objetivos para la determinación de aquel concepto. La criminalidad terrorista *conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático* y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (S 30 agosto 1990: caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales, regulaciones que contribuyen también a aportar criterios definidores, por vía de aplicación directa o de comparación normativa».

Y aún antes de que la sentencia anterior dejara sentada la doctrina de que la falta de un concepto de terrorismo no afectaba a la Constitución, defendiendo el carácter conocido de dicha noción y el valor de la jurisprudencia a la hora de elaborar uno, la sentencia del Tribunal Constitucional 199/87, del Pleno de 16 de diciembre, que resolvía el recurso contra la LO 9/84, de 26 de diciembre sobre actuación de *bandas armadas o elementos terroristas* y supresión de derechos y libertades en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, que introdujo el art. 520 bis LECr. (prolongación de la detención) y reformó los arts. 553 y 579 LECr. (detención y registro inmediato), afirmaba «el carácter de constituir un *riesgo para el desarrollo de la vida de los ciudadanos* por el *terror* que su actividad creaba».

Y remarcaba, en su fundamento de derecho cuarto, que «el terrorismo característico de nuestro tiempo, *como violencia social o política organizada*, lejos de limitar su proyección a unas

eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una comunidad propia de organizaciones o grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva».

Y en esta misma línea, señalando, como efecto de los grupos terroristas y de los que los sirven, *la intención de causar mal —intimidar— a los habitantes de una población o de una colectividad*, el auto del Tribunal Constitucional de fecha 27-7-03, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por Batasuna contra la sentencia de 27 de marzo de 2003, por la que se declaraba la ilegalidad de Herribatasuna, Batasuna, y Euskal Herriarrok, en el fundamento de derecho séptimo decía que «no menos claro sería el menoscabo de derechos fundamentales y libertades públicas de terceros, especialmente de quienes residen en el País Vasco y viven bajo amenaza de muerte, de exilio o de graves males... reconociendo la sentencia impugnada como probados hechos imputados al partido recurrente en muchos de los cuales es evidente la *finalidad de intimidación* a categorías o clases enteras de personas».

La sentencia n.º 48/2003, del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 12-3-03, que desestima el recurso interpuesto frente a determinados preceptos de la Ley 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, recuerda que «Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos

principios, y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley recurrida, según acabamos de recordar, *cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales*. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7).

Y recuerda que «los «principios democráticos» no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del *orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución*, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del *modelo democrático* que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)».

Y señala que «lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión... Que así entendido deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto de colaboración con el terrorismo o la violencia... y lo mismo cabe decir, cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático». De todo ello se desprende que la jurisprudencia del TC ha configurado un concepto de terrorismo sobre la *base del propósito de difundir una situación de inseguridad* por la repetición de actividades, *con una capacidad intrínseca necesaria para producir esas situaciones de terror en la colectividad*, situación de terror por la inseguridad ciudadana que la actuación de esos grupos conlleva.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, igualmente mantiene la doctrina según la cual la determinación del carácter de actividad terrorista *por la naturaleza de las acciones de quien las comete*, es respetuosa con la Constitución, dado que ésta no la define de modo completo, no siendo, por tanto, necesario que exista un concepto legal de terrorismo para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones.

En la STS. 33/93 de 25.1 se puede leer que «el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos».

La STS. 2/97 de 29.11, además de defender que la ausencia de una definición de terrorismo no impide, sino que obliga a los juzgadores a configurar un concepto de terrorismo en atención a las acciones cometidas, sienta el carácter absolutamente ilegítimo de la acción violenta cuando señala que: «Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico inculminador del terrorismo —concepto de obligada referencia en todas esas conductas— no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política».

Para la STS. 546/2002 de 20.3, «El terrorismo amplía y diversifica, de manera constante, el amplio espectro de sus acciones criminales. El legislador democrático, en la obligada respuesta a ese fenómeno complejo, ha ido ampliando también el espacio penal de los comportamien-

tos que han de ser considerados objetivamente terroristas, cumpliendo la triple exigencia del principio de legalidad: *lex scripta, praevia y certa*. La jurisprudencia ha de evolucionar también al compás de los cambios legislativos y ha de ajustar su interpretación no sólo a los antecedentes históricos o legislativos sino a la realidad social del tiempo (art. 3.1 C. Civil). Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el art. 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, sino todo lo contrario; los hechos sancionados en dicho precepto lo son per se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto».

Como se lee en la STS. 633/2002 de 21.5: «El terrorismo, es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. No es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva, aunque también debe recordarse la existencia de diversos tipos de terrorismo que junto con elementos comunes, tienen otros que los diferencian.

La STS. 556/2006 de 31.5 señala que «el Código Penal vigente configura los delitos de terrorismo según dos criterios, uno de tipo teleológico y otro de carácter estructural u orgánico. El primero está representado por la finalidad de «subver-

tir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública». El segundo criterio reclama que las acciones inculcables objeto de imputación hayan sido realizadas por sujetos integrados en grupos dotados de una articulación orgánica idónea para la realización de aquéllos objetivos. En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pueda hablarse de delincuencia terrorista es la presencia de bandas o grupos armados que recurran a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada».

Por su parte la STS. 50/2007 de 19.1 concluye que «La doctrina examinada, tanto constitucional como de esta Sala, permite comprobar que será el carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, así como la *finalidad* perseguida, lo que configurará la acción como *terrorista*, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto *terrorismo, organización o grupo terrorista*, no siempre se identifica con el de *banda armada*, sino que es la naturaleza de la *acción* cometida, la *finalidad* perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida».

Por último la STS. 503/2008 de 17.7, declara que «el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo».

Y continúa diciendo: «...la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La li-

bre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer

sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho. No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.

Asimismo, continúa diciendo la STS. 17.7.2008 aunque muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales se refieren al terrorismo de ETA o de otras organizaciones terroristas similares, su sentido puede ser aplicado a otras formas de terrorismo que actúan sin límites territoriales, como ocurre con el de raíz islamista radical o yihadista, siempre caracterizado por el empleo de la violencia contra la visión occidental del mundo, aunque se pueda manifestar con distintas variaciones o matices que no alteran su naturaleza terrorista. Desde la perspectiva de una sociedad libre y del Estado de Derecho, no caben diferencias en cuanto a la valoración y al rechazo de la actividad terrorista. No obstante, la aplicación de aquellos pronunciamientos puede requerir ocasionalmente de algunas precisiones, pues la concepción de la organización terrorista y la concreción de sus finalidades, pueden presentar algunas diferencias.

A título de ejemplo, de un lado, la finalidad de alterar o destruir el orden constitucional, tal como se menciona en algunas sentencias, debe ser entendida no solo en cuanto al orden constitucional político, sino de forma más amplia, en

relación a la Constitución y a los Tratados internacionales, como el conjunto de derechos y libertades reconocidos en ellos, tanto los de orden individual como los de naturaleza colectiva.

De otro lado, lo que en algún terrorismo se manifiesta como una organización jerarquizada en su totalidad, en esta otra clase de terrorismo la experiencia habida hasta el momento, especialmente en relación con Al Qaeda, demuestra que puede aparecer en formas distintas, en ocasiones como una fuente de inspiración ideológica de contenido o raíz fuertemente religiosa orientada a servir de fundamento y justificación a las acciones terroristas, acompañada de la constitución de grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquella y orientadas a hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales. Tales grupos, bandas u organizaciones, reciben generalmente su inspiración y orientación de la fuente central, aunque incluso en este aspecto pueden presentar variaciones ordinariamente no sustanciales.

Pero, además de estas manifestaciones, es posible apreciar la existencia de otros grupos, bandas u organizaciones en los que, aunque inspirados en el mismo sustento ideológico, tanto su estructura como su actuación son independientes de aquella fuente, de forma que disponen de sus propios dirigentes, obtienen sus propios medios y eligen sus objetivos inmediatos. Todo ello, siempre en atención a las peculiaridades de cada caso, permite considerar que cada una de ellas, incluyendo la fuente ideológica, constituye un grupo, organización o banda terrorista, de forma que sería posible que una sola persona se integrara en varias.

Y en tercer lugar, en estos casos, la recluta, el adoctrinamiento y la afiliación se inician sobre la base de la transmisión de concepciones radicales de la religión islámica, a las que son más sensi-

bles quienes menos formación religiosa poseen, difundidas en centros o en lugares adecuados, de donde se evoluciona a la disposición efectiva de los nuevos fieles a la ejecución de actos terroristas o a cualquier forma de favorecimiento de esa actividad. La trascendencia de estas actividades en relación a las posteriores acciones violentas es innegable, pues «ese fundamento religioso justifica la acción violenta en sí e inhibe los frenos morales del autor de tal acción», (STS n° 119/2007).

CUARTO: El recurrente cuestiona la concurrencia de los requisitos de la organización contemplados en el art. 570 (agrupación formada por más de 2 personas, carácter estable, tiempo indefinido, reparto de tareas, y la finalidad de cometer delitos) y de la variedad agravada de las organizaciones terroristas, esto es, las que buscan la subversión del orden social establecido por métodos violentos o inhumanos, carácter sistemático en las acciones violentas y relación de jerarquía y estabilidad en el tiempo, para concluir que no ha quedado suficientemente acreditado que la Red Ansar Al Mujahideen sea una organización terrorista.

1) Así en la STS. 745/2008 de 25.11, con cita de la STS. 421/2003 de 10.4, decíamos que en el delito de asociación ilícita, el bien jurídico protegido lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras exlimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho. Lo relevante es que una cosa es el bien jurídico que protege el tipo de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se comete, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

Como expone la S.T.S. 234/01 de 3.5, en el delito de asociación ilícita el bien jurídico protegido el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o según otro, el orden público y en particular la propia

institución estatal, en hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

- a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.
- b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.
- c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.
- d) el fin de la asociación, —en el caso del artículo 515.1, inciso 1º, C.P.—, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva (STS. 28.10.97).

Por ello como se señala en la STS. 50/2007 de 19.1, el delito de asociación ilícita, cuando se orienta a la comisión de delitos o cuando la asociación decide cometerlos una vez constituida «no requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo». Sin embargo, será preciso acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos. Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho.

Por último no cabe confundir —dice la STS. 415/2005 de 23.3— el delito de asociación ilícita para delinquir con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codeinlucencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar.

Asociación Terrorista será la constituida para cometer delitos de terrorismo o bien la que una vez constituida decide proceder a la comisión de tal clase de actos.

Por tanto las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, constituyen una modalidad cualificada del delito de asociación ilícita.

El terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los que se basa toda sociedad democrática. También representa uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros de la Unión Europea.

La amenaza terrorista ha crecido y se ha desarrollado rápidamente durante estos últimos años, con cambios en el modus operandi de los terroristas y sus partidarios o colaboradores, incluida la sustitución de grupos estructurados y jerarquizados por grupúsculos ligados entre ellos con flexibilidad.

2) En el caso sometido a nuestra revisión casacional la sentencia impugnada considera probado (apartado tercero factum) de una parte que la Red Ansar al Mujahideen es uno de los grupos más activos de apoyo a la *yihad* vía internet con una estructura con entidad propia «pero, además, a través del contacto personal de los

cuadros directivos de otros grupos yihadistas, la estrategia de los mismos está coordinada, llegando a trabajar en red. La macro-red así constituida forma parte, a la vez, del movimiento de la «yihad global», entendido como un conjunto de medios de comunicación empleados como herramienta al servicio del terrorismo yihadista mundial, que actúan en nombre y beneficio de la línea más radical del Islam.

La autodenominada Red Ansar Al Mujahideen está formada por un reducido núcleo dirigente de individuos con una larga trayectoria en plataformas yihadistas en internet, algunos de ellos conocidos desde el año 2005. Todas las decisiones que en su seno se adoptan son consensuadas por un órgano de dirección o Consejo Consultivo, denominado «Majlis Al Shura», y son obedecidas por el resto de los componentes del grupo. Los integrantes del «Majlis Al Shura» son reconocidos y tratados por terceros como Jeques, y han creado y mantienen una sólida infraestructura en internet orientada a la difusión del ideario yihadista a través de este medio, como paso necesario para alcanzar su objetivo final, que es la financiación, captación, adoctrinamiento y radicalización de simpatizantes para llevar a cabo la yihad armada. Esto último implica tanto el envío de los voluntarios a zonas de conflicto como su formación mediante la difusión de manuales de entrenamiento terrorista para actuar allí donde el adoctrinado resida o en lugares de conflicto.

La Red Ansar Al Mujahideen presenta una estructura formal, por su organización; estable, por su continuidad en el tiempo; jerarquizada, por la distribución de misiones y responsabilidades entre sus componentes, de los objetivos yihadistas que persigue, con un número indeterminado de miembros de dirección y numerosos colaboradores y simpatizantes.

La red terrorista que nos ocupa tiene señas de identidad propias y diferenciadoras: un nombre con significado (Red Ansar Al Mujahideen, que traducido significa «Red de los Partidarios de los Mujahideen»); un banner (emblema o bandera); un logotipo identificativo; un lema («In support of the struggle by pen and sword», que signi-

fica «En apoyo de la lucha con la pluma y la espada»), y un ideario públicamente expresado («Somos yihadistas. La yihad es una obligación en la religión de Dios. Nosotros alabamos a los yihadistas por el camino de Dios»).

Un aspirante obtiene la pertenencia a la Red Ansar Al Mujahideen tras mostrar su compromiso con la yihad y la organización, a propuesta de uno de los miembros más veteranos (también llamados «pioneros») que lo avale. La admisión se decide en un Consejo Consultivo de los miembros de la Red. El aspirante se convierte en miembro tras formalizar un juramento de fidelidad a la yihad y a la red a la que quiere pertenecer.

La coordinación de los miembros de la Red Ansar Al Mujahideen se lleva a cabo, principalmente, a través de plataformas de comunicación de internet, en especial las salas de Paltalk. Estas salas constituyen el embrión del aparato de propaganda de la Red, dedicado a la captación, adoctrinamiento y formación de simpatizantes de la yihad, extendiendo así las bases de apoyo al movimiento de la yihad global.

Para optimizar la pervivencia de la Red Ansar Al Mujahideen y alcanzar sus objetivos, existen en su seno tres estructuras que se distribuyen sus diferentes cometidos:

1. El **aparato de financiación**. Tiene por función obtener donaciones de aquellos miembros o simpatizantes que disponen de recursos económicos, en especial del Golfo Pérsico y Europa, para garantizar la continuidad de la infraestructura de la Red Ansar Al Mujahideen en internet a través de dominios y servidores. Asimismo, se encarga de obtener dinero para ser enviado a los mujahidines en diferentes zonas de conflicto, especialmente Waziristán (zona situada al noroeste de Irak, que limita con Afganistán), así como en algunos casos para subvencionar el viaje de los voluntarios hasta esas mismas zonas (Waziristán, Afganistán, Pakistán).

2. El **aparato de apoyo operativo**. Es el encargado de mantener contacto con elementos terroristas de las diferentes zonas de conflicto. Este contacto facilita la apertura de vías de tránsito para que los voluntarios captados puedan ser

enviados a tales zonas. Los integrantes de este aparato coordinan los envíos de voluntarios y se encargan de que los Jeques de la Red avalen a los voluntarios conocidos y que éstos sean acogidos por los diferentes grupos terroristas en Waziristán, Afganistán, Pakistán, Chechenia, Somalia, u otros lugares a donde son enviados.

3. Y el **aparato de propaganda**. Se dedica a difundir a través de plataformas de internet, tanto propias como ajenas, todo tipo de documentos y material audiovisual de exaltación de la yihad y de los grupos yihadistas, de la justificación teológica de las acciones terroristas, así como de manuales de formación en el uso de las armas, y fabricación de explosivos y venenos. Todo ello con las finalidades de captación, adoctrinamiento y formación de los terroristas.

Precisamente este aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen utiliza una infraestructura basada en plataformas y servicios web de internet, como son los foros, las salas de Paltalk y los repositorios de acceso público. Cada uno de ellos cumple una función específica y complementaria en aquella estrategia de captación, adoctrinamiento y formación terrorista de la Red.

a) La comunicación a través de los **foros** constituye el pilar de la primera fase de la labor de propaganda, que es la captación. Con un formato yihadistas están diseñados cibernautas, generalmente modo de escaparate, en audiovisuales que plasman la yihadistas, pues se exhibe a visualmente atractivo, los foros para lograr la atención de los de religión musulmana. A ellos se exhiben productos visión maniquea del mundo de los musulmanes como una comunidad virtuosa que es constantemente oprimida y humillada por los que no lo son (judíos, cristianos y renegados, principalmente), a la yihad («guerra santa contra los infieles») como el único camino para evitarlo y a los mujahidines (combatientes) como los «héroes» que protegen a la comunidad musulmana (la «Umma») del mal, del enemigo. De este modo, se intenta convertir al visitante del foro en simpatizante, y obtener así su voluntad. Para fijar esta fase de adoctrinamiento en las tesis del salafismo yihadista (movimiento que reivindica el retorno por medios violentos

a los orígenes del Islam, fundado en el Coram y la «Sunna» —conducta modelo basada en los dichos y hechos de Mahoma—, en los foros se imparten cursos básicos sobre teología islámica según la metodología yihadista, y se difunden obras de ideólogos de la yihad y entrevistas con líderes de organizaciones yihadistas.

b) Las **salas de Paltalk** constituyen el destino de los simpatizantes más comprometidos en los foros yihadistas. En dichas salas de chat se acomete un grado más avanzado de la fase de adoctrinamiento, consistente en la formación en diferentes materias. En estas salas el adoctrinado puede interactuar, en tiempo real, con otros simpatizantes y miembros de la Red como los supervisores o administradores, así como asistir a cursos «en directo» («online») impartidos por importantes Jeques.

Los supervisores o administradores se encargan de resolver las dudas del iniciado y de poner a su disposición la información que éstos requieran, tanto a nivel teológico-ideológico como operativo. Esto se materializa cuando, por petición expresa o por iniciativa propia, el supervisor «cuelga» en la sala un link que permite al iniciado descargar un producto determinado, relacionado con algún aspecto del salafismo yihadista, incluyendo detallados manuales de formación terrorista, fabricación de explosivos, manejo de armas, así como de la justificación religiosa de la acción violenta preconizada por la Red.

En la Red Ansar Al Mujahideen está instalada la sala «**Minbar ALAnSaR**» (traducido como «Púlpito de los Defensores»), desde la cual se ofrece a los postulantes interesados una amplia y variada colección de productos yihadistas para completar y enriquecer su formación Y adoctrinamiento.

c) Además de los foros y las salas de Paltalk, el aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen ha utilizado de modo preferente, como herramienta de almacenamiento y difusión de productos yihadistas, el repositorio de acceso público denominado www.archive.org, con primacía sobre otros servicios de carga y descarga de archivos.

Por otro lado, los principales responsables del aparato de propaganda de la Red Ansar Al Mujahideen son el Jeque conocido por los nicknames de «Corsario» y «Zapatones», y el Jeque conocido por los nicknames de «Perico», «Pirata» y «Cerilla», ambos miembros del Consejo Consultivo Supremo (Majlis Al Shura) de dicha Red.

Las cuestiones generales y particulares del aparato de propaganda se deciden en un Consejo Consultivo del propio aparato (Consejo también denominado «Majlis Al Shura»), integrado por los miembros de mayor relevancia del aparato y que ostentan algún cargo en el mismo, como son los supervisores o administradores.»

3) Y razona en la fundamentación jurídica que su naturaleza nitidamente terrorista no ofrece ninguna duda al resultar acorde con la jurisprudencia de esta Sala, SSTS. 1140/2010 de 29.12, 503/2008 de 17.7, 888/2007 DE 25.10, 119/2007 DE 16.2, 556/2006 DE 31.5, 1127/2002, y las últimas tendencias legislativas al concurrir las notas de estructuración, estabilidad y permanencia aplicables a la Red Ansar Al Mujahideen por la división de funciones encargada de sus tres aparatos (financiero, operativo y propagandístico), la jerarquización y división del trabajo entre los miembros de cada aparato (en el caso del de propaganda, el emir de Sala, los supervisores generales y los supervisores comunes o administraciones, entre las que se halla el acusado) y su estabilidad temporal y funcional, y destacando las reacciones normativas, como la Decisión Marco 2008/919/SAI del Consejo de la Unión Europea, de 28.11.2008 —que modificó la Decisión Marco 2002/475/SAI, sobre la lucha contra el terrorismo, que los apartados 3, 4 de su Preámbulo establece (3) «la amenaza terrorista ha crecido y se ha desarrollado rápidamente durante estos últimos años, con cambios en el modus operandi de los terroristas y sus partidarios o colaboradores, incluida la sustitución de grupos estructurados y jerarquizados por grupúsculos ligados entre ellos con flexibilidad. Tales grupúsculos forman **redes internacionales y recurrentes cada vez más a las nuevas tecnologías, en especial internet**» Y (4) «**Internet se utiliza para inspirar y movilizar a redes terroristas**

locales e individuos en Europa y también sirve de fuente de información sobre medios y métodos terroristas, funcionando por lo tanto como un «campo de entrenamiento virtual». Por ello, las actividades de provocation a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas, se han multiplicado con un coste y unos riesgos muy bajos».

4) Y de otra parte considera probado (apartado cuarto relato fáctico (Pág. 13 a 15), que el acusado era miembro destacado del aparato de propaganda de la Red desde 2006 hasta su detención el 27.3.2012, su participación en el foro Ansar Al Mujahideen —que constituye el órgano más básico y público de la organización Red Ansar al Mujahideen, apartado 5º hechos probados (Pág. 15 a 23)—; su participación en las salas de Paltak asociadas a la Red Ansar Al Mujahideen, apartado hecho probado (Pág. 23 a 33) y la utilización de la pagina web archive.org por el acusado (apartado 7 factum Pág. 33 a 41), concluyendo en la fundamentación jurídica que tal conducta del acusado encaja en la incitación directa y persistente a cometer actos de terrorismo, a través de la plataforma mediática en la que participaba en foros, ostentaba el cargo de supervisor-administrador de salas de chat, y gestiona y difundía archivos conteniendo productos de signo yihadista que llamaba a la «guerra santa» contra aquellos que no eran de su misma adscripción ideológica y de culto», y como ha quedado constancia que el acusado pasó a la acción «al situarse de modo permanente y estable en la esfera intermedia de toma de decisiones de la Red terrorista a cuyo aparato de propaganda estaba voluntariamente adscrito, cumpliendo eficazmente su cometido, dirigido a la captación, adoctrinamiento y formación de futuros terroristas, al elogio de los que actuaban en las zonas de conflicto, a la alabanza de los que se inmolaban a la vez que mataban, así como al de fomento y aniquilación del disidente, contribuyendo con su conducta al mantenimiento de la organización. Conducta la suya en internet que se sitúa al mismo nivel de intensidad e implicación que la que

ejercen los militantes también yihadistas que pasan a la acción en aquellas zonas de conflicto».

5) El tribunal de instancia se basó en las siguientes pruebas que detalla en el fundamento jurídico segundo:

1º) declaraciones del propio acusado Porfirio Leonardo, en el juicio oral coincidentes en lo sustancial con las que prestó ante la Guardia Civil, asistido de Letrado con motivo de su detención (folios 2846 a 2852 de la causa), en calidad de imputado ante el Magistrado Instructor (folios 2867 a 2868 y 3009 a 3053 de la causa, y en su indagatoria como procesado (folios 4052 a 4054), en las que básicamente reconoció los hechos de los escritos de acusación, pero negó que estuviera integrado o participara en una organización de carácter terrorista dedicada al adoctrinamiento y formación de combatientes yihadistas y que en su ánimo se albergara la posibilidad de contribuir a crear alarma y desesperación en la sociedad mediante el favorecimiento de agrupaciones y personas insertas en el movimiento yihadista violento, e intentó dar una explicación sobre su estado personal y medios de subsistencia, su acceso a los ordenadores, foros y salas de chat, la utilización que hacía de los repositorios de acceso público y su ejercicio a la libertad de expresión e información en su participación en la Sala y los foros, explicaciones que el Tribunal sentenciador no comparte a la vista del resto de las pruebas, fundamentalmente la testifical de los funcionarios de la Guardia Civil que llevaron a cabo la investigación de las actividades del acusado y la propia lectura del contenido de sus participaciones en los foros y las salas de chat que exteriorizan su adscripción ideológica extremista muy lejana a la particular e interesada concepción que ofreció sobre el movimiento yihadista y los mujahidines.

2º) las declaraciones de los testigos Guardias Civiles nº NUM004 (instructor que dirigió desde el principio la investigación, nº NUM005 (secretario del atestado principal y del último); nº NUM006 (secretario de la declaración del acusado); y nº NUM007 (que realizó con el segundo testigo nombrado, un informe ampliatorio de la actividad del acusado, acompañado de un CD reco-

pilatorio de videos e imágenes que el acusado tenía en su ordenador. Destacando como en el juicio oral dichos funcionarios fueron explicando las circunstancias de la investigación practicada, comenzando por la propia existencia y naturaleza terrorista de la Red Ansar Al Mujahideen (a cuya organización ya venían investigando sobre sus actividades desde España con anterioridad), para continuar luego en las concretas conductas del acusado, recogidas en el relato fáctico de la sentencia.

3º) las distintas periciales que lo fueron de tres modalidades:

a) peritos intérpretes de árabe nº NUM008 y NUM009 encargados de traducir al español el material que les daba la guardia civil en lengua árabe.

b) peritos de la guardia civil nº NUM010 y NUM011 autores del informe sobre análisis de los dispositivos encontrados, quienes en el juicio oral ratificaron su informe de 17.5.2012 (folios 3769 y ss, anexo D 6 de la causa, sobre el contenido de la información que albergaban los efectos informáticos intervenidos, encontrándose un archivo con mcknarus direcciones de correos y claves de acceso, destacando como ciertos ficheros permitían ejecutar el programa «Mujahideen Secret», programa de cifrado que tiene herramientas de encriptado, cuyo objetivo es impedir el acceso a la información a otras personas que no sean usuarios de los foros o a la persona que posea el programa, e impedir el acceso a las comunicaciones entre este usuario y otro.

c) peritos de inteligencia de Europol con número de identificación NUM012 y NUM013 que ratificaron íntegramente los informes obrantes en los folios 3614 a 3666, traducidos en los folios 212 a 258 del Rollo de la Sala, aclararon que son analistas de la Unidad de la Lucha contra el Terrorismo, desarrollando la mayor parte de su actividad en el ámbito del terrorismo yihadista y situaron las actividades terroristas del islamismo violento en el contexto mundial actual tal, como Internet permite a los grupos terroristas hacer de enlace entre grupos armados que están activos en su país con el público que les apoya en otros países, como los foros de internet son un lugar de

comunicación que utilizan los grupos terroristas para publicar propaganda sobre sus actividades y la justificación de la violencia y en cambio las Salas de Paltalk son medios que permiten una comunicación más cerrada y descrita que la de los foros, expresaron lo que se llama «operaciones de martirio» a los ataques suicidas que los grupos terroristas alientan, y declararon en definitiva que Ansar al Mujahideen es un foro dedicado a la producción y copia de propaganda haciendo una labor de defensa de los grupos terroristas, y por último manifestaron que Europol considera a esta Red con una organización terrorista desde hace tiempo.

4º) y la prueba documental obrante en el procedimiento, fundamentalmente la información incautada en su domicilio, 214.000 archivos con temática yihadista en el material informático incautado que ocupan un total de 883 gigabytes, conteniendo la mayoría información y propaganda de índole yihadista que se detalla en el apartado 8º de los hechos probados (Pág. 41 a 46), destacando la Sala de instancia como parte de la misma fue visionada en el juicio oral, extraída del DVD obrante al folio 4099, llegando a la conclusión de que **«es un fiel reflejo del panorama devastador que conlleva la materialización de las ideas y planteamientos extremistas, intransigentes y violentos que defendía el acusado desde su privilegiada posición en la red terrorista en la que se encontraba inserto».**

6) Inferencia de la Sala que debe ser mantenida. En efecto sobre la falta de intencionalidad del recurrente, es cierto que para describir las mismas debe acudirse por regla general a un procedimiento inferencial acorde con la lógica que permite obtener unas conclusiones razonables que deben ser explicitadas en la sentencia sobre la base de unos datos probatorios bien definidos y debidamente probados. Ahora bien el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del tribunal sentenciador por el del tribunal casacional. Solamente si las conclusiones inferenciales fueran contrarias a las reglas de la lógica y las máximas de experiencia cabría atacarlas, teniendo en cuenta que

esta Sala —SSTS. 577/2014 de 12.7, 56/2009 de 3.2, 487/2006 de 17.7, 260/2006 de 9.3 entre otras— ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan respectivamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir no resulta aceptable analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarlos del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pues la fuerza conectiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en si mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (STS. 19.10.2005).

Insistiéndose en las SSTS. 33/2011 de 26.1, 5883/2009 de 8.6, 527/2009 de 25.5, que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

Bien entendido —hemos dicho en SSTS. 732/2013 de 16.10, y 700/2009 de 18.6— que es claro «desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a *quo*, que no toda inferencia que vaya del *hecho conocido* al *hecho ignorado* ofrece, sin más, la prueba de este último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez

probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante».

Siendo así no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los hoy recurrentes quienes en su argumentación critican la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculporias, olvidando que el problema no es que no haya mas pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto —como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11— «el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente».

QUINTO: El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de precepto penal de carácter sustantivo al calificarse los hechos como un delito de integración en organización terrorista y no como un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP.

Se dice en el motivo que de todas las declaraciones realizadas por el recurrente podría pensarse que nos hallamos ante conductas encuadrables en base al principio de especialidad normativa en el art. 578 y no en el art. 571 CP, pues acudía a Internet, foros/chats y redes sociales era para apoyar ideológicamente a algunos grupos radicales pero jamás para reclutar, enviar o formar terroristas.

El motivo se desestima.

1. Con carácter previo debemos recordar la doctrina de esta Sala, contenida entre otras en SSTs. 807/2011 de 19.7, 327/2014 de 24.4, 605/2014 de 1.10, que establece los requisitos de este motivo casacional:

1) La casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisorias del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que «no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial». (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil «El art. 3 del Código Civil, cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado» (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una amplia

ción de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal. Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación.

Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero, «En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim. el recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado

es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

2. Respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo hay que recordar, de entre los numerosos pronunciamientos de esta Sala en relación a la materia que nos ocupa (SSTS. 2.6.2010, 25.4.2012, 282/2013 de 1.4, 752/2012 de 3.10), lo siguiente:

- Que el delito que se contiene en el artículo 578 del Código Penal, redactado conforme a la LO 7/2000, de 22 de Diciembre, supone la inclusión de una actividad, como el enaltecimiento, en relación con figuras delictivas, las comprendidas en los artículos 571 a 577, y de quienes hayan participado en su ejecución, tipos, todos ellos, incluidos dentro del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, comprendiendo la promoción y constitución de organizaciones terroristas, los delitos de estragos, depósitos de armas, municiones y explosivos, delitos cometidos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, lo que se denomina como atentados contra el patrimonio, actos de colaboración activa, como la recaudación de fondos o financiación, e incluso los que, sin pertenecer a organización terrorista realicen actos encaminados a atemorizar a miembros de una población o de un colectivo social, político o profesional.

- Que, por lo que se refiere al bien jurídico protegido por este delito, la propia exposición de Motivos de la Ley 7/2000 nos ofrece un criterio negativo y otro positivo para su determinación, cuando dice que «... No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional...», sino que consiste en algo «... tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos

terroristas...», realizada mediante actos «... que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal...» (Vid. STEDH de 15 de Marzo de 2011, caso «Otegui Mondragón vs Espagne»).

Ni supone tampoco en modo alguno, por tanto, la criminalización de opiniones discrepantes, ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delinquentes, sino que, muy al contrario, la finalidad de la tipificación de tales conductas es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

Para la STS. 656/2007 de 17.7, el primer inciso del art. 578 CP, ubica la apología propiamente dicha definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. Se apunta en dicha resolución que el precepto corresponde a la «ratio legis» de reforzar la tutela en los delitos de terrorismo sancionando conductas que no son terroristas «per se» pero que les favorecen en cuanto significan apoyo a estas graves infracciones punibles.

Corresponde a la ratio legis de reforzar la tutela en los delitos de terrorismo sancionando conductas que les favorecen en cuanto significan apoyo a estas graves infracciones punibles. Así el término en alterar, según el Diccionario de la Real Academia, es sinónimo de ensalzamiento y ensalzar significa a su vez, engrandecer, exaltar, alabar. Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien. Alabar es elogiar, celebrar con palabras. Se coloca así al sujeto pasivo en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar. El sujeto activo con su comportamiento coloca a las acciones punibles, y a sus autores como modelo otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente. La STS. 149/2007

de 26.2, aduce que comportan hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que es un comportamiento criminal, bien entendido que el objeto de ensalzamiento o justificación puede tener su sustento en cualquiera de las personas que hayan participado en su ejecución y puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

A través del castigo del enaltecimiento del terrorismo se pretende la interdicción de lo que tanto el TEDH, sentencia de 8 de julio de 1999, *Süreks vs Turquía*, 4 de diciembre de 2003, *Müslüm vs Turquía* —y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre— califican como «discurso del odio», consistente en la alabanza o justificación de acciones terroristas. Tal comportamiento de ningún modo puede quedar bajo la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de exposición (art. 20 CE), o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, basando su discurso «en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades. Como también destacaba la STS. 676/2009 de 5.6 no se trata de criminalizar opiniones discrepantes, sino de combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionen un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando de este modo contra el sistema democrático establecido.

- Que los elementos que integran esta infracción son los siguientes:

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser agudo de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o coparticipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

- Que se trata de una figura delictiva consistente siempre en un comportamiento activo, excluyendo por tanto la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo además un delito de mera actividad, carente de resultado material y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

- Que, además, ostenta una sustantividad propia respecto de la apología contemplada en el artículo 18 del Código Penal, aunque no se puede desconocer que el enaltecimiento es una forma específica de apología.

En tal sentido, la apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del art. 579 CP que se refiere a la provocación, conspiración y proposición para la comisión de acciones terroristas.

Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron. En apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología «in genere», operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente —prisión de uno o dos años—, frente a las «apologías» clásicas de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito

a cuya ejecución se incita —pena inferior en uno o dos grados—.

3. En el caso presente en el hecho probado tras dejar sentado que la Red Ansar Al Mujahideen es una organización terrorista, se destaca la participación del acusado en el foro de esa denominación y otras similares, y la relevancia que adquirió el recurrente en esos foros alcanzando la categoría de «ansari con esfuerzo aplicado»; y la Red Al Shumuckh la de «shamikh excelente»; y en el foro Al Fida, la de «fidai brillante», siendo especialmente significativo como el 23.6.2011 en respuesta al llamamiento de Al Qaeda, como usuario «Cabezón», colgó en el foro Shumukh su selección de objetivos para atentar contra ocho personalidades de las que dos eran españolas (Leandro Florian y Teodosio Placido).

Igualmente su participación en las Salas de Paltalk asociadas a la Red **«Ansar Al Mujahideen» «Minbar ALAnSaR»**, y como supervisor, administrador de dichas Salas de propaganda el acusado llevaba a cabo una labor de captación, adoctrinamiento y formación yihadista a través de internet, sirviéndose de los múltiples archivos de que disponía, y desde su cargo de gestor de la biblioteca yihadista facilitaba los enlaces necesarios en la Sala y correspondientes a la biblioteca entre los usuarios de distintos foros, todo tipo de material de exaltación del terrorismo **asi como manuales de formación y adiestramiento terrorista en campos tales como reclutamiento y fabricación de artefactos, explosivos, gases y venenos** observándose a través de varios archivos detectados en los dispositivos informáticos intervenidos al acusado, su protagonismo y la elevada intensidad de su relación con los dirigentes y demás miembros del aparato de propaganda de la red en la que estaba integrado. Y como tercer modo de intervención del acusado como defensor de la propaganda yihadista se detalla la utilización por el acusado de la página wed.archive.org con la finalidad de ofrecer en la red productos que sirvieran para la captación, adoctrinamiento y formación de militantes de la *yihad* armada, subió y gestionó alrededor de 1300 archivos sobre manuales de lucha armada y aprendizaje en los diferentes tipos de *yihad*,

constatándose a través de la intervención de la línea ADSL judicialmente autorizada, la gran actividad que realizaba este acusado como defensor de contenidos, poniendo a disposición de todos los usuarios con los que trataba gran cantidad de material yihadista, en especial comunicados de acciones armadas, manuales y enciclopedias de entrenamiento terrorista.

Siendo así su consideración de integrantes debe ser mantenida. La pertenencia supone la integración más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma, cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propios de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal (STS. 503/2008 de 17.7). Y en el caso presente el acusado, siguiendo la estrategia marcada por Al Qaeda, procedió a desarrollar a través de la Red Ansar Al Mujahideen, como miembro destacado de dicha Red, participando en foros, salas de Paltalk y utilizando es repositorio público www.Archive.Org a desarrollar un proyecto de difusión de la ideología radical y fundamentalista del extremismo islámico y captar a adeptos en todo el mundo. Son datos que permiten apreciar su pertenencia a organización terrorista Red Ansar Al Mujahideen como miembro relevante de la misma que excede con mucho la conducta descrita en el art. 578 CP, sin olvidar que la justificación y exaltación de sus acciones y finalidades delictivas no deja de ser algo connatural a todo integrante

de un grupo terrorista estructurado, dado su finalidad colectiva de cometer acciones delictivas para desestabilizar el orden oficial y político.

SEXTO: Desestimándose el recurso las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim.).

FALLO:

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Porfirio Leonardo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de integración en organización terrorista; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Giménez García D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D^a. Ana María Ferrer García D. Carlos Granados Pérez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

MARCOS VAQUER CABALLERÍA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

(ToI 4681380)

Cabecera: Reintegro de incentivos regionales por incumplimiento. La ampliación de la industria objeto de la subvención no puede encontrar cobertura en la licencia original de 1972. El supuesto silencio es posterior al periodo de vigencia de la subvención. La solicitud de licencia ambiental no puede subsanar retroactivamente la carencia de la licencia durante el periodo de la subvención. Las autorizaciones municipales para la instalación de una fábrica son inexcusables y su ausencia reviste una especial gravedad

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 16/01/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Tercera

Número Recurso: 5810/2011

1. OBJETO DEL PROCESO, TIPO DE RECURSO, PARTES Y SALA

La sentencia, de la que es ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, estima un recurso de casación (núm. 5810/2011) interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 29 de septiembre de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 498/2010.

El recurso contencioso-administrativo había sido deducido por una sociedad mercantil contra la Orden MEH de 30 de noviembre de 2009, confirmada en reposición, que a su vez había declarado el incumplimiento total por parte de la empresa de las condiciones para el disfrute de incentivos regionales en la Zona de Promoción Económica de Castilla y León. La subvención litigiosa le había sido concedida en 2000 con vigencia hasta el 3 de marzo de 2001, al amparo de lo previsto en la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales y el Real Decreto 570/1988, de 3 de junio, de delimitación de la zona de promoción económica de Castilla y León.

2. DISPUTA JURÍDICA Y FUNDAMENTOS USADOS POR EL TRIBUNAL

La sentencia de la Audiencia había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo de la empresa por considerar que el incumplimiento de las condiciones de la subvención no había sido total sino parcial, procediendo sólo el reintegro del 20 % de su importe según «resulta de la ponderación que ha de tener en el conjunto de las condiciones generales y particulares impuestas a al recurrente el incumplimiento de parte de una condición general, en este caso, la falta de obtención de las licencias analizadas».

El Abogado del Estado pretende que se case esta sentencia y se confirme la resolución administrativa declarativa del incumplimiento total. El recurso se fundamenta en un único motivo al amparo del art. 88.1.d) de la Ley jurisdiccional: la infracción la legislación de subvenciones e inventivos regionales y de la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo que la había aplicado, según la cual carecer de las preceptivas licencias de obras y de apertura para la fábrica o instalación objeto de la subvención debe ser calificado como un incumplimiento total de las condiciones de la subvención.

La empresa, por su parte, se opuso a la casación con una triple argumentación: a) la cobertura por una licencia municipal de 1973, b) la posterior obtención de licencia municipal por silencio administrativo en 2002 y c) la solicitud de licencia ambiental en 2006.

El Tribunal Supremo rechaza estos tres argumentos porque a) la ampliación de la industria objeto de la subvención no puede encontrar cobertura en la licencia original de 1972, b) el supuesto silencio es posterior al periodo de vigencia de la subvención y c) lo mismo cabe decir de la solicitud de licencia ambiental, que no puede subsanar retroactivamente la carencia de la licencia durante el periodo de la subvención.

Supuesto, pues, que hubo incumplimiento, resta dilucidar si éste debe calificarse como parcial (como sostiene la Sala de instancia) o como total (como pretende la Administración). El Tribunal Supremo acoge esta última tesis porque, en síntesis, «las autorizaciones municipales para la instalación de una fábrica en su territorio son inexcusables y su ausencia reviste una especial gravedad». Se apoya para ello en una jurisprudencia previa en la materia que será objeto de análisis en el comentario posterior (§ 4).

3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Al estimar el recurso de la Administración, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la instancia y desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa, lo que es tanto como decir que confirma la validez de la orden ministerial objeto del mismo, que había declarado el incumplimiento total de las condiciones de la subvención litigiosa.

4. COMENTARIO

De acuerdo con la noción técnica y estricta que de ella maneja la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones [en adelante, LGS, (ToI 318687)], la subvención es un acto administrativo de disposición dineraria afectada a uno o más fines de interés general y que sujeta al beneficiario a ciertas obligaciones instrumentales para la consecución de éste. Por ello, la Ley le impone, respectivamente, los requisitos de «que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública» y «que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, *debiendo el interesado cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido*» (art. 2, la cursiva es mía), obligaciones de las que se ocupa el artículo 14 de la Ley.

Como tiene reiteradamente afirmado el Tribunal Supremo:

«la subvención no responde a una *«causa donandi»*, sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un *«modus»*, libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión (SSTS de 20 de junio, 12 de julio y 10 de octubre de 1997, 12 de enero y 5 de octubre de 1998, 15 de abril de 2002).».

Nuestra jurisprudencia, según se refiere en la sentencia de 20 de mayo de 2003 (RC 5546/1998), ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimien-

to determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJPAC. Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de éste.»

Por todas, SSTs de 7 de octubre de 2013, cas. n.º 313/2012 (*Tol 3971788*), por la que cito, y 5 de noviembre de 2012, cas. n.º 6930/2009 (*Tol 2698046*), 22 de octubre de 2010, cas. n.º 5255/2007 (*Tol 1982881*) y 15 de julio de 2008, cas. n.º 7453/2005 (*Tol 1353072*).

Como se ve, la jurisprudencia vacila sobre la naturaleza jurídica que merezcan estas obligaciones, que califica indistintamente como condición o modo, por la dificultad objetiva de trasladar estas cláusulas accesorias de los negocios jurídicos civiles a uno de Derecho público, donde dejan de ser accesorias y surten los efectos reglados por la LGS. Lo que es claro, como también se aprecia, es que la subvención está «vinculada» (TS) o «afectada» (Fernández Farreres¹) al cumplimiento de ciertas obligaciones o, lo que es lo mismo, que su incumplimiento es un supuesto de denegación del libramiento de los fondos o, en su caso, para ordenar su reintegro.

En efecto, la Ley dedica su Título II al reintegro de las subvenciones y en su artículo 37 contempla como causas del reintegro no sólo las de invalidez de la resolución de concesión, sino también el incumplimiento de las obligaciones materiales y formales impuestas a su beneficiario o a la entidad colaboradora en la gestión de la subvención, en su caso. Ahora bien, el legislador es consciente de que no todos los incumplimientos tienen el mismo porte ni frustran por entero la finalidad de la subvención y que sería desproporcionado sancionar con el reintegro total a incumplimientos parciales y menores. Por ello, el apartado 2 del artículo 37 matiza que «Cuando el cumplimiento por el beneficiario o, en su caso, entidad colaboradora se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éstos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por la aplicación de los

¹ Germán Fernández Farreres, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, págs. 230 y ss.; de nuevo en Fernández Farreres (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Madrid, Thomson Civitas, 2005, págs. 35-37.

critérios enunciados en el párrafo n) del apartado 3 del artículo 17 de esta ley o, en su caso, las establecidas en la normativa autonómica reguladora de la subvención». Por virtud de la citada letra n) del artículo 17.3 LGS, las bases reguladoras de la concesión de la subvención deberán establecer, entre otros extremos, los «criterios de graduación de los posibles incumplimientos de condiciones impuestas con motivo de la concesión de las subvenciones. Estos criterios resultarán de aplicación para determinar la cantidad que finalmente haya de percibir el beneficiario o, en su caso, el importe a reintegrar, y deberán responder al principio de proporcionalidad.»

Esto supuesto, ¿cuándo un incumplimiento parcial «se aproxima de modo significativo al cumplimiento total», de manera que justifica un reintegro sólo parcial de la subvención? La ley no determina este criterio abstracto, por lo que debe ser su aplicador quien lo haga. Y de eso trata justamente la sentencia comentada.

El supuesto de hecho litigioso era el de haber emprendido la actividad subvencionada sin las preceptivas licencias. La Audiencia Nacional lo calificó como incumplimiento parcial que sólo requiere un reintegro proporcional, mientras que para el Tribunal Supremo constituye un incumplimiento total que amerita el reintegro íntegro de la subvención. Esta interpretación no es novedosa, sino que confirma, reitera y amplía una línea jurisprudencial bastante consolidada cuyos principales hitos (redactados en su mayoría por el mismo ponente de la Sentencia que se comenta) pueden resumirse con los siguientes puntos:

- «Sean cuales fueran las circunstancias concurrentes, es claro que entre dichas obligaciones se encontraba la preceptiva de obtener la referida autorización y que, sin ella, la actividad de facto realizada era ilegal. Y no se trata, en este caso, de una obligación meramente accesorio o secundaria, sino de una autorización esencial para comprobar que la actividad hotelera se ajusta a los términos legalmente exigibles. (...) Incurrió, por lo tanto, en un hecho consumado antijurídico que —sin perjuicio de otro tipo de respuesta administrativa, por ejemplo de orden sancionador— no puede coonestarse con la percepción de fondos públicos gratuitos para el ejercicio de la actividad cuando ésta, en el momento exigido por la resolución que concedía el incentivo (y aun varios años después), no cuenta con las autorizaciones exigibles.» STS de 7 de diciembre de 2005, cas. n.º 282/2004 (*Tol 781444*).

- «Y es que, en efecto, las autorizaciones municipales para la instalación de una fábrica en su territorio son inexcusables y su ausencia reviste una especial gravedad. Lo cierto es, pues, que ni la empresa actora obtuvo aquellas autorizaciones que solicitara en su momento ni, habiendo podido instar

dentro del plazo de vigencia del expediente una ampliación del citado período con objeto de cumplir esta condición, tampoco lo hizo. Incurrió, por lo tanto, en un hecho consumado que (sin perjuicio de otro tipo de respuesta administrativa, por ejemplo de orden sancionador) no puede coonestarse con la percepción de fondos públicos gratuitos para el ejercicio de la actividad cuando ésta, en el momento exigido por la resolución que concedía el incentivo (y aun varios años después), no cuenta con las autorizaciones exigibles.» STS de 11 de octubre de 2006, cas. n.º 10110/2003 (*ToI 1002237*).

- Frente a la alegación de parte según la cual el incumplimiento no es imputable al beneficiario de la subvención, por encontrarse suspenso el otorgamiento de licencias por razones urbanísticas, «es cierto que la recurrente no obtuvo dichas licencias y autorización antes de concluir el período de vigencia. Y, habiendo podido solicitar dentro del plazo de vigencia del expediente una ampliación del período con objeto de cumplir estas condiciones, no lo hizo. Tampoco planteó oportunamente la empresa actora los impedimentos urbanísticos que dificultaban la obtención de la correspondiente licencia municipal, como hemos expuesto tampoco interesó ampliación del período para obtener su cumplimiento, que, en fin, habría puesto de manifiesto una actitud de colaboración y de buena fe en el intento de observar las condiciones exigidas. Antes bien, silencia tal impedimento que únicamente expone extemporáneamente, para justificar el incumplimiento advertido por la Administración e intenta la subsanación con unas solicitudes de licencia de obra presentadas posteriormente. Incurrió, por lo tanto, en un hecho consumado antijurídico que no puede coonestarse con la percepción de fondos públicos gratuitos para el ejercicio de la actividad cuando ésta, en el momento exigido por la resolución que concedía el incentivo, no cuenta con las autorizaciones exigibles. Como hemos declarado en reiteradas ocasiones la actividad empresarial que con este género de subvenciones se pretende fomentar es la que se atiene a la ley, no la que la incumple anteponiendo los intereses económicos de quien gratuitamente recibe los fondos públicos.» STS de 5 de marzo de 2010, rec. n.º 335/2008 (*ToI 1814116*).

- La STS de 11 de noviembre de 2014, rec. n.º 373/2013 (*ToI 4551833*) reitera resumidamente esta doctrina en su F.J. 5.º.

Como se observa, esta jurisprudencia combina un criterio objetivo y otro subjetivo para calificar el incumplimiento: el objetivo es que la ilegalidad no es graduable ni, por tanto, puede ser calificado como mero incumplimiento parcial, de manera que la obra, instalación o actividad realizada sin las licencias que le son exigibles es un «hecho consumado antijurídico» que no puede ser fomentado con fondos públicos; mientras que el subjetivo

considera que el beneficiario de la subvención haya obrado de mala fe o sin la diligencia exigible para tratar de obtener las licencias durante el plazo de vigencia de la subvención o intentar subsidiariamente la ampliación de este plazo. Y es que, según parece inducirse *contrario sensu* de los fundamentos reproducidos, la prueba de la buena fe y la diligencia debida por el beneficiario habría podido enervar la declaración del incumplimiento cuando éste no fuera imputable al beneficiario, sino a la propia Administración o a una causa de fuerza mayor. Me parece ello plenamente consecuente con el principio de buena fe (art. 3.1 LRJPAC) y con la propia LGS que, aunque sea a propósito de los incumplimientos parciales del art. 37.2, considera no sólo la situación objetiva sino también la conducta subjetiva o «actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos».

Por lo demás, además de excluir la aplicación en este caso de la regla sobre incumplimientos parciales que «se aproximen significativamente al cumplimiento total» del citado art. 37.2 LGS, como acabamos de comprobar que ya había hecho en casos precedentes de carencia de las autorizaciones administrativas preceptivas, debe destacarse que la STS de 16 de enero de 2015 nos ofrece *obiter dictum* un criterio de interpretación del supuesto de hecho de esta regla, cuando afirma que es un «factor pensado para aquellos otros que tienen componentes cuantitativos como las cifras de inversión, el número de puestos de trabajo y similares». Es decir, que la graduación del reintegro de la subvención proporcionalmente a la gravedad del incumplimiento procede cuando este se refiera a una obligación cuantitativa, determinada por relación a una magnitud numérica. Respecto de tales incumplimientos, en efecto, la jurisprudencia viene aceptando la gradación proporcional de la devolución salvo «que, por su significativa entidad, al exceder del 50 por ciento..., ha[ya] supuesto la desnaturalización de los objetivos económicos y sociales vinculados» a la subvención [STS de 22 de octubre de 2010, cas. n.º 5255/2007 (*Tol 1982881*)].

Sentencia 5810/2011, de 16 de enero de 2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Enero de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5810/2011 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del

Estado, contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2011 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 498/2010, sobre incentivos regionales; es parte recurrida «ARMADILLA, S.L.», representada por la Procurador D^a. María del Mar Montero de Cózar y Millet.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- «Armadilla, S.L.» interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 498/2010 contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 de noviembre de 2009, confirmada en reposición el 15 de junio de 2010, que en el expediente LE/435/P07 declaró que dicha empresa había incurrido en el incumplimiento total de las condiciones establecidas para el disfrute de incentivos regionales en la Zona de Promoción Económica de Castilla y León.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 23 de diciembre de 2010, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia «en la que se estime el presente recurso contencioso-administrativo a que se refieren las presentes actuaciones, declarando contrario a Derecho el acto recurrido y ordenando que quede sin efecto alguno; subsidiariamente al anterior, y en atención a las especialidades del caso y a que se ha cumplido sobradamente con las condiciones esenciales de creación y mantenimiento del nivel de empleo e inversión estipulados, se atempe-re como incumplimiento parcial lo acontecido y se modere la cantidad a reintegrar, declarando únicamente la obligación de reintegrar un 10% de lo impuesto en la resolución recurrida». Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 2 de febrero de 2011, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia «desestimando el recurso de referencia».

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 7 de febrero de 2011 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 29 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLAMOS: Que debemos estimar en parte y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Armadilla, S.L. con-

tra la Orden dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el día 15 de junio de 2.010, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual anulamos por no ser conforme a derecho en cuanto declara un incumplimiento del cien por cien, debiendo la actora reintegrar el veinte por ciento de la subvención litigiosa. Sin efectuar condena al pago de las costas.»

Quinto.- Con fecha 11 de enero de 2012 el Abogado del Estado interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 5810/2011 contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional: Único: por infracción de «los artículos 14.1.b) y 37 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS) y el artículo 37.6 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Incentivos Regionales, en la redacción dada por el Real Decreto 302/1993, de 26 de febrero, en relación a las sentencias de la Sala de 7 de diciembre de 2005 (recurso 282/2004), 11 de octubre de 2006 (recurso 10110/2003) y 5 de marzo de 2010 (recurso 335/2008)».

Sexto.- Por escrito de 9 de diciembre de 2013 «Armadilla, S.L.» se opuso al recurso y suplicó su desestimación íntegra con condena en costas.

Séptimo.- Por providencia de 10 de octubre de 2014 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 13 de enero de 2015, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 29 de septiembre de 2011, estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «Armadilla, S.L.» y anuló la decisión administrativa (Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 de noviembre de 2009) que había imputado a aquella empresa el incumplimiento total de las condiciones establecidas para el disfrute, por su parte, de

los incentivos regionales en la Zona de Promoción Económica de Castilla y León.

Como antecedentes relevantes para el litigio figuran en el expediente los dos siguientes:

A) Por Orden Ministerial de 25 de febrero de 2000 se concedió a «Armadilla, S.A.» una subvención a fondo perdido de 16.640.000 pesetas (100.008,41 euros), correspondientes al 13% de la inversión aprobada de 128.000.000 pesetas (769.295,49 euros), conforme a lo previsto en la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales, y al amparo del Real Decreto 570/1988, de 3 de junio, de delimitación de la zona de promoción económica de Castilla y León, para un proyecto consistente en la modernización de una industria dedicada a la extracción y elaboración de pizarra, en Benuza (León). Con fecha 3 de marzo de 2000 la Dirección General de Análisis y Programación Presupuestaria del Ministerio de Economía y Hacienda dictó resolución individual en la que, tras comunicarse la Orden anterior, se supeditaba el disfrute de los beneficios a su aceptación y posterior cumplimiento de todas las condiciones impuestas en la misma, fijándose como fecha de fin de vigencia del expediente el 3 de marzo de 2001. El 18 de abril de 2000 se presentó la aceptación de la concesión de incentivos.

B) Mediante resolución de 9 de julio de 2001, y conforme a una previa solicitud de la empresa, el Ministerio de Economía y Hacienda concedió la modificación de la inversión solicitada, así como la del plazo de cumplimiento, fijando como fecha de fin de vigencia del expediente el 3 de septiembre de 2001 «en el que deberán cumplirse y mantenerse todas y cada unas de las condiciones de esta resolución». La subvención a fondo perdido se elevó, en consonancia con el incremento de la inversión, a la cifra de 303.449,75 euros, cifra ulteriormente reducida a la de 269.534,04 euros. La modificación de condiciones fue aceptada por la empresa beneficiaria, a quien se autorizó asimismo el cambio de titularidad del expediente (a favor de «Armadilla, S.L.» en vez de «Armadilla, S.A.»). Fueron modificadas asimismo, a solicitud de la empresa, las cifras de empleo comprometidas.

Segundo.- La Administración resuelve, en la Orden impugnada ante la Sala de la Audiencia Nacional, que la empresa perceptora del incentivo había incumplido la condición relativa a la obtención de «la licencia de apertura y/o ambiental en su caso, para el ejercicio de la actividad de extracción y elaboración de pizarra que figura en el proyecto antes de la fecha de finalización del plazo de vigencia de la subvención». Dado que califica el incumplimiento de las condiciones como total, la subvención en principio concedida —que no consta llegara a ser de hecho percibida por la recurrente en la instancia— queda reducida, según los documentos que constan en el expediente administrativo, a cero euros.

La Sala de instancia, por su parte, consideró que, aun cuando efectivamente no se habían obtenido aquellas licencias, el incumplimiento de las condiciones no debía calificarse como total, de modo que la cuantía de la subvención exigible debía limitarse al ochenta por ciento del importe originalmente atribuido a la empresa beneficiaria. La cifra concreta del porcentaje de incumplimiento, afirmaba el tribunal de instancia, «resulta de la ponderación que ha de tener en el conjunto de las condiciones generales y particulares impuestas a la recurrente el incumplimiento de parte de una condición general, en este caso, la falta de obtención de las licencias analizadas».

Tercero.- Esta Sala ha fijado una doctrina, reiterada en las sentencias que invoca el Abogado del Estado en su motivo único de casación y en otras similares, sobre la obligación —y las consecuencias de su eventual incumplimiento— que adquieren los beneficiarios de subvenciones públicas destinadas a la realización de instalaciones o actividades industriales (o de otro tipo) en orden a obtener las preceptivas licencias o autorizaciones necesarias para su funcionamiento. Entre los condicionamientos a los que queda sujeta la percepción de la ayuda pública se encuentra el de obtener las autorizaciones administrativas necesarias para la instalación o ampliación de la industria o actividad subvencionada, cuyo incumplimiento determinará el reintegro de los incentivos.

Recordábamos en la reciente sentencia de 11 de noviembre de 2014 (recurso número 373/2013) algunos de los precedentes jurisprudenciales en los que habíamos considerado que la falta de las autorizaciones preceptivas legitima la declaración de incumplimiento de las condiciones exigibles para el disfrute de las ayudas públicas. Entre aquellos precedentes figura la sentencia de 11 de octubre de 2006 (una de las invocadas ahora por el Abogado del Estado) mediante la que rechazamos el recurso de casación número 10110/2003, interpuesto contra una sentencia de instancia que, a su vez, corroboraba la validez del acuerdo administrativo en que se exigía el reintegro de la subvención ante el incumplimiento de la condición consistente en obtener las preceptivas licencias de obra y de apertura para la instalación de la fábrica, dentro del período correspondiente.

Abordábamos en aquella sentencia, con cita de la también ahora alegada por el Abogado del Estado, de 7 de diciembre de 2005 (recurso de casación número 282/2004), las cuestiones relativas al incumplimiento de este género de condiciones, insertas normalmente como cláusulas generales del pliego. Afirmábamos que las empresas beneficiarias de los incentivos han de cumplir «las obligaciones exigibles conforme a la legislación vigente», entre las que se encuentra, cuando se trata de la construcción de una fábrica, la preceptiva de obtener las licencias de obra y apertura sin las cuales la actividad *de facto* realizada es ilegal.

Añadíamos que «[...] no se trata, en este caso, de una obligación meramente accesoria o secundaria, sino de una autorización esencial para comprobar que la actividad [...] se ajusta a los términos legalmente exigibles», premisa de la que deducíamos que la carencia de dicha autorización antes del fin del período de vigencia suponía un incumplimiento bastante para generar la obligación de reintegro. Y es que, en efecto, las autorizaciones municipales para la instalación de una fábrica en su territorio son inexcusables y su ausencia reviste una especial gravedad.

Y concluíamos con unas afirmaciones que también aplicábamos al recurso 373/2013: «Lo cier-

to es, pues, que ni la empresa actora obtuvo aquellas autorizaciones [...] ni, habiendo podido instar dentro del plazo de vigencia del expediente una ampliación del citado período con objeto de cumplir esta condición, tampoco lo hizo. Incurrió, por lo tanto, en un hecho consumado que (sin perjuicio de otro tipo de respuesta administrativa, por ejemplo de orden sancionador) no puede coonestarse con la percepción de fondos públicos gratuitos para el ejercicio de la actividad cuando ésta, en el momento exigido por la resolución que concedía el incentivo (y aun varios años después), no cuenta con las autorizaciones exigibles».

Cuarto.- La última de las sentencias cuya doctrina el Abogado del Estado considera infringida por la Sala de instancia es la de 5 de marzo de 2010 (recurso 335/2008) que reitera la doctrina antes resumida. Y añade, para hacer frente a las correlativas alegaciones de la sociedad demandante, las siguientes afirmaciones que son igualmente pertinentes para resolver el presente litigio:

«[...] En el recurso de reposición y en el presente recurso contencioso-administrativo la actora expresa que la no disposición de la licencia municipal de obras no le es imputable por estar pendiente la aprobación del Proyecto de Reparcelación, que el Ayuntamiento ha consentido la realización de las obras, y, por lo demás, aporta lo que identifica como la licencia de actividad de fecha 17 de febrero de 2003 y la autorización ambiental integrada obtenida el 16 de julio de 2007.

A pesar de la acreditación actual de la autorización ambiental integrada, es cierto que la recurrente no obtuvo dichas licencias y autorización antes de concluir el período de vigencia. Y, habiendo podido solicitar dentro del plazo de vigencia del expediente una ampliación del período con objeto de cumplir estas condiciones, no lo hizo. Tampoco planteó oportunamente la empresa actora los impedimentos urbanísticos que dificultaban la obtención de la correspondiente licencia municipal, como hemos expuesto tampoco interesó ampliación del período para obtener su cumplimiento, que, en fin, habría

puesto de manifiesto una actitud de colaboración y de buena fe en el intento de observar las condiciones exigidas. Antes bien, silencia tal impedimento que únicamente expone extemporáneamente, para justificar el incumplimiento advertido por la Administración e intenta la subsanación con unas solicitudes de licencia de obra presentadas posteriormente».

Quinto.- En el caso de autos la Administración entendió, según ya avanzamos, que se había incumplido la condición relativa a la disposición de «la licencia de apertura (y/o ambiental en su caso) para el ejercicio de la actividad de extracción y elaboración de pizarra que figura en el proyecto antes de la fecha de finalización del plazo de vigencia (condiciones 1.4 y 2.8)».

Frente a esta afirmación la sociedad recurrente sostuvo en la instancia una triple argumentación: a) que en el año 1972 había obtenido la licencia municipal de construcción de la nave industrial de la explotación y en el año 1973 la Sección de Minas de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria en León autorizó el proyecto de construcción de la citada nave y la puesta en servicio del taller para la elaboración de pizarra en la Cantera Armadilla; b) que había obtenido la licencia municipal por silencio administrativo tras haberla solicitado en el año 2002; y c) que ulteriormente, en el año 2006, había instado asimismo la licencia ambiental para adaptarse a la entrada en vigor de la Ley Autonómica 11/2003 de 8 de abril de Prevención Ambiental.

El tribunal de instancia rechazó en unos términos que consideramos adecuados las tres líneas argumentales.

A) En cuanto a la primitiva licencia de 1972, dado que la subvención objeto de litigio —concedida por Orden Ministerial de 25 de febrero de 2000— tenía por objeto una ampliación de la actividad industrial ya existente, lógicamente la ampliación no podía estar cubierta por la licencia originaria de 1972. Esta última tenía por objeto la autorización para realizar una determinadas obras y actividad que, como es obvio, diferían de las que se iban a realizar casi treinta años después, precisamente aquellas para cuya reali-

zación se solicita y se obtiene el incentivo objeto de litigio en el año 2000.

B) En cuanto al supuesto otorgamiento de la licencia municipal por silencio administrativo tras la solicitud formulada por «Armadilla, S.L.» el día 6 de marzo de 2002, la Sala de instancia afirmó que «la alegación relativa a la concesión de las licencias por silencio administrativo no puede prosperar: es un hecho probado que el día 3 de septiembre de 2001 no tenía licencia de apertura ni licencia ambiental». Y añadió que «tampoco la petición de la licencia municipal de 6 de marzo de 2002, referida a la ampliación al proyecto de explotación de la concesión derivada de la explotación Armadilla nº 14194, podía tener efectos en relación con la legalidad de la actividad subvencionada pues resulta evidente que es de fecha posterior a la de vigencia de la subvención y además nunca se llegó a conceder».

C) La Sala de instancia rechazó asimismo que fuera relevante la solicitud de 27 de diciembre de 2006 mediante la que «Armadilla, S.L.» interesaba la licencia ambiental para adaptarse a la entrada en vigor de la Ley Autonómica 11/2003. Frente al argumento de la demandante (en el que apelaba al régimen transitorio de dicha Ley, que permitía la continuidad de la actividad hasta la resolución del expediente si ésta no se adopta en plazo), el tribunal afirmó lo siguiente:

«Tampoco puede prosperar este argumento porque, en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas no se puede aplicar la doctrina de silencio positivo establecido en interpretación de la modificación de la Ley 30/1992 realizada por la Ley 4/1999. Ello es así, en primer lugar, porque ese tipo de actividades en ese momento se encontraban reguladas por el Decreto 2414/1961, Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas o Peligrosas. [...] En cuanto a la alegación relativa a la legalización de la actividad a través de la solicitud de la licencia ambiental al amparo de la Disposición Transitoria de la Ley Autonómica de Prevención Ambiental, no puede prosperar porque tal solicitud se hizo en el año 2006 y la aplicación transitoria de la Ley sólo puede suponer el mantenimiento de las circunstancias de hecho y de derecho existentes

en el momento de la solicitud, sin que una simple petición de licencia pueda suponer la subsanación de la falta de licencia anterior bajo el régimen jurídico previo a la nueva Ley. [...] Por aplicación de estas normas resulta, en consecuencia, que la aplicación del régimen transitorio supone que hasta la resolución de la petición de la licencia el solicitante y la actividad que realiza quedan en la situación que tenía hasta ese momento, en este caso sin la cobertura de la preceptiva licencia».

Sexto.- Pese a estas acertadas consideraciones, en las que corroboraba el incumplimiento de la obligación de «Armadilla, S.L.» de contar con las licencias antes referidas en el momento debido, el tribunal de instancia estimó que las consecuencias de dicho incumplimiento debían atemperarse no calificándolo como total sino como parcial, lo que le condujo a reducir el importe del reintegro (en realidad, de la no entrega) de la subvención a sólo un veinte por ciento de la correspondiente a la empresa beneficiaria.

Esta Sala, sin embargo, no comparte la conclusión de la instancia sobre la calificación del incumplimiento y sus correlativas consecuencias. Debemos mantener, en los términos rigurosos con que lo venimos haciendo, que la entrega de fondos públicos para el ejercicio de una actividad industrial (en este caso, la extracción y elaboración de pizarra) sometida a las preceptivas autorizaciones administrativas, exige que el desarrollo de aquella actividad se haga en términos respetuosos con las normas, y no en la ilegalidad al margen de aquéllas. Si, como aquí sucedía, en el momento exigido por la resolución que concedía el incentivo (y aun varios años después), la sociedad beneficiaria de la subvención no contaba con las licencias exigibles —y ella misma era consciente de su deber de obtenerlas, como demuestra su conducta ulterior— no podía legítimamente beneficiarse a título gratuito de los fondos públicos que se le habían entregado.

La cifra concreta del porcentaje de incumplimiento, afirmaba el tribunal de instancia, «resulta de la ponderación que ha de tener en el conjunto de las condiciones generales y particulares impuestas a la recurrente el incumplimiento de parte de una condición general, en este caso, la

falta de obtención de las licencias analizadas». Pero ya hemos concluido con reiteración que no cabe calificar de meramente parcial el incumplimiento de unas de las condiciones capitales en casos como el de autos, cual es la de obtener las preceptivas autorizaciones para la construcción de las instalaciones industriales que se benefician de fondos públicos y para el ejercicio de su actividad.

Las circunstancias de este supuesto son —pese a las alegaciones que la recurrida vierte en su escrito de oposición al recurso del Abogado del Estado— muy similares a las de los analizados en las sentencias de esta Sala que ya hemos reseñado. Lo es también el intento de trasladar a la Administración territorial la «culpa» de no conceder las autorizaciones preceptivas, como si tal circunstancia justificase sin más que la empresa beneficiaria se creyera legitimada para prescindir unilateralmente de la condición que le había sido impuesta. Dentro de su política empresarial podrá continuar con la actividad industrial levantando las nuevas instalaciones o incrementando su actividad sin la necesaria autorización pero, si opta por esa medida, debe renunciar a los fondos públicos que se le entregan sujetos a aquel condicionamiento o, al menos, interesar una ampliación del plazo para acreditar que cuenta con los permisos preceptivos. Así lo exponíamos en la sentencia de 5 de marzo de 2010, parcialmente transcrita en el fundamento jurídico tercero de ésta, rechazando las alegaciones de la empresa beneficiaria que, como en el presente supuesto, alegaba que la falta de la licencia municipal se debía al retraso en la aprobación del planeamiento urbanístico y aportaba una tardía autorización (en el caso que nos ocupa «Armadilla, S.A.» obtuvo la licencia ambiental y de obra en suelo rústico el 23 de julio de 2012, más de una década después de la fecha de relevante para la subvención que le fue concedida en el año 2000).

Séptimo.- La interpretación del artículo 37 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que propugna el Abogado del Estado para destacar su correlativa infracción por el tribunal de instancia, se ajusta a la jurisprudencia

de esta Sala. En efecto, es causa de reintegro —o de la no entrega del incentivo— el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios de la ayuda pública, así como de los compromisos por éstos asumidos con motivo de la concesión de la subvención, «siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención» (apartado 1, letra f).

Entre estos condicionamientos se encuentra, con carácter principal, el de que, cuando sea preceptivo, lo que en este caso no se discute, el proyecto industrial cuente, en los momentos exigidos por la resolución de otorgamiento (esto es, antes del fin del plazo de vigencia), con las correspondientes autorizaciones. La falta de éstas no puede encuadrarse en los supuestos de incumplimientos parciales que «se aproximen significativamente al cumplimiento total», a los que se refiere el artículo 37, apartado 2, del la Ley 38/2003, factor pensado para aquellos otros que tienen componentes cuantitativos como las cifras de inversión, el número de puestos de trabajo y similares. En esta misma medida, no le son aplicables los criterios de graduación proporcional de los posibles incumplimientos parciales a los que apela «Armadilla, S.L.» (en su escrito de oposición al recurso del Abogado del Estado) con cita del artículo 17.3.n) de la Ley 38/2003 o del artículo 37 del Reglamento de Desarrollo de la Ley de Incentivos Regionales, aprobado por el Real Decreto 302/1993.

En fin, el hecho de que el Abogado del Estado se haya abstenido, según la defensa de «Armadilla, S.L.», de recurrir otras sentencias de la misma Sala de la Audiencia Nacional, dictadas en los años 2012 y 2103, de contenido análogo al de autos en nada obsta a cuanto queda dicho. Por un lado, conforme ella misma reconoce, el importe de las subvenciones debatidas en los tres recursos que cita no permitía, vista la fecha de los fallos, el acceso a la casación (era inferior a la cantidad mínima de seiscientos mil euros) a tenor de la reforma del artículo 86 de la Ley Jurisdiccional introducida por la Ley 37/2011. Y, en todo

caso, no se trata aquí de enjuiciar la actuación de la Abogacía del Estado sino la de la Sala de instancia al dictar sentencia, a fin de resolver si en ella se han vulnerado, o no, las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como quiera que ha sido interpuesto por persona legitimada para ello y el fallo contra el que se dirige incurre en la indebida aplicación de las referidas normas y de la jurisprudencia, el recurso del Abogado del Estado ha de prosperar.

Octavo.- Procede, pues, tras la casación de la sentencia de instancia que deriva del acogimiento del motivo de casación único deducido por el Abogado del Estado, la desestimación del recurso en la instancia. En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, cada parte satisfará las costas de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las costas de la instancia, al no concurrir temeridad o mala fe.

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

FALLO:

Primero.- Estimar el recurso de casación número 5810/2011 interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2011 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional en el recurso número 498 de 2010, que casamos.

Segundo.- Desestimar el citado recurso contencioso-administrativo número 498/2010 interpuesto por «Armadilla, S.L.» contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 de noviembre de 2009, confirmada en reposición el 15 de junio de 2010, que en el expediente LE/435/P07 declaró que dicha empresa había incurrido en el incumplimiento total de las condiciones establecidas para el disfrute de los incentivos regionales en la Zona de Promoción Económica de Castilla y León.

Tercero.- No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronuncia-

mos, mandamos y firmamos: Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- Jose Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- María Isabel Perelló Domenech.- Rubricados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha

sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

SOCIAL

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Estudio general

(Tol 4673783)

Cabecera: Conflicto colectivo. Convenio Colectivo de la empresa Atención y Servicios SL (ATESE). Fin de la Ultraactividad. Inexistencia de convenio de ámbito superior. Determinación de si procede que la empresa abone la nómina de julio (mes en que el convenio expiraba en su vigencia en ultraactividad en aplicación del artículo 86.3 ET), en dos partes, aplicando hasta el 7 de julio de 2013 las condiciones salariales del convenio y a partir del 8 de julio de 2013 las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores. Los derechos y obligaciones de los trabajadores son aquellos por los que se rigió su contratación, plasmados en el contrato de trabajo bien de forma expresa, bien por remisión al Convenio Colectivo de aplicación. Votos Particulares.

Jurisdicción: Social

Ponente: Rosa María Violes Piñol

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 22/12/2014

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Número Recurso: 264/2014

1. EL CONFLICTO PLANTEADO

Se trata de una Sentencia dictada en un recurso de casación frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 20 de diciembre de 2013, Rec. 11/2013, que declara *«no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio de 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del convenio colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado convenio colectivo»*.

Se argumentaba, como había hecho anteriormente la STSJ del País Vasco de 19 de noviembre de 2013, Rec. 37/2013, que *«la modificación del Art. 86.3 ET no pretende la supresión de la negociación colectiva sino su uso para la adaptación a las nuevas circunstancias, lo que implica que el legislador no ha querido llenar los vacíos generales tras la pérdida de vigencia de los con-*

venios con la normativa básica, por lo que la solución que debe prevalecer es la cobertura de las condiciones laborales mantenidas entre los trabajadores y las empresas afectadas, salvo en las materias que sean objeto de regulación por el convenio colectivo de ámbito superior y en tanto se suscriba por las partes un nuevo convenio, mediante la aplicación transitoria del convenio que perdió su vigencia». Obsérvese que en ningún momento se habla en estas Sentencias de una «contractualización» de las condiciones convencionales posterior al fin de la ultraactividad del convenio.

No consta, desde luego, la existencia de un convenio colectivo de ámbito superior aplicable, pareciendo darse como «probado» en la sentencia del Tribunal Supremo su inexistencia.

Y son hechos relevantes declarados probados los dos siguientes:

1º) En fecha 5 de noviembre de 2012, la empresa había denunciado la aplicación del convenio colectivo de empresa.

2º) Y, en fecha 17 de noviembre de 2013, se había constituido la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar el nuevo convenio, perdiendo su vigencia el convenio colectivo denunciado el 8 de junio de 2013, por haber transcurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012.

2. LA NORMATIVA APLICABLE

La Ley 3/2012 modificó el Art. 86.3 ET, relativo a la ultraactividad normativa de los convenios colectivos, estableciendo que si, *«trascurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».*

Así pues, cuando el convenio colectivo deja de mantener su vigencia en ultraactividad, se plantea la cuestión de determinar cuál deba ser la regulación en el caso de no existir un convenio colectivo de ámbito superior aplicable, cuestión sobre la que ciertamente guarda silencio el nuevo precepto legal, situación de anomia convencional que parece debería cubrirse, en la intención del legislador, por la legislación laboral general.

3. LAS CRÍTICAS AL NUEVO ART. 86.3 ET

Las críticas al nuevo Art. 86.3 ET han sido ciertamente generalizadas en la doctrina, por considerar el enorme «salto regulador» que para los trabaja-

dores, e incluso para la propia empresa, significa pasar de un día para otro de aplicar las condiciones superiores de un convenio colectivo a las naturalmente inferiores de la legislación laboral general en todos sus aspectos, no solamente los salariales. Piénsese en este último sentido en el absurdo de poder aplicar a todos los trabajadores de la empresa el salario mínimo interprofesional con independencia del grupo profesional por el que se les contrató o de las funciones que efectivamente realicen.

Ahora bien, si estas críticas han llevado a un sector de la doctrina a «*aceptar críticamente*» la aparente solución legal, esto es, la aplicación de la legislación laboral general ante la pérdida de vigencia de las anteriores condiciones convencionales, como en los casos en los que nunca hubo convenio colectivo aplicable (doctrina calificada en la STS de «*rupturista*»), otro sector de la doctrina (calificado en la STS de «*conservacionista*»), con distintas argumentaciones, ha venido a defender el mantenimiento aplicativo tras el fin de la ultraactividad normativa del convenio de sus condiciones convencionales, hablando de «*contractualización*» transitoria de las mismas en tanto no se negocie un nuevo convenio colectivo; y ello por formar parte las condiciones convencionales anteriores del «*senalagma contractual establecido entre las partes*».

4. EL FALLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En el fallo, la Sentencia desestima el recurso de casación formulado por la empresa contra la STSJ de las Islas Baleares, confirmando la Sentencia recurrida, si bien con unos fundamentos jurídicos distintos, sin que se condene a la empresa al pago de las costas.

El fallo ha sido apoyado por la decisión mayoritaria de seis Magistrados de la Sala y por los votos particulares concurrentes con distintas argumentaciones de otros dos Magistrados, siendo otros seis Magistrados los que discrepan del fallo en dos votos particulares distintos.

Es oportuno señalar que las argumentaciones de los seis Magistrados han sido cuestionadas, no solamente por los seis magistrados con voto particular discrepante, sino también por los dos Magistrados con votos particulares concurrentes, siendo, pues, minoritaria en la Sala la «*tesis de la contractualización*» de las condiciones convencionales anteriores (ver infra).

5. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DECISIÓN MAYORITARIA DE LA SALA

La decisión mayoritaria de la Sala viene a entender que la *«tesis jurídicamente correcta»* es la *«tesis conservacionista»* mantenida por la doctrina, debiendo mantenerse las condiciones convencionales anteriores a partir de la pérdida de vigencia del convenio colectivo *«puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido por las partes»*.

Y ello en base a los siguientes argumentos:

1º Porque la *«tesis rupturista»* podría producir en el contrato de trabajo un desequilibrio sustancial en las prestaciones y contraprestaciones de las partes, pudiendo dejarlo *«sin los requisitos esenciales para su validez (el objeto y la causa del contrato)»*.

2º Porque hay normas estatales total o parcialmente deslegalizadas que se remiten para su regulación a los convenios colectivos. Tal sucede, por ejemplo, con las referidas a la clasificación profesional (Art. 22 ET), al régimen disciplinario (Art. 54 ET), a la duración de la jornada laboral (Art. 34 ET) o a los salarios (Art. 26 ET). Con lo que, o no se podría actuar (caso del régimen disciplinario) o habría que volver a los mínimos legales (caso del salario mínimo interprofesional).

3º Porque los derechos y obligaciones de las partes establecidos por las leyes y convenios colectivos forman parte del contrato de trabajo y no cabe incurrir en el *«equivoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así. Se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en lo que establece el Art. 9.1 ET («si algunas de las condiciones contractuales no respetaran las normas estatales y convencionales se entenderán nulas de pleno derecho y sustituidas por los preceptos legales y convencionales adecuados»)»*. Las normas legales y convencionales cumplirían así —se dice en la Sentencia— un simple *«papel nomofiláctico»* respecto de las cláusulas contractuales, esto es, nutren de contenido el contrato de trabajo.

La conclusión a la que llega la decisión mayoritaria de la Sentencia es la de que *«cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque —como se ha dicho algunas veces— las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente»*.

Así pues, «esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas en su caso por la vía del Art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal, pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido».

6. LAS CRÍTICAS A LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES CONVENCIONALES

La contractualización por vía judicial de las condiciones convencionales del anterior convenio colectivo estatutario de alguna manera vendría a suponer su conversión judicial en un convenio colectivo extraestatutario de eficacia contractual y, sobre todo, una «reconstrucción *sui generis*» del Sistema de Fuentes de la relación laboral establecido en el Art. 3 del ET y la quiebra de la pacífica doctrina (científica y judicial) acerca de la eficacia vinculante de los convenios colectivos, atribuyendo a los derechos nacidos de un convenio colectivo normativo el carácter de «derechos adquiridos» por el trabajador frente a la tesis de considerar que éstos solamente pueden nacer de un contrato y que los derechos nacidos de una norma (legal, convencional o reglamentaria) «nacen viven y mueren con la norma», con lo que quiebra igualmente la paralela doctrina de la «condición más beneficiosa de origen contractual» que exigen para la contractualización la concurrente voluntad de las partes (por todas, STS de 24 de septiembre de 2004, Rec. 1197/2003), así como la afectación a la configuración legal de la «indisponibilidad de los derechos laborales» del Art. 3.5 ET, conduciendo en definitiva al absurdo de que un mismo precepto legal (el Art. 86.3 ET) establece, de un lado, la extinción de las condiciones convencionales anteriores en el caso de existir un convenio colectivo de ámbito superior y la contractualización de las mismas condiciones para el caso de inexistencia de convenios colectivos de ámbito superior.

A partir de este «replanteamiento judicial creativo» del Sistema de Fuentes de la relación laboral realizado por la Sentencia, los problemas interpretativos se multiplican. Así, entre otras:

- a. ¿Cómo jugarían las nuevas condiciones contractuales respecto de la ley a partir de la pérdida de la ultraactividad del convenio? ¿Seguirían aplicándose las condiciones convencionales llamadas por la ley en las materias deslegalizadas o dispositivas?

- b. ¿Qué diferencias habría entre los convenios colectivos estatutarios y los extraestatutarios a partir de la contractualización de las condiciones establecidas por los primeros?
- c. ¿Podrían ser modificadas estas condiciones convencionales «contractualizadas» tras la pérdida de vigencia ultraactiva del convenio por un convenio colectivo posterior o deberían modificarse necesariamente por la vía contractual. El mutuo acuerdo de las partes y el procedimiento de modificación sustancial del Art. 41 del ET?
- d. Amén de la «*victoria pírrica*» que supone la conversión en contractuales de las anteriores condiciones convencionales, por cuanto, de un lado, como admite expresamente la sentencia, tales condiciones contractualizadas podrán ser modificadas por la vía del Art. 41 ET, notablemente «*descausalizado*» a partir de la Ley 3/2012 y, de otra parte, su limitación a los trabajadores que en el momento de la pérdida de ultraactividad del convenio se les aplicara éste, sin que pueda extenderse su contractualización a los trabajadores de nuevo ingreso.

7. OTRAS POSIBILIDADES ALTERNATIVAS DE FUNDAMENTACIÓN

El voto particular concurrente del Sr. De Castro Fernández utiliza una argumentación diferente de la mayoritaria, a mi juicio, de una mayor solidez y seguridad, al menos desde la perspectiva del mantenimiento de la dogmática jurídica sobre el Sistema de Fuentes de la relación laboral, si bien, al admitir finalmente la «*contractualización*» de las condiciones convencionales anteriores, no puede extender su mantenimiento a los nuevos trabajadores, evitando al mismo tiempo su eventual modificación por la vía del Art. 41 ET.

En efecto, tras aceptar las dificultades prácticas de la «*tesis rupturista*», sin lugar a duda existentes, y señalar los inconvenientes de la «*posición contractualista*», viene a defender que cabría la solución interpretativa de mantener razonablemente la retribución convencional anteriormente percibida con base en el «*desequilibrio de las prestaciones*» que su desaparición produciría, con el consiguiente atentado al «*principio de la buena fe contractual*» reconocido en el Art. 7 del Código Civil con el carácter de «*norma cuasiconstitucional*».

El propio voto particular discrepante del Sr. Sempere (al que se adhrieron cuatro Magistrados más) alude a «*las posibles causas a cuyo través podría controlarse la validez de la conducta empresarial*»: la dignidad del

trabajador, el enriquecimiento injusto o el abuso de derecho, la buena fe contractual, la irregresividad retributiva con base en normas comunitarias o internacionales o la promoción del propio derecho de negociación colectiva.

Yo no sé si, planteada una cuestión de constitucionalidad sobre la última parte del Art. 86.3 ET, esto es, sobre «*lo que no dice el precepto*» (esto es, la aplicación supletoria de la legislación laboral general en el caso de no existir un convenio colectivo de ámbito superior aplicable), considerando que realmente no existe propiamente una «*laguna legal*» sobre el tema sino una «*afirmación legal implícita*» de aplicar la legislación laboral general, y sobre la base argumental de que algunos preceptos constitucionales han sido conculcados, la cuestión prosperaría o no. Probablemente no, a la vista de las argumentaciones con que las últimas Sentencias del Tribunal Constitucional aceptan la constitucionalidad de ciertos aspectos de la negociación colectiva de la Ley 3/2012, partiendo de una interpretación del Art. 37.1 CE reconecedor de un simple derecho de negociación colectiva sin otro contenido esencial que impedir que una ley la haga desaparecer pero sin aceptar un derecho a la promoción de la misma que es justamente el que pondría en cuestión el Art. 86.3 del ET para el caso de no existir convenio colectivo de ámbito superior aplicable (SSTC de 16 de julio de 2014 y de 22 de enero de 2015). Pero de lo que sí estoy seguro es de que éste era el camino más coherente a partir de la argumentación del voto particular concurrente y no el de suscribir la «*contractualización*» de las condiciones convencionales anteriores después de criticarla.

8. COROLARIO FINAL

Como corolario final de este breve comentario jurisprudencial señalaría lo siguiente:

1º) La importancia indudable de que la totalidad de los catorce Magistrados de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo —no solamente los seis más dos que suscriben el fallo, aun con distintas argumentaciones como vimos, sino también los seis restantes, con votos particulares discrepantes— con mayor o menor «*ímpetu*», se manifiestan críticos con lo dispuesto en el Art. 86.3 ET resultante de la Ley 3/2012, reconociendo cuando menos los inconvenientes jurídicos y prácticos que plantea su aplicación. Tome, pues, cumplida nota el Gobierno a los efectos de su modificación.

2º) Que, a estos efectos, la «*contractualización postultraactiva*» de las condiciones convencionales anteriores cabe desde luego establecerla por ley y

así se ha hecho en Francia, Dinamarca o Bélgica, siendo más que discutible por el contrario su introducción por la vía de una «*jurisprudencia creativa*».

3º) Que, ello no obstante, existen soluciones probablemente más seguras y menos complicadas y efectivas desde la perspectiva de las fuentes de la relación laboral, como sería la ya ensayada en España con motivo del «*Acuerdo de Cobertura de Vacíos*» que sustituyó a las viejas Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales, manteniendo razonablemente en este sentido la ultraactividad «*sine die*» de cuatro importantes materias del anterior convenio colectivo: dos, a favor de la empresa (la clasificación profesional y el régimen disciplinario) y dos a favor de los trabajadores (el salario y la jornada laboral).

4º) Que, mientras esta modificación legal se produce, sería deseable que, bien a través del próximo Acuerdo Nacional sobre Negociación Colectiva, atribuyéndole (¿por qué no?) una eficacia jurídica vinculante, bien en aplicación individual del propio Art. 86.3 ET, se pactarán soluciones razonables en cuanto a la ultraactividad normativa de los convenios colectivos sin tener que llegar a la ciertamente aberrante aplicación de la «*parte silenciosa*» del Art. 86.3 ET, esto es, la aplicación de la legislación laboral general.

Sentencia 264/2014, de 22 dediciembre de 2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado D. Miguel Perello Cuart, en nombre y representación de ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 20 de diciembre de 2013, Procedimiento

11/2013, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares contra la entidad Atención y Servicios, S.L. (Atese), Unión General de Trabajadores (UGT), Central Sindical Independiente de Funcionarios (Csi-Csif) y Comisiones Obreras de las Islas Baleares (CC.OO.), sobre demanda en materia de conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Carles Juanes Sitjar en nombre y representación de Unión Sindical Obrera de las

Islas Baleares. Y la Letrada D^a Livia Martorell Perogordo en nombre y representación de la Unión General de Trabajadores.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación del sindicato Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares se presentó demanda de Conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia «con estimación de la demanda, se declare nula de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho la modificación efectuada a los trabajadores el pasado 2 de agosto de 2013, debiendo reponer a los actores a las condiciones laborales que disfrutaban con anterioridad a dicha modificación.».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 20 de diciembre de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en la que consta el siguiente fallo: «Que estimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), debemos declarar y declaramos no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo.».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «**Primero.-** En fecha 5 de noviembre de 2012, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE) denuncia la aplicación del convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, que había sido publicado en el BOCAIB de 3 de junio de 1999, nº 70; **Segundo.-** En fecha 17 de noviembre de 2013 se constituye la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el convenio colectivo denunciado el 8 de junio de 2013, por haber transcurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio; **Tercero.-** Que al abonarse la nómina de julio 2013, la empresa procedió a dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa; **Cuarto.-** Que en

fecha 4 de septiembre de 2013 se celebró el acto de conciliación ante el TAMIB.».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de ATENCIÓN Y SERVICIOS, S.L., siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas UNIÓN SINDICAL OBRERA DE LAS ISLAS BALEARES y por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar PROCEDENTE el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, y estimando la Sala que dadas las características de la cuestión jurídica planteada y de su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, suspendiendo el señalamiento del día 3 de diciembre y trasladando la votación y fallo para el día 17 de diciembre de 2014, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Formulación de la demanda.-

Se presentó demanda de conflicto colectivo por la Unión Sindical Obrera de les Illes Balears, contra la empresa Atención y Servicios SL (ATESE), siendo llamados CSI-CSIF, CCOO y UGT, en la que solicitaba que «se declare nula de pleno derecho, injustificada y no ajustada a derecho» (sic) la modificación efectuada el 02-08-2013 por la empresa, refiriéndose al pago de la nómina de julio.

La cuestión a resolver se centra en determinar si el Convenio colectivo de aplicación denunciado el 5 de noviembre de 2010 continúa en ultraactividad superado el 8 de julio de 2013, es decir, cumplido el año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, como defiende la parte actora, alegando que el artículo 86.3 del ET regula un régimen de ultraactividad limitada sólo en defecto de pacto, entendiendo la parte actora que existe dicho pacto, por lo que no sería de aplicación la DT 4ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio.

SEGUNDO.- Sentencia recurrida.-

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó sentencia en fecha 20 de diciembre de 2013 (procedimiento 11/2013), en la que estima la demanda partiendo de que la empresa lo que

hace el 02-08-2013 es abonar la nómina del mes de julio en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa y del 8 al 31 de julio conforme a las condiciones de Estatuto de los Trabajadores, y ello al haber denunciado la empresa la vigencia del convenio colectivo, haber perdido éste vigencia el 08-07-2013 como consecuencia de haber transcurrido el año de ultraactividad al que refiere el art. 86.3 ET y DT 4ª Ley 3/2012, de 6 de julio, no haberse negociado nuevo convenio y no existir convenio colectivo de ámbito superior. Entiende la Sala que tal comportamiento de la empresa no es admisible en aplicación de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de noviembre de 2013 (Rec. 2065/2013), que determina que mientras no se negocie un convenio nuevo deben mantenerse las condiciones salariales pactadas.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, estima la demanda de conflicto colectivo y declara en la parte dispositiva de la sentencia, *«no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo»*.

TERCERO.- Recurso de Casación.-

1.- Recurre en casación la empresa Atención y Servicios SL (ATESE), planteando dos motivos del recurso en los términos que se dirá, solicitando que se case y anule la sentencia desestimando la demanda.

USO y UGT se oponen al recurso en sus escritos de impugnación.

El Ministerio Fiscal interesa se estime el recurso, por entender que la nueva regulación del art. 86.3 ET no atenta contra el derecho constitucional a la negociación colectiva, por lo que de las dos posturas que podrían mantenerse en la interpretación del precepto (que las condiciones

laborales tienen que ser las del convenio derogado como mejora voluntaria o aplicación del ET y SMI), el determinarse las condiciones laborales por la legislación vigente es perfectamente válido, por lo que es igualmente acorde a derecho la decisión de la empresa de abonar la nómina en la forma en que lo hizo.

2.- Razonamientos respecto al motivo primero de recurso

(Revisión de los hechos declarados probados).-

A.- Al amparo del art. 207 d) LRJS, por «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos con otros elementos probatorios».

Pretende el recurrente que se revisen los hechos probados primero y segundo y las apreciaciones fácticas de los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia, para hacer constar que la denuncia del convenio fue el 05-11-2010, la mesa negociadora se constituyó el 17-11-2010, y el convenio perdió su vigencia tras transcurrir el año de ultraactividad previsto en la Ley 3/2012, de 6 de julio el 08-07-2013, pretensión revisora a la que se opone Unión Sindical Obrera de las Islas Baleares, y a la que acceden UGT y el Ministerio Fiscal.

Propone el Sindicato recurrente para dichos hechos probados la siguiente redacción:

«PRIMERO.- En fecha 5 de noviembre de 2010, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS SL (ATESE) denuncia la aplicación del convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, que había sido publicado en el BOCAIB de 3 de junio de 1999, nº 70».

«SEGUNDO.- En fecha 17 de noviembre de 2010 se constituye la mesa negociadora del convenio, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el convenio colectivo denunciado el 8 de julio de 2013, por haber transcurrido el año de caducidad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio».

La modificación de las afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto que interesa, se contrae a que se cons-

taten correctamente las fechas de denuncia del convenio (5 de noviembre de 2010), y la pérdida de vigencia (8 de julio de 2013).

B.- Como recuerda la doctrina de esta Sala IV/TS, entre otras, en sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Rc. 75/2012), el artículo 207.d) de la aplicable Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) establece que « *el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos:...* d) *Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios* », y en interpretación del apartado d) del artículo 205 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, del mismo tenor literal, que su precedente de la LRJS, reiteradísima jurisprudencia de esta Sala —y valga por todas la sentencia de 1 de julio de 2010 (recurso casación 91/2009)— ha venido exigiendo para que el motivo alcanzare éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental (...) obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia».

Apreciándose en el presente caso un error material de transcripción en cuanto a las fechas de denuncia del convenio colectivo, fecha de la constitución de la comisión negociadora, así como en la fechas de pérdida de vigencia, se acepta la modificación en cuanto a estos extremos concretos, al deducirse claramente de los documentos que se invocan.

3.- Razonamientos respecto al motivo segundo de recurso

(Infracción de normas jurídicas).-

A.- Planteamiento del motivo de recurso:

Al amparo del art. 207 e) LRJS, por infracción del art. 86.3 párrafo 4º ET en redacción dada por Ley

3/2012, y DT 4ª Ley 3/2012, por entender que puesto que la empresa denunció el convenio en el que no se contenía previsión alguna de ultraactividad, finalizando su vigencia en aplicación de la DT 4ª Ley 3/2012, el 08-07-2013, sin que exista convenio colectivo de ámbito superior, las condiciones de dicho convenio colectivo no pueden seguir aplicándose como si de un derecho adquirido se tratara, sin que sea de aplicación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26-11-2013 en que fundamenta su decisión la sentencia ahora recurrida, pues en la misma la cuestión es distinta y relativa a si es ajustada a derecho la aplicación de un convenio colectivo de empresa, regulándose en el mismo la aplicación de dicho convenio hasta que se firme otro nuevo.

Añade que la intención de la reforma es evitar la «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador, pudiéndose haber pactado un régimen de ultraactividad del convenio diferente al legalmente establecido con la reforma.

B.- El artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores dispone que:

«3. *La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.*

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de

manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular, para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora, el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

Por otro lado, la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio (en vigor desde el siguiente día 8 de julio), dispone que:

«En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor».

Por razones de temporalidad nos encontramos en el supuesto previsto en la norma.

Para un mejor entendimiento de la cuestión planteada, se hace necesario precisar los hechos que se constatan acreditados: a) En fecha 5 de noviembre de 2010, la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS SL (ATESE) denunció la vigencia del convenio colectivo de dicha empresa, que afecta al del personal laboral de ATESE que presta sus servicios en Mallorca, Menorca e Ibiza, y que había sido publicado en el IBOCAIB de 3 de junio de 1999, nº 70, en el que se pactó inicial-

mente una duración de tres años, hasta el 31 de diciembre de 2001 (art. 4); b) consta que el 17 de noviembre de 2010 se constituyó la mesa negociadora del convenio; c) en su art. 5 se señala que se prorrogará tácitamente año tras año, salvo que se produzca una denuncia expresa por cualquiera de las partes afectadas por el mismo, con un plazo de antelación de un mes respecto de la fecha de terminación de su vigencia o cualquiera de sus prórrogas; d) que la empresa demandada entendiendo que ha perdido vigencia el convenio de empresa en fecha 8 de julio de 2013, al haber transcurrido el año de ultraactividad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio, y no existiendo un convenio colectivo de ámbito superior, ha procedido a abonar la nómina de julio de 2013 (mes en el que el convenio expiraba en su vigencia de la ultraactividad en aplicación del art. 86.3 ET) de sus trabajadores en la forma expresada, es decir, « en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, al no existir convenio colectivo de ámbito superior al de empresa» (hecho probado 3º).

Por ello se postula en la litis que se condene a la demandada a que respete las condiciones que los trabajadores venían disfrutando, al considerar que son las pactadas en el contrato de trabajo, y han pasado a formar parte del acervo patrimonial, mientras dure la relación laboral, a lo que accedió la Sala de instancia y se opone la empresa en casación.

2.- Razonamiento sobre la desestimación del segundo motivo de recurso.-

A.- La reforma laboral de 2012, operada por Ley 3/2012, de 6 de julio, que sustituyó al RD-ley 3/2012, y con alguna modificación introducida por RD-ley 20/2012, de 13 de julio, modificó el artículo 86.3 del ET introduciendo un párrafo final con el siguiente tenor literal: *«Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo*

hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

Teniendo en cuenta el contenido de la DT 4ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio (en vigor desde el siguiente día 8 de julio) —antes transcrita— no cabe duda de su aplicabilidad al presente caso. El nuevo texto plantea algunas dudas interpretativas, esencialmente dos:

La primera es qué deba entenderse por convenio colectivo de ámbito superior, habida cuenta de que dicho ámbito puede referirse —dejando aparte el ámbito personal y el temporal, a los que también se refiere el artículo 85.3 del ET— bien el ámbito territorial o bien el ámbito funcional. O si se pueden combinar los dos ámbitos para determinar el convenio aplicable. O, si no, cual de ellos debe prevalecer. O si, habiendo varios convenios de ámbito superior —por ejemplo, dos convenios sectoriales, uno provincial y otro estatal, ambos superiores al de empresa que ha perdido su vigencia— debe escogerse como aplicable para sustituirlo el inmediatamente superior o el «de ámbito más superior de todos». Y todo ello, partiendo de la base de que, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, todos los convenios tienen el mismo rango, independientemente de sus respectivos ámbitos más o menos extensos. Las preguntas se podrían multiplicar pero no procede porque, en el caso que se nos plantea, se da como probado que no existe convenio colectivo alguno de ámbito superior al de empresa que ha perdido vigencia por haber finalizado su período de ultraactividad.

La segunda duda interpretativa se centra en determinar qué ocurre en un caso como el que, precisamente, se plantea por primera vez ante esta Sala IV del Tribunal Supremo, a saber: si no hay convenio de ámbito superior aplicable ¿cómo se regularán a partir de la pérdida de vigencia del convenio en cuestión los respectivos derechos y obligaciones de las partes? La duda, en este caso, no consiste —como en el caso anterior— en interpretar qué ha querido decir el legislador cuando se refiere a un «convenio colectivo de ámbito superior» sino en colmar la laguna legal consistente en que el legislador no ha dicho absolutamente nada respecto de dicha

situación que, desde luego, a nadie se le escapa que es verdaderamente problemática.

Podemos decir que las soluciones que ha venido dando la doctrina científica y también la doctrina judicial son esencialmente dos y radicalmente opuestas, a saber:

Una primera tesis, que podemos denominar «rupturista», según la cual dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido.

Y una segunda, que denominaremos «conservacionista», según la cual dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes.

B.- Por cuanto oportunamente se dirá, esta Sala entiende que la tesis jurídicamente correcta es la segunda.

Y ello porque, la aplicación de la que hemos denominado tesis «rupturista» podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el « objeto cierto que sea materia del contrato » y la « causa de la obligación que se establezca » (arts. 1261, 1271 a 1273 y 1274 a 1277 Código Civil).

Y ello tanto más en un ámbito como el social en el que los mínimos de derecho necesario se regulan no solamente en las normas estatales sino también en los convenios colectivos, a los que el legislador remite en importantísimas materias que el ET no regula suficientemente. Entre otras, las relativas a las peculiaridades del contenido de la obligación de trabajar (art. 20.2 ET), al sistema de clasificación profesional por medio de grupos profesionales (art. 22 ET), a la promoción profe-

sional, la formación profesional en el trabajo, los ascensos y la promoción económica (arts. 22 a 25 ET) con su indudable incidencia en la movilidad funcional y en los poderes organizativos empresariales, la estructura del salario y el carácter consolidable o no de los complementos salariales (art. 26 ET), la duración de la jornada de trabajo inferior a la legal, la distribución irregular de la jornada a lo largo de un año, la forma de compensación de las diferencias o el establecimiento del límite máximo de la jornada ordinaria rebasando el límite máximo de nueve horas (art. 34 ET), formas de abono o de compensación de las horas extraordinarias (art. 35 ET), la planificación anual de las vacaciones (art. 38.2 ET), el régimen disciplinario salvo la sanción de despido (arts. 54 y 58 ET) o las reglas para la constitución y funcionamiento de un comité intercentros (art. 63.3 ET) o para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa (art. 67.1 ET).

Lo cual quiere decir que, de aplicarse la que denominamos «tesis rupturista», se producirían indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc. etc.

Habiéndose debatido si ante tal cambio sustancial de condiciones el trabajador podría pedir la extinción contractual indemnizada de su contrato de trabajo o incluso —como un sector doctrinal favorable a la tesis «rupturista» ha propugnado, para intentar paliar las indeseables consecuencias de la imprevisión normativa— que al menos determinadas condiciones deberían quedar subsistentes (entre otras, salario, tiempo y clase de trabajo) para del tal modo evitar que el contrato quede sin causa. Por otra parte, una eventual defensa de las retribuciones contenidas

en el convenio que ha perdido vigencia a través de la invocación de derechos fundamentales como la dignidad o igualdad, parece difícil de articular e insuficiente para paliar todos los defectos expuestos.

C.- Como hemos dicho, a juicio de esta Sala, la tesis jurídicamente correcta es la segunda, la que hemos denominado «conservacionista».

Para llegar a dicha conclusión, conviene recordar algunos elementos básicos de nuestro ordenamiento jurídico en general —y de ese sector del mismo que conocemos como Derecho del Trabajo— en lo que a la ordenación de los contratos se refiere. Como es bien sabido, el precepto clave del Derecho de los Contratos es el art. 1255 del Código Civil, directamente tomado del Código napoleónico, según el cual las relaciones jurídico-contractuales entre las partes se rigen por los pactos y condiciones que ellas mismas establezcan libremente, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público. Desde luego que ese principio general —el principio de la autonomía de la voluntad individual— rige plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral. Lo único que ocurre es que la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento y, además, proceden no solamente de la actividad legislativa o reglamentaria del Estado (así como de la normativa internacional y de la Unión Europea) sino también de la actividad negociadora de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores atribuyen esa capacidad normativa, habida cuenta de la interpretación que, desde el momento inicial, hizo nuestro Tribunal Constitucional del significado de la «fuerza vinculante de los Convenios» a que se refiere el art. 37.1 CE.

A partir de ahí, el art. 3 del ET —uno de los pocos no afectados por las sucesivas reformas estatutarias— es meridianamente claro al señalar respecto a las fuentes de la relación laboral que:

«1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las Leyes a desarrollar.

3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

4. Los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.

5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.»

Como comentara —con buen criterio— un sector doctrinal, recién promulgado el ET, el art. 3 ET, que se denomina «Fuentes de la relación laboral», contiene, por un lado, fuentes en sentido normativo —señaladamente las de las letras a) y b)— y, por otra parte, fuentes en sentido obligacional: la letra c). En cuanto a las fuentes de la letra d) —los usos y costumbres— tienen un papel subsidiario, como deja claro el propio art. 3 en su n.º 4, y no procede detenernos en ello. Y decía esa doctrina que esa mezcla de fuentes normativas y obligacionales era acertada pues con ello se podía comprender mejor la relación

entre unas y otras y su respectivo papel o función. Pues bien, es claro que para responder a la pregunta ¿dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador?, la respuesta es clara: en su contrato de trabajo. Y así es desde el momento inicial de esa relación jurídico-laboral, puesto que el contrato de trabajo —como cualquier otro contrato— tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico-obligacional y reguladora de la misma, es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las partes. Dicho lo cual, hay que hacer algunas precisiones adicionales:

a) Que eso es así tanto si el contrato se celebra por escrito como si se hace de palabra, dado el principio general de libertad de forma que —con las debidas excepciones— establece el art. 8 del ET.

b) Que si alguna de esas condiciones contractuales no respetan los límites de derecho necesario establecidos por las normas estatales y/o convencionales colectivas se entenderán nulas de pleno derecho, pero «el contrato de trabajo permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley », como dispone el art. 9.1 ET.

c) Que, por lo tanto, las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofiláctico respecto a las cláusulas contractuales. Lo que sucede es que, siendo el contrato de trabajo siempre —tanto si es indefinido como temporal— un contrato de tracto sucesivo, esa función depuradora se va desarrollando a lo largo de todo el tiempo en que el contrato esté vivo y se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales. Pero ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 del ET.

d) Ese equívoco viene propiciado, además, por la enorme frecuencia con la que las partes que celebran un contrato de trabajo, en lugar de re-

producir las normas legales y convencionales que entienden aplicables, acuden a la técnica de la remisión para establecer las condiciones laborales, indicando que (p.e.) «serán las que deriven del convenio colectivo aplicable». Pero dicha remisión es una técnica que no elimina el carácter contractual de la fuente donde la propia remisión se establece y, por ende, de las condiciones laborales resultantes de la misma. Y repetimos: ello es así aunque el contrato sea verbal; lo único que ocurrirá en tal caso es que el contenido obligatorio establecido (vía remisión o no) en dicho tipo de contratos deberá ser objeto de prueba por otros medios distintos al de la forma contractual escrita.

Dicho lo cual, es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque —como se ha dicho algunas veces— las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente.

Ahora bien, ¿significa eso contradecir el mandato del legislador de que el contenido normativo de dicho convenio colectivo pierda su vigencia? Ni muchísimo menos. Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a proble-

mas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento. En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aún habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET.

CUARTO.- Por cuanto antecede, y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida si bien por las razones expuestas en el cuerpo de la presente resolución. Sin costas (art. 235.2 LRJS).

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

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación formulado por la mercantil ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Palma de Mallorca) el 20 de diciembre de 2013, en el procedimiento de conflicto colectivo número 11/2013, seguido a instancia del Sindicato UNIÓN SINDICAL OBREIRA (USO), al que se adhirieron los Sindicatos CSI-CSIF, CCOO y UGT contra la empresa ahora recurrente. Confirmamos la sentencia recurrida por las razones expuestas en la presente resolución. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

D. Jesús Gullón Rodríguez D. Fernando Salinas Molina

D^a María Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López D. Jordi Agustí Juliá

D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga D. José Manuel López García de la Serrana

D^a Rosa María Virolés Piñol D^a María Lourdes Arastey Sahún

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Jesús Souto Prieto

VOTO PARTICULAR:

CONCURRENTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Luis Fernando de Castro Fernández A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN n° 264/2014.

Acogiéndome a la facultad establecida en el art. 206.1 LOPJ y en coherencia con la postura mantenida durante la deliberación, muestro mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala en el sentido de manifestar que si bien coincido plenamente con ella en que la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo no excluye la posterior aplicabilidad de su régimen salarial, sin embargo discrepo respecto de la argumentación seguida al efecto —la «contractualización» de las condiciones de trabajo pactadas colectivamente—, por entender que tal mecanismo no solamente carece de base sólida y es incompatible con buena parte de nuestra doctrina en materia de negociación colectiva, sino que a la misma y satisfactoria conclusión puede llegarse por la vía —menos disfuncionante— de aplicar principios constitucionales y a través de la propia dogmática del negocio jurídico. Razones que acto continuo paso a exponer:

PRIMERO.- 1.- Dos cuestiones previas.- Como es lógico mi exposición ha de partir de la previsión contenida en el precepto que da origen a la litis, el art. 86.3 ET, que en su inciso final —tras la Ley 3/2012— refiere que transcurrido el plazo de caducidad de un año desde la denuncia del Convenio, el mismo «perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

Previsión legal que genera —estoy de acuerdo con la sentencia— una inaceptable laguna que por fuerza ha de colmarse, habida cuenta de que el Derecho —lo mismo que la Naturaleza— «aborrece el vacío», lo que fuerza a señalar una fuente reguladora de los derechos y obligaciones

de la relación laboral. Pero ello sobre la base de precisiones previas:

a).- La primera es que la identificación de esa fuente únicamente procede respecto de efectos pretendidos en este procedimiento, que son los salariales; es más, para algunas de las restantes condiciones incluso les resultaría inaplicable la argumentación que acto continuo efectuaré.

b).- La segunda es que las razones que en su momento expondré van referidas al supuesto de que trabajador y empresario no hayan pactado un salario específicamente cuantificado, pues en este caso la caducidad del convenio colectivo para nada puede afectar a ese expreso salario convenido; las argumentaciones posteriores se refieren, por ello, a los trabajadores contratados sin expresa cuantificación retributiva y a los que se les fijó por remisión al convenio colectivo.

2.- Posibles respuestas al dilema.- Volviendo al hilo de la cuestión, si un año después de la denuncia del Convenio Colectivo, éste —como el precepto dispone— pierde su vigencia y tampoco existe Convenio de ámbito superior que pase a regir el ámbito de aquél, la duda que se suscita —y el legislador no resuelve— es determinar el marco normativo por el que hayan de regirse las relaciones laborales hasta entonces disciplinadas por el convenio extinto.

Las posibles respuestas que se ofrecen son —a falta de acuerdo entre las partes o decisión arbitral— tan sólo dos: la regulación estatutaria con mínimos legales; y la precedente regulación ya extinta. Siquiera la primera de ellas ofrece —como se verá— se desdobra en una tesis «contractualista» que es la seguida por el criterio mayoritario [las condiciones del convenio colectivo continúan aplicándose porque se habían incorporado al contrato de trabajo], y la que definiendo en este voto particular, sosteniendo que la continuidad aplicativa del salario del convenio atiende al «equilibrio» entre las prestaciones y tiene apoyo en el principio de la buena fe.

SEGUNDO.- 1.- Rechazo de la tesis «rupturista».- En efecto, rechazo la primera de las posibilidades, la llamada «rupturista» que acepta la sentencia de que discrepo, en causa no solamente a consideraciones de índole constitucio-

nal —la dignidad de la persona y el derecho a la negociación colectiva—, sino a razones de índole práctica en orden a la viabilidad aplicativa de la que se ha calificado como tesis «derogatoria»; aparte de que entiendo que la opción por la tesis del «equilibrio de prestaciones» es la que más adecuadamente se ajusta a una razonable mecánica negocial.

2.- La dignidad de la persona como factor de rechazo. En primer término porque desde una perspectiva exclusivamente constitucional, la posibilidad de que la prestación de servicios de todos los trabajadores afectados —cualquiera que hasta entonces hubiese sido su retribución— pase a ser retribuida con el SMI se complace mal, en primer lugar con la suficiencia económica a la que en alguna ocasión —siquiera en relación a materias por completo alejada de la presente— se ha referido el Tribunal Constitucional, entendiéndolo que su garantía viene exigida por el principio del respeto a la dignidad humana que como derecho fundamental de la persona proclama el art. 10.1 CE [así, SSTC 113/1989, de 22/Junio, FJ 3; y 16/1994, de 20/Enero, FJ 4]; y en segundo término, me parece que tampoco la indicada solución se muestra respetuosa con el derecho del trabajador —ex art. 35.1 CE — a «una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia», derecho al que el mismo Alto Tribunal ocasionalmente ha ligado a idea de «vivir dignamente» [así, STC 42/1990, de 15/Marzo, FJ 4], pues la interpretación que rechazo podría llevar —llevaría, más bien— a la drástica minoración de los ingresos familiares en términos tales que comprometerían los niveles de vida —o subsistencia— hasta entonces mantenidos [piénsese en el efecto que tal reducción al SMI habría de tener en trabajadores altamente cualificados y retribuidos muy por encima del suelo legal; o en otros a los que su anterior retribución apenas se ajustaba a sus necesidades familiares].

3.- La incidencia del derecho a la negociación colectiva. Bajo este mismo planteamiento constitucional —siquiera enlazado con la legalidad ordinaria— entiendo que con la tesis «rupturista» sufriría el derecho a la negociación

colectiva que consagra el art. 37 CE, pues la base de cualquier actividad negocial —el «alma del contrato», se ha dicho— es el libre consentimiento y éste dejaría de ser tal si en el presente caso —conforme al criterio «derogatorio»— la alternativa que a la parte social se le presentase fuese la de aceptar la minoración de condiciones económicas propuesta por el empleador o el descenso —aún mayor— al SMI; en tales condiciones, que innegablemente minorarían el deseable «equilibrio entre partes de fuerza económica desigual» [son palabras muy reiteradas de la STC 11/1981, de 8/Abril LDPPL, FJ 22], mal puede sostenerse —ahora me remito la aludida legalidad ordinaria— que el resultado de tan singular «negociación» fuese «la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva», como el art. 82.1 ET define el convenio colectivo; a lo añadir que en la práctica, esa situación supondría dejar al arbitrio de una de las partes —la empleadora— el cumplimiento del contrato, lo que expresamente rechaza el art. 1256 CC.

4.- La interpretación acorde a la Constitución como elemento decisivo. A estos dos apartados acerca de la dimensión constitucional que ofrece la cuestión planteada, ha de añadirse el hecho de que la interpretación de las normas ha de ser acorde a la Constitución, de acuerdo con el art. 5.1 LOPJ, lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales» (SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3; 20/1994, de 27/Enero, FJ 2; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4; y 192/2003, de 27/Octubre. SSTs —entre las recientes— de 26/03/14 —rco 61/13—, FJ 7.2; y SG 17/07/14 —rco 32/14—); porque —como se ha dicho por el máximo intérprete de la Carta Magna— «[l]a exigencia constitucional de que las resoluciones judiciales sean fundadas en Derecho implica, como presupuesto inexcusable... desde la STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1, la vinculación a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, de todos los poderes públicos, y por consiguiente también de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Ju-

dicial [arts. 9.1 y 117 CE]. Como este Tribunal afirmó ya en su STC 19/1982, de 5 de mayo, «es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla conforme» a la Constitución, lo que significa elegir entre sus posibles sentidos «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales» [FJ 7]» (STC 192/2003, de 27/Octubre, FJ 3).

5.- Añadidas dificultades de índole práctica.-

Aparte de ello, y aunque la reclamación de autos se limite a la exclusiva retribución, no está de más advertir que la tesis «rupturista» ofrecería en su aplicación un sinfín de dificultades desde un plano de estricta normación ordinaria, pues serían difícilmente salvables los obstáculos que para ambas partes se presentarían en multitud de aspectos de la prestación de servicios [adecuación titulación/actividad; jornada; horario; ejercicio de la actividad disciplinaria, etc.], amén de todos aquellos extremos sobre los que el Estatuto de los Trabajadores se remite a la negociación colectiva, y respecto de los que forzosamente habría de negociarse de forma colectiva, pero precisamente en un contexto de imposibilidad de acuerdo en la nuclear cuestión salarial, de forma que —se quiera o no— la situación sería claramente propiciatoria de indeseable conflictividad laboral.

TERCERO.- 1.- La solución «continuista» como única aceptable.- Prescindiendo de esas últimas indicaciones de orden más bien práctico en materia ahora no cuestionada y que ciertamente no alcanzan a determinar el sentido de la norma aunque sí a destacar la complicada operatividad de la interpretación «rupturista» del precepto, lo cierto es que las consideraciones que hice en plano constitucional creo que abocan a la búsqueda de una solución que sea más deferente con los derechos —fundamentales y ciudadanos— a que precedentemente me he referido. Solución que encuentro en lo que se ha llamado solución «continuista», pero no por la vía de la «contractualización» —que rechazo— sino por aplicación de principios generales del Derecho.

2.- Inconvenientes de la posición «contractualista».- La tesis mayoritaria, consistente en que siguen aplicándose las condiciones previstas

en el Convenio Colectivo caducado porque habrían pasado a integrarse en cada contrato de trabajo desde que éste fue suscrito, a mi juicio es opuesta a la regulación de la negociación colectiva y a la doctrina de la Sala acerca de ella y de la condición más beneficiosa [CMB], haciendo que la misma —creo— se desestablece en gran medida. Sostener —como se hace— que aquellas condiciones —las del Convenio Colectivo— «estaban ya contractualizadas desde el mismo momento (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral»:

a).- Contradice frontalmente la propia regulación estatutaria de las fuentes de la relación laboral, puesto que el art. 3.1 ET distingue —como categorías independientes— entre las condiciones derivadas del convenio colectivo [apartado b)] y las que la voluntad de las partes incorpora al contrato de trabajo [apartado c)], con lo que a mi entender es claro que para el legislador aquéllas —las del convenio— no se incorporan al nexo contractual.

b).- Se opone a nuestra doctrina relativa a que la incorporación de una CMB al contrato de trabajo únicamente puede producirse «en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho» [últimamente, SSTs 16/10/13 —rco 101/12—; 05/02/14 —rcud 124/13—; y 12/11/14 —rco 13/14—].

c).- Es incompatible con la afirmación de que no cabe aceptar la existencia de CMB de origen normativo, concretamente tener por fuente el convenio colectivo, entre otras razones porque únicamente puede tener su causa en la «libre voluntad del empleador» y porque ello obstaría la innegable posibilidad de convenios regresivos [SSTs 10/02/95 —rec 2351/93—;...; 08/07/10 —rco 248/09—; y 21/10/14 —rco 308/13—]; posibilidad que si ya era sostenible antes de la reforma del ET por la Ley 11/1994 [19/Mayo], con mayor motivo pasó a serlo con posterioridad, al haberse optado claramente por la adscripción de nuestro sistema negocial al principio de modernidad del convenio colectivo, reconociendo la facultad al posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente (SSTs SG 16/07/03 —rec. 862/02—;...; 15/06/10 —rcud 680/09—; y 15/09/10 —rco 18/10—).

d).- En todo caso se ha de observar que en el supuesto de que el contrato de trabajo efectúe la determinación retributiva por remisión [« el salario será el previsto en el convenio colectivo»; o expresiones similares], la fórmula empleada no supone sino que la remuneración ha de seguir la suerte del fijado en el convenio, tanto en su incremento como en su disminución, pareciendo que la caducidad del pacto colectivo habría de significar —exclusivamente— una laguna contractual que necesariamente ha de cubrirse, pues de lo contrario —absurdo aparte— el contrato se hallaría privado de sus esenciales requisitos de objeto y causa.

3.- Consecuentes disfunciones.- Ahora bien, si se aceptase la tesis mayoritaria de la que discrepo y la consiguiente incorporación al contrato de las condiciones previstas en el convenio colectivo —lógicamente a título de CMB— resultaría que las mismas habrían de respetarse por un hipotético nuevo convenio, pues la CMB mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable [así, entre tantas anteriores, SSTs 14/05/13 —rco 96/12—; 16/10/13 —rco 101/12—; y 12/11/14 —rco 13/14—]. Con lo que se imposibilitaría toda negociación que no llevase a mejorar —cuando menos a equiparar— la regulación colectiva anterior, incluso aunque las circunstancias económicas o de mercado aconsejasen lo contrario; o lo que es igual volveríamos a un modelo de negociación colectiva caracterizado superado primero por el ET y posteriormente —con mayor claridad— por la Ley 11/1994, superando la irregresividad o intangibilidad de lo pactado en convenio colectivo.

Y a lo dicho nada obsta que la Sala haya admitido la CMB de naturaleza colectiva, porque la Sala requiere que se trate de un beneficio ofertado unilateralmente por el empresario y concedido sin «contraprestación» a una pluralidad de trabajadores [SSTs 30/12/98 —rco 1399/98—;... 04/03/13 —rco 4/12—; y 12/11/14 —rco 13/14—]; requisitos a los que en manera alguna

responden las condiciones pactadas en convenio colectivo.

CUARTO.- 1.- El equilibrio de las prestaciones como tercera vía.- En mi opinión, aunque no procede esa contractualización de las condiciones pactadas en el convenio ya caducado, ello tampoco significa —dado que la tesis «rupturista» me parece en no escasa medida contraria a derechos constitucionales— que no sea factible llegar al mismo resultado, pero por diferente vía. Para llegar a tal conclusión parto de la base de que el legislador se limita a declarar que acaecidas las circunstancias que refiere, el convenio «perderá... vigencia» y «se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior». Nada dispone para el supuesto de que tal convenio de superior ámbito no exista, y en la misión de determinar en tal supuesto cuál haya de ser la fuente de la relación laboral —en lo que al salario corresponde— al menos nos encontramos, como he referido, con que: a) la posible opción por el SMI no parece opción acorde a derechos constitucionalmente protegidos; y b) la «contractualización» de las condiciones fijadas en el convenio caducado no encaja con la doctrina de la Sala en torno a la negociación colectiva y a la CMB.

Así las cosas, la obligada aplicación del salario del convenio ya extinguido, entiendo que encuentra apoyo en las siguientes consideraciones: a).- El legislador no ha declarado expresamente que esté suprimida la ultraactividad de las condiciones salariales previstas en el convenio extinguido, y aunque lógicamente haya de entenderse que por regla general así será, como evidencia la supresión del texto que en el art. 86.3.2 ET la establecía [«En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio»], de todas formas se presenta razonable entender persistente cuando menos la retribución hasta entonces percibida, habida cuenta de que la otra posibilidad aplicativa —el SMI— ofrece una cierta deficiencia constitucional, tal como más arriba he querido justificar, y por ello —como algo hay que aplicar— parece que el supuesto se hace acreedor de la misma función de garantía que la Sala ha atribuido a la indicada regla (SSTs

10/07/01 —rec 2973/00—; 31/03/10 —rco 77/09—; y 12/03/12 —rco 4/11—).

b).- En apoyo de esta solución interpretativa también puede invocarse —aparte de ese argumento «por exclusión»— el siempre deseable equilibrio de las prestaciones, y más concretamente el que necesariamente ha de mediar entre el trabajo y el salario, y del que precisamente la Sala ha hecho uso en muy numerosas ocasiones y para las más variadas materias [valgan de ejemplo en cuestión retributiva, las referencias al principio contenidas en las SSTs 14/02/08 —rco 119/06—; 01/12/08 —rcud 4322/07—; 29/01/09 —rcud 4396/07—...].

2.- La buena fe como presupuesto de la solución ofrecida.- El referido equilibrio descansa muy primordialmente en la obligada buena fe, principio que —conforme a nuestra jurisprudencia— «forma parte esencial del contrato de trabajo... como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte» (así, literalmente, la STS 19/07/10 —rcud 2643/09—). Sin que se deba olvidar —entre nuestras recientes afirmaciones— que «la actuación conforme a las exigencias de la buena fe es un principio general positivizado en el referido art. 7 CC, precepto al que la doctrina atribuye cualidad de norma cuasi-constitucional, en tanto que constituye el límite institucional o intrínseco de todo derecho subjetivo, de toda situación de poder jurídico, cualquiera que sea la calificación jurídica que el mismo tenga [derecho; facultad], hasta el punto alcanzar incluso a los derechos fundamentales contemplados en la CE... En palabras del Tribunal Constitucional, la buena fe «es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para» los reconocidos como fundamentales, respecto de los que se presenta como «condicionamiento» o «límite adicional»... De manera que —ello es una consecuencia obvia— con mayor razón ha de entenderse que el ejercicio de cualquier otro

derecho... ha de entenderse también condicionado/limitado por las exigencias de la buena fe, de acuerdo a una interpretación acomodada a los valores constitucionales» (STS SG 17/07/14 —rco 32/14—, FJ 5.2).

En tal sentido he de indicar que no parece ajustado a la obligada buena fe que el fracaso en la negociación de un nuevo convenio colectivo se considere por la empresa como acontecimiento que legitime reducir drásticamente la retribución que hasta entonces percibían los trabajadores afectados, precisamente invocando una redacción legal —la del nuevo art. 86.3 ET— que cuando menos presenta cierto grado de oscuridad, pues si hasta la referida fecha el salario no podía sino ser considerando adecuada contraprestación al trabajo realizado, en tanto que había sido fijado de común acuerdo por la empresa y los representantes de los trabajadores, en ningún caso podía pasar a ser indebida contraprestación sin que se hubiesen producido circunstancias excepcionales que ni tan siquiera se alegan. Es más, si esa reacción pudiera entenderse legalmente justificada, está claro que tal posibilidad reductora del salario se convertiría en indudable factor desmotivador de la propia negociación colectiva; algo que incuestionablemente no ha querido el legislador.

3.- Las posibles consecuencias distorsionantes.- Finalmente me parece obligado observar que si bien es innegable que la referida solución puede dar lugar —entre otras posibles consecuencias no pretendidas— a futuras situaciones que pueden ser censurables desde la perspectiva del principio de igualdad, de todas formas considero que ello no debe atribuirse a la tesis mantenida en la sentencia o en este voto particular, sino a la propia modificación legal, que afectó a una pieza clave de la ya de por sí compleja negociación colectiva y —a lo que entiendo— no alcanzó al resto de las disposiciones con aquella relacionadas e imprescindibles para que tan delicado sistema funcionase de manera eficaz y sin distorsiones.

Madrid, 22 de diciembre de 2014

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTE QUE
FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO
D. Miguel Ángel Luelmo Millán A LA
SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE 17
DE DICIEMBRE DE 2014**

**RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº
264/2014**

Aun compartiendo el fallo de la sentencia de la Sala, entiendo necesario efectuar unas muy breves precisiones al amparo del art 260.1 de la LOPJ que constituyen la justificación de mi voto favorable al mismo, por no recogerse en su texto, al menos del modo en que me parece que debieran figurar.

A) El art 37 de la Constitución Española, al consagrar en su nº1 el derecho a la negociación colectiva así como la fuerza vinculante de los convenios, reconoce al primero como un factor determinante en el logro de la paz social, la cual, a su vez, se erige como elemento indispensable en el Estado social y democrático de Derecho, cuya declaración se realiza en su art 1.1.

No abrigando la Sala especiales dudas acerca de la constitucionalidad del art 86.3 del ET en la redacción dada al mismo por la reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio —de lo que, a título particular, no me encuentro tan seguro— lo que se impone, en todo caso, es una interpretación restringida del mismo por lo que a la cuestión objeto de litigio se refiere, para no correr el riesgo de abrir un portillo, siquiera sea indirectamente, a la extinción de la propia negociación como derecho y como instrumento más idóneo para la finalidad antedicha.

B) No cabe olvidar que el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultratractividad de los convenios colectivos, registrado y publicado por Resolución de 30 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo (BOE 14 de junio de 2013), aunque anterior a la reforma legal, recomienda, en primer lugar, la renovación y actualización de los convenios en aras a la competitividad de las empresas y la estabilidad en el empleo de los trabajadores y agilizar e intensificar los procesos negociadores en curso,

a fin de propiciar el acuerdo antes del término legal de vigencia de los convenios y que previamente a la finalización de dicho plazo, los negociadores se comprometan a seguir el proceso de negociación, garantizando durante la duración mutuamente acordada de dicho proceso el mantenimiento del convenio vencido, añadiendo que cada una de las partes podrá decidir que la negociación está agotada y, por tanto, instar la mediación obligatoria o el arbitraje voluntario, de acuerdo con su punto séptimo, concluyendo que para la resolución de las situaciones de bloqueo de las negociaciones las partes negociadoras deberán acudir a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos establecidos en el ámbito del Estado y de carácter autonómico e instando a las organizaciones firmantes del II AENC a promover cuantas acciones resulten necesarias para el impulso y la renovación de los convenios colectivos.

C) Sólo pocas fechas después se produce la mencionada reforma, y si bien en el punto IV del Preámbulo de la ley se dice, textualmente, que *«con el fin de procurar también una adaptación del contenido de lanegociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultratractividad del convenio a un año»*, ello no impide, a mi entender, la hermenéutica referida del precepto renovado, manteniendo su literalidad pero situando en un término medio, cuando se trata de la naturaleza (salarial) del derecho debatido, el período extintivo de la referida ultratractividad convencional, aunque un sector, al menos, de la doctrina más acreditada entienda que ello suponga la denominada «contractualización» de

las condiciones de trabajo, que estaría en contra del objetivo marcado en la norma reformadora.

D) Lo cierto es que el salario constituye el derecho primordial del trabajador y debe preservarse, en lo posible, de los avatares normativos cuando ya se ha incorporado al acervo económico particular fruto de la relación laboral y en tanto en cuanto no se haya producido, al menos, una compensación proporcional a su reducción en el contenido obligacional de la misma para aquél. En este sentido podría invocarse la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil, que establece que *«los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas»*, y éste es un principio de intertemporalidad que creo extrapolable al caso presente, siquiera sea como regla general y *«mutatis mutandis»*, con mejor respeto de la seguridad jurídica, del propio prestigio legislativo y de las indudables expectativas de los trabajadores afectados, llevando su aplicación, en definitiva, a salvaguardar la situación ya existente en cada caso y a diferencia de lo que acontecerá con los trabajadores de nueva contratación.

E) Esto, con toda probabilidad, entronca con la cuestión de la condición más beneficiosa y la sostenida jurisprudencia que niega que un convenio colectivo sea un instrumento apto para establecerla, pero, en estas condiciones, sería una condición sobrevenida y excepcional, ya que mientras el convenio rigió, no era tal. De otro modo se incurriría en una suerte, aunque sea atípica, de expropiación de derechos que puede constituir un estímulo para evitar de futuro la negociación, que es, precisamente, lo que la propia norma niega.

F) En consecuencia y resumen, que puede afirmarse que existen derechos y derechos y, en concreto, que el derecho al salario, como piedra angular, para el trabajador, de la relación laboral misma, no debe verse afectado por la reforma en la más estricta dimensión literal de su regulación cuando se trata de personas que tienen incorporado el contenido convencional al respecto en su contrato, porque la propia norma permite atenuar dicha consecuencia con una interpretación restringida en lo cronológico y en lo material, de modo que se entienda que si se dice que transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo éste perderá vigencia «y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación», ello no impide que si tal convenio superior no existe, se mantenga la ultractividad circunscrita a este punto singular, porque la norma no lo niega expresamente sino en términos generales que consideran el convenio como un todo generador de derechos y obligaciones recíprocos, debiendo tenerse presente la finalidad de la reforma laboral en este aspecto, y ya textualmente reproducida, que dice no querer más que favorecer la propia negociación colectiva y evitar la petrificación convencional y que no se demoren en exceso nuevos acuerdos, pero no rebajar el nivel salarial alcanzado como medida económica anticrisis aunque haya de ser también antisocial, porque, de ser así, se estaría procediendo a una especie de replanteamiento de los términos de la relación por ministerio de la ley y en detrimento de una sola de las partes, a quien a partir de la pérdida de la vigencia convencional, se estaría dando no sólo menor retribución sino también menor valor a su trabajo.

G) De este otro modo, se mantiene, de manera más homogénea, el equilibrio prestacional entre los sujetos de dicha relación, lo que supone, ante todo, un principio de equidad y de justicia distributiva, representando ello, por otro lado, una mejor forma de preservar el principio de seguridad jurídica y de precaver, por esa vía hermenéutica, el riesgo de destrucción o, cuanto menos, de descompensación del sinalagma contractual en que la propia relación laboral descansa.

Madrid, 22 de diciembre de 2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Antonio V. Sempere Navarro A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 264/2014 Y AL QUE SE ADHIEREN EL PRESIDENTE EXCMO. SR. DON Jesús Gullón Rodríguez Y LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. DON José Luis Gilolmo López, DON José Manuel López García de la Serrana Y DON Jesús Souto Prieto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo Voto Particular (VP) a la sentencia dictada en el recurso de casación 264/2014.

MOTIVACIÓN

Como sucede en todo problema de orden colectivo, la solución idónea no es otra que la derivada de un acuerdo suscrito por las partes legitimadas para la negociación (arts. 37 y 28 CE). Y aquí se trata, nada menos, de saber qué sucede cuando desaparece del panorama normativo un convenio colectivo, sin aparente sucesión. Es muy significativo el contenido del Acuerdo Interconfederal suscrito por los agentes sociales más representativos de ámbito estatal el 23 de mayo de 2013 (poco antes de que se actualizara el problema de «los convenios colectivos que pudieran resultar afectados por la posible pérdida de la vigencia»). Para evitar situaciones de incertidumbre, recomiendan agilizar las negociaciones; garantizar la pervivencia del convenio vencido mientras prosigan las negociaciones del nuevo; desbloquear los procesos atascados acudiendo a mediación o arbitraje.

La reflexión precedente, en cierta forma «poniendo la venda antes de sufrir la herida», anticipa que ninguna de las respuestas al alcance del intérprete va a poder igualar a la emanada de la propia autonomía colectiva.

El obligado respeto al criterio asumido por la Sala está acompañado por la desazón, intelectual y personal, que me provoca el haber sido incapaz de asumir los planteamientos mayoritarios en una materia tan relevante y sensible como la que se discute en la que era deseable una posición unánime. Sin embargo, me es imposible compartir lo esencial de la sentencia.

En ella se recurre a la construcción de toda una doctrina acerca de la pervivencia del contenido del convenio desaparecido (puesto que estaba ya contractualizado) cuando el pleito suscitado únicamente refiere a la pervivencia o no de los salarios percibidos. Al igual que en el Pleno, no trato de esquivar un debate de alcance tan general (con la ventaja de dar a conocer el criterio de este Tribunal), pero considero que debíamos ha-

ber atendido más a los concretos datos del caso, a su materia y alcance; entre otras cosas, porque nos desenvolvemos en el marco de un recurso extraordinario en el que la congruencia procesal ha de preservarse especialmente.

En concordancia con ello, expongo seguidamente las consideraciones jurídicas en que se basa mi discrepancia, con la mayor claridad y concisión de que he sido capaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Por remisión, se asumen los antecedentes de hecho que recoge la sentencia objetada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERA.- Los términos del debate.

Tanto los antecedentes de hecho cuanto los Fundamentos de la presente sentencia propician la obtención de una cabal idea sobre el tenor de lo discutido. Se aceptan expresamente las descripciones normativas y procesales que los Fundamentos Primero y Segundo de la sentencia contienen, así como la estimación del primer motivo del recurso (revisión fáctica).

Sin perjuicio de ello, ahora interesa recalcar algunos aspectos que ayudan a centrar el alcance y los términos de la pretensión ejercitada ante la Sala Balear.

A) La pretensión ejercitada.

Estamos ante un supuesto en que a) La vigencia de convenio colectivo de empresa ha finalizado. b) Ha mediado denuncia. c) Ha transcurrido el plazo de un año previsto en el art. 86.3 ET. d) No existe convenio de ámbito superior. e) A partir del día siguiente al de finalización de la vigencia del convenio, la empresa aplica las retribuciones propias del SMI.

Sobre esos sencillos hechos, el sindicato USO presenta una demanda de conflicto colectivo en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT).

La demanda no pide que se aplique el convenio colectivo en cuestión, cuya pérdida de vigencia presupone. Reclama porque la empresa ha privado a sus empleados, sin previa tramitación de procedimiento alguno, de unas condiciones que son inherentes a sus contratos de trabajo. Lejos

de interesar la aplicación del convenio colectivo y denunciar su incumplimiento, se ataca la decisión patronal de alterar de unas condiciones de carácter contractual.

Los demandantes no reclaman la aplicación de un convenio de ámbito superior, ni se menciona precepto alguno en que se base, en concreto, la petición; de hecho, los Fundamentos de Derecho aluden, de forma genérica, a cuatro normas de cabecera (Estatuto de los Trabajadores, Ley de la Jurisdicción Social, Convenio colectivo del sector y Ley General de la Seguridad Social), de las cuales hay una inexistente (convenio sectorial), otra instrumental (LRJS) y una tercera ajena al debate (LGSS). Mayor precisión ofrece el suplico de la demanda, pues: a) Identifica la pretensión como «reclamación de conflicto colectivo en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo»; b) pide que se declare nula la decisión empresarial; c) interesa la reposición, a los trabajadores, de las condiciones « que se pactaron en sus contratos de trabajo y pasan a formar parte del acervo patrimonial del trabajador durante su relación laboral con la empresa».

B) La sentencia de instancia.

La sentencia dictada por la Sala del TSJ de las Islas Baleares estima la demanda y ordena la reposición de «las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado convenio colectivo».

Su fundamentación jurídica invoca y aplica la doctrina de una sentencia dictada por la Sala homónima del País Vasco donde se postula la aplicación transitoria del convenio colectivo que ha perdido vigencia.

C) La presente sentencia.

La resolución de la que discrepo, de manera comprensible, comienza entroncando con el enfoque asumido en la de instancia. El segundo párrafo del FJ Primero de nuestra sentencia explica que « *la cuestión a resolver se centra en determinar si el Convenio colectivo...continúa en ultraactividad...* ». Ya se ha visto que ese no es el planteamiento del conflicto colectivo; la demanda parte de que la vigencia del convenio ha decaído y, por tanto, no continúa desplegando su fuerza.

En el núcleo de la Fundamentación, nuestra sentencia abraza sin reservas la tesis de que hay « *pérdida de vigencia del convenio en cuestión* », locución repetida y explicada en los párrafos finales (« *Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia* »), e incluso recordada en el Fallo (« Confirmamos la sentencia recurrida por las razones expuestas en la presente resolución »).

D) El Voto Particular.

Sobre tales premisas, no hay necesidad de reproducir los preceptos que inciden sobre la cuestión o los antecedentes, máxime cuando se comparte la estimación del primer motivo del recurso.

Este VP comparte con la sentencia una importante coincidencia en el punto de partida (el convenio ha perdido su vigencia) y contempla con agrado el resultado (no rebajar retribuciones) pero discrepa radicalmente de los argumentos acogidos por los Fundamentos Jurídicos y entiende que ni la demanda ni la sentencia de instancia han dado argumentos válidos para llegar al resultado en cuestión.

Las bases a partir de las que debería haberse afrontado la resolución del recurso de la empresa son las siguientes:

El convenio del que dimanaban los salarios pretéritos ha perdido su vigencia y es inaplicable.

La solución al problema no puede estar pre-determinada por el deseo de alcanzar determinado resultado o de evitar los inconvenientes de la respuesta jurídica que debemos otorgar.

Los derechos de una norma derogada o caducada ya no están incorporados a los contratos sobre los que se proyectaba. Procede examinar la pretensión a la vista de diversos prismas constitucionales o legales para determinar si cabe reducir el salario cuando el convenio pierde su vigencia.

SEGUNDO.- Pérdida de vigencia del convenio por transcurso del plazo de ultraactividad.

El primer paso relevante para resolver la cuestión que plantea la demanda (y el recurso de casación) consiste en precisar el lugar que corresponde a un convenio colectivo en el que concurren las circunstancias descritas en el apartado A) del anterior expositivo. A la vista de la DT 4ª de la Ley

3/2012 y del art. 86.3 ET la respuesta debe ser firme: cuando transcurra el año de ultraactividad dejará de tener cualquier tipo de vigencia por así quererlo el legislador.

No lo entiende de ese modo la sentencia de instancia, pero lo cierto es que son muchos los argumentos (algunos acogidos por el recurso de casación) a partir de los cuales tal conclusión parece inesquivable. Es pertinente recordar alguno de ellos:

1) Pese a su origen contractual, el convenio es una verdadera norma que debe desplegar sus efectos durante el tiempo que indica, por así requerirlo la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

2) Que exista una laguna o vacío como consecuencia de la desaparición de una norma no permite postular la continuidad transitoria de su vigencia pues lo procedente en tales casos puede ser la analogía (art. 4.1 del Código Civil [CC]) o el recurso a los Principios Generales del Derecho (art. 1.4 CC).

3) La pérdida de vigencia dispuesta por la Ley para los convenios que agotan su ultraactividad no va acompañada de distinciones o excepciones; *ubilex non distinguet...*

4) Los antecedentes históricos juegan en contra de la pervivencia del convenio. Frente al anterior art. 86.3 ET («En defecto de pacto... se mantendrá en vigor el contenido normativo»), el vigente es drástico al indicar lo procedente en casos como el enjuiciado: « *perderá, salvo pacto en contrario, vigencia* ».

5) La Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, sin pretender concederle más valor que el auxiliar de la interpretación, abunda en esta conclusión: «Se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo (...). Se pretende evitar una petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador *mediante una limitación temporal de la ultraactividad* del convenio a un año».

6) El *iter legis* (el debate parlamentario) y los actos posteriores del Gobierno que impulsó la redacción del art. 86.3 aplicable al caso (Programa Nacional de Reformas 2012) apuntalan esa idea de pérdida de vigencia.

7) El eventual acudimiento a las Disposiciones Transitorias 1^a y 4^a del CC permite mantener la aplicación de normas derogadas para «las acciones y los derechos nacidos», pero ello no comporta que perviva la norma (el convenio) y que pueda generar nuevos derechos.

8) Pretender la aplicación de la Transitoria Segunda del CC («los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma») podría salvar la validez de los acuerdos contractuales, pero no de una norma como es el convenio.

Conclusión de todo ello, por tanto, es que a partir del 8 de julio de 2013 dejó de estar en vigor el convenio colectivo de empresa y, por tanto, sus previsiones en materia retributiva. Esta importantísima premisa choca con la base argumental sobre la cual construye su solución la sentencia de instancia (apoyada en otra del TSJ del País Vasco).

El convenio ha dejado de existir, con todas las consecuencias que ello comporta desde el punto de vista de las fuentes de derechos y obligaciones, fiscalización de cumplimiento, invocación a efectos procesales, existencia de una unidad de negociación colectiva viva, imposición del contenido del convenio a nuevas contrataciones, imposibilidad de que opere en los casos en que la Ley se remite a lo que establezca un convenio, etc.

Cuando la sentencia de la que discrepo repasa las tesis «conservacionistas» da a entender que sus partidarios comparten la idea de que el convenio ha perdido su vigencia. Quizá por ello no presta apenas atención a esta premisa y la abraza sin especial argumentación.

Pero lo cierto es que una parte de la doctrina (la sentencia recurrida y la del País Vasco) ha entendido que la evitación de vacíos reguladores, como el de nuestro caso, debía resolverse manteniendo la aplicación transitoria del convenio colectivo en ultraactividad.

Para que el primer paso de este VP quede justificado, dadas las muy relevantes consecuencias prácticas que de ello se siguen, ha parecido necesario exponer las razones que lo respaldan.

TERCERO.- Dos precisiones metodológicas.

Como ha quedado expuesto, el Convenio de ATESE dejó de aplicarse con efectos del último día en que la empresa abona los salarios conforme a lo en él previsto.

La empresa entiende que, a partir de ahí, puede abonar a sus empleados el SMI y en el recurso razona que ello no le reportará beneficio competitivo especial porque eso es lo usual en las empresas «del sector», en parte porque no existe un convenio de tal ámbito, pero introduce este dato fáctico sin haber interesado oportunamente la revisión de hechos. Por tanto, más allá de la decadencia del convenio que se vino aplicando, no hay razón alguna que podamos tener en cuenta para cimentar la minoración retributiva que se combate.

Esta advertencia respecto del recurso debe acompañarse de otras dos observaciones acerca del método para afrontar su resolución.

A) No cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden sus consecuencias.

La solución al problema que el conflicto colectivo plantea no puede estar predeterminada por el deseo de alcanzar cierto resultado o de evitar los inconvenientes de la respuesta jurídica que debamos otorgar. Si la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) abocan a resolver un problema de modo determinado, el intérprete no puede alterar su conclusión porque le desagraden las consecuencias de ella. No cabe construir unos argumentos *ad casum* para alcanzar la solución deseada a costa de prescindir del mandato de las propias leyes.

La regulación del art. 86.3 ET y preceptos concordantes acerca de qué sucede cuando un convenio finaliza la ultraactividad y no hay otro de ámbito superior suscita graves dudas interpretativas. La sentencia mayoritaria descarta que las previsiones del convenio colectivo expirado queden sin aplicación porque: 1º) «se producirían indeseables consecuencias»; 2º) el legislador se apoya en el convenio colectivo en temas muy relevantes; 3º) se podría producir una alteración sustancial del negocio jurídico.

El anterior razonamiento se antoja un tanto circular; las causas y los efectos se justifican recíprocamente y parecen apuntar hacia la petición de principio. Se acepta que el convenio ya no rige, pero a la vez se sostiene que ello genera efectos indeseables y que sin convenio el marco de relaciones laborales carece de algunos elementos imprescindibles. Acto seguido se opta por defender la continuidad material de las previsiones del convenio, pero bajo otro título jurídico. Esta posición, autodenominada como «conservacionista», entronca con el principio de autonomía de la voluntad y con «el carácter contractual de la fuente» de las obligaciones laborales, al margen de dónde emanen.

En nuestro criterio, si se piensa que el vacío dejado por el convenio colectivo es jurídicamente inaceptable puede entenderse que se sostenga la pervivencia del convenio cuya ultraactividad ha finalizado (como la sentencia de instancia); que se ataque la inconstitucionalidad de una regulación (la del art. 86.3 ET y concordantes) generadora de resultados inasumibles; en fin y sin ánimo exhaustivo, o que se acuda a la analogía para encontrar el convenio más afín con el desaparecido y así replicar la solución legal para cuando aparece uno de ámbito superior.

Sin embargo, las bases conceptuales sobre las que se asienta la tesis «conservacionista» mayoritaria nos parecen inasumibles. En el Fundamento Cuarto de este Voto se expondrá las razones de tal disidencia.

B) Inconvenientes de la tesis acogida.

La sentencia descarta las llamadas tesis «rupturistas» por las perniciosas e inaceptables consecuencias que comporta. Sin duda son variados los problemas e inconvenientes que surgen si se opta por una interpretación de ese corte.

Pero eso no significa que la solución adoptada por la sentencia de la que discrepamos carezca de contraindicaciones, como ella misma recoge en su tramo final. A título de ejemplo cabe evidenciar las siguientes:

¿Sirve el contrato para albergar la gradación de las faltas y sanciones que se remite legalmente al convenio colectivo (art. 58.1 ET)?

¿Pasan a ser disponibles los derechos que eran indisponibles para el convenio (art. 3.5 ET)?

¿Qué sucede con todas las previsiones que respecto del contrato en prácticas puede contener un convenio colectivo (art. 11.1 ET), pero no un contrato de trabajo?

¿Sigue valiendo el sistema de informar a los trabajadores sobre existencia de vacantes para permitir cambios de tiempo completo a parcial o viceversa (art. 12 ET)? ¿Y las previsiones sobre horas complementarias, que puede contener el convenio, pero no el contrato?

¿Qué régimen aplicamos a las previsiones que tenía el convenio desaparecido y que resultan menos favorables que las supletorias de la norma heterónoma (por ejemplo, en materia de periodo de prueba, conforme al art. 14.1 ET)?

¿Quiénes no tienen un contrato en vigor al desaparecer el convenio pasan a tener derechos distintos?

¿Es posible sostener la validez de un sistema de clasificación profesional ajeno a los cauces colectivos que marca la Ley (art. 22.1 ET)?

Sin necesidad de alargar más el listado de materias: no parece posible que se apoye en el contrato la virtualidad de temas donde la posibilidad de regular solo se reconoce al convenio colectivo (superar la duración máxima del periodo de prueba prevista en el ET; establecer las falta y sanciones de los trabajadores; etc.) o a los acuerdos colectivos (sistema de clasificación profesional).

Derivadamente: si las condiciones contractualizadas no pueden referirse al contenido íntegro del convenio acaba fragmentándose su regulación y apareciendo desequilibrios tan preocupantes como el que se quiere evitar.

¿Cómo explicar que a partir de una norma ya inexistente se han generado derechos contractuales si toda nuestra jurisprudencia recoge el principio de que las condiciones más beneficiosas no pueden derivar de los convenios colectivos? ¿Cómo entender que el contenido del convenio privado de vigencia mantiene su virtualidad como pacto individual? ¿O es que la inserción (de cuanto contiene un convenio colectivo)

en el contrato solo opera, justamente, cuando el convenio ya no existe?

¿Qué sucederá con las condiciones contractualizadas cuando se aprueba un convenio posterior que las altera? ¿Habrà que acudir a su MSCT? ¿Es admisible esa pérdida de virtualidad para el nuevo convenio colectivo?

Si cualesquiera derechos y obligaciones que discurren entre la partes de una relación laboral se han incorporado al contrato y permanecen aunque desaparezca el instrumento normativo que los generó, ¿cómo explicar que la derogación de unas normas afecte a quienes trabajaban bajo su amparo?

¿Cómo explicar, por ejemplo, que convenios posteriores rebajen derechos de los anteriores y la jurisprudencia afecte, de manera indubitada a quienes resultan perjudicados?

No se trata de exagerar las consecuencias prácticas sino de poner de relieve que la solución acogida consigue un resultado encomiable desde el punto de vista de la Justicia material, pero comporta una «petrificación» de condiciones laborales selectiva e insegura; sacrifica conceptos y principios axiales; rebaja la relevancia que al convenio colectivo y a la ley corresponde en nuestro sistema de fuentes; paga un fuerte peaje conceptual; en fin, abdica del valor normativo de los convenios, fragmenta su contenido y confiere al pacto individual un inusitado valor.

Sin embargo, como queda expuesto, todos estos inconvenientes (enumerados a título ilustrativo) no impedirían abrazar la solución referida si entendiéramos que es la procedente en Derecho. Esta es la clave de la cuestión: que no se compartan las premisas fundamentales de la solución «conservacionista», en su versión contractualizadora.

CUARTO.- Discrepancia con las bases argumentales de la sentencia.

La sentencia expone detalladamente las razones de su decisión, de imprescindible lectura para contextualizar este Voto. Entendemos que su solución se fundamenta en cuatro grandes ideas o afirmaciones, ninguna de las cuales suscribimos. Veamos por qué.

Principio autonomista.- Se afirma que el principio autonomista reflejado en el artículo 1255 CC «rige plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral».

No compartimos tal apreciación. En el Código Civil no aparece un precepto similar al artículo 3.5 ET pues las diferencias con el art. 6.2 CC son notables; tampoco hay en la legislación laboral posibilidades de excluir las leyes aplicables de modo tan amplio al que domina la ordenación de los contratos civiles. Que exista posibilidad de pactar individualmente el alcance de los respectivos derechos u obligaciones laborales (art. 3.1.c ET) no significa que las normas de ambos sectores del ordenamiento posean las mismas características o que el correspondiente contrato disfrute de márgenes de maniobra comparables. El Derecho común de los contratos presupone la igualdad entre las partes, mientras que el ordenamiento laboral parte de su radical subordinación (art. 1.1 ET); de ahí que se proteja al trabajador frente a eventuales renunciaciones de sus derechos (art. 3.5) o que los acuerdos individuales solo puedan actuar mejorando el tenor de los prescrito por normas heterónomas o convenios (art. 3.1.c ET). En realidad, el propio Derecho del Trabajo como rama autónoma del ordenamiento nació huyendo del dogma autorregulador del artículo 1255 CC y de las perniciosas consecuencias que su vigencia práctica comportaba para los más débiles.

En nuestros días el contrato de trabajo es una institución normada que desempeña un escaso papel regulador. Posee una funcionalidad generadora de derechos y obligaciones solo a título complementario, fundamentalmente para mejorar las previsiones normativas; ello, a salvo de casos especiales como los de altos cargos, artistas, deportistas profesionales o asimilados.

De ahí el modo en que la jurisprudencia se aproxima a la interpretación de las cláusulas contractuales (presuponiendo que el trabajador se adhiere a lo propuesto por empleador). De ahí la frecuente utilización de modelos documentales en los que se plasma un contenido tipo. De ahí la escasa repercusión práctica de que se desarrolle una actividad laboral sin pacto específico alguno,

porque el contenido de derechos y obligaciones viene dado «desde fuera».

Desde luego, la fuerza de obligar de un convenio no puede venir del contrato. Haya remisiones o no del segundo al primero. Por descontado, lo mismo vale para cualquier otro tipo de norma.

En suma: el principio autonomista del art. 1255 CC no rige sino muy matizadamente en el ordenamiento laboral, que lo ha sometido a toda una reconversión.

Sede de la regulación de derechos y obligaciones.- Explicando la mezcla de fuentes normativas y obligacionales, se dice en la sentencia: «Para responder a la pregunta ¿dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador? La respuesta es clara: en su contrato de trabajo».

La sentencia identifica acertadamente la dos funciones principales que cumple el contrato de trabajo (constitutiva y reguladora), pero al tiempo parece prescindir de la primera y pretender que su entramado todo de derechos y obligaciones dimana de la autonomía individual de la voluntad.

No compartimos la idea de que las condiciones laborales se regulan en el contrato y por el contrato. Que los derechos y obligaciones se integran en el negocio jurídico de referencia en modo alguno significa que el mismo sea su instrumento regulador. ¿El contrato regula el derecho de huelga? ¿El despido se regula en el contrato? ¿Es el contrato de trabajo quien regula el derecho a la salud laboral y a la prevención de riesgos laborales?

Los derechos y obligaciones están regulados por el cuadro de fuentes que contempla el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, mezclando, es verdad, fuentes normativas y fuentes obligacionales, fuentes del Derecho y fuentes de derechos, pero en modo alguno dando a entender que el contrato se erige en regulador único de los derechos y obligaciones.

En suma: los derechos y obligaciones del contrato de trabajo se regulan por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (incluyendo convenios colectivos, Leyes, reglamentos, etc.) así como por el propio pacto individual con los

márgenes ya expuestos, amén de los usos o costumbres y de las concesiones empresariales.

El contrato de trabajo como regulador.- El papel nomofiláctico de las normas estatales y convencionales, dice la sentencia, « *no nos debe llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 ET* ».

Aquí se cree algo diametralmente opuesto. Los derechos y obligaciones del contrato de trabajo se regulan por las leyes y convenios colectivos (lógicamente, con arreglo a los principios de jerarquía, modernidad, etc.); también por los propios acuerdos individuales, en la medida que jueguen dentro del campo acotado por las referidas fuentes legales o convencionales.

El concepto anfibológico de contrato de trabajo (negocio consensual, relación de tracto sucesivo; causa y efecto; acuerdo de voluntades y realidad material; documento escrito; etc.) quizá juegue una mala pasada y dificulte el entendimiento conceptual. Mas es lo cierto que la lectura del artículo 3.1 ET muestra que *los derechos y obligaciones de la relación laboral se regulan por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por los convenios colectivos*, y también «por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo», además de los usos y costumbres.

Basta el propio tenor de la norma para objetar seriamente el aserto en que la sentencia basa su respuesta al segundo motivo del recurso empresarial.

Cuando un convenio colectivo obliga a que la empresa pague un complemento de subsidio por IT, ¿por qué es un «equivoco» entender que el derecho de los trabajadores se regula por la LGSS y el convenio colectivo? Que ese derecho enriquezca el entramado de contraprestaciones recíprocas no significa que la *ratio obligandi* radique en el contrato de trabajo.

Si así fuera, ¿carecería de sentido la jerarquía normativa, porque todos los derechos «se regulan por el contrato de trabajo»? ¿Supone ello abdicar de la fuerza normativa propia del

convenio colectivo en nuestro Derecho? ¿El contrato es la fuente de las obligaciones y derechos porque sobre él se proyectan todos? Y si cada norma sigue siendo de tales derechos y obligaciones, ¿qué significa o añade esa contractualización?

Del mismo modo que la publicación en el BOE (o periódicos equivalentes) de las normas (inclusive convenios) en modo alguno significa que compartan una misma jerarquía, la traslación de las previsiones de normas o reglamentos a una relación laboral dista mucho de que se contractualice. El contenido de un convenio no cobra vida independiente, convirtiéndose en contractual, cuando se convierte en realidad respecto de cada contrato de trabajo.

Desaparición del convenio y de su contenido.- Concluye la sentencia que « *cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad... estaban ya contractualizadas* » y permanecen aunque «el convenio colectivo pierde su vigencia».

No compartimos ese aserto. Las previsiones de un convenio no abandonan la norma que las alberga para desplazarse a los contratos e independizarse de su generador. Si así fuera no se comprende que cupiera la inaplicación del propio convenio («descuelgue») por la vía del art. 82.3 ET; si así fuera podría pactarse individualmente la rebaja de los contenidos del convenio, en contra de lo dispuesto por el art. 3.1.c ET, porque un pacto individual puede alterar el contenido del contrato.

El legislador indica claramente que cabe acudir a la MSCT respecto de «condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos...» (art. 41.2 ET) mientras que la modificación de «condiciones en trabajo establecidas en los convenios colectivos» es inaccesible para el procedimiento de MSCT (art. 41.6 ET), todo ello señal inequívoca de que no resulta indiferente el origen de los correspondientes derechos. Los ejemplos podrían multiplicarse si acudimos a la Ley de Infracciones en el Orden Social, a la Ley General de Seguridad Social o a la mayoría de normas que contemplan

el contenido del nexo laboral y atienden a su origen.

En nuestro criterio, la contractualización *ab origine* que postula la sentencia carece de recepción expresa o tácita en precepto alguno; sin embargo, a partir del artículo 3.1.c la jurisprudencia ha elaborado el principio de condición más beneficiosa para proteger los derechos que no poseen origen normativo. La traslación de esa protección a los contenidos contractuales albergados en normas carentes de vigencia corresponde a las disposiciones transitorias de las nuevas leyes. En suma: esa especie de transubstanciación que implica el pasar desde un envoltorio normativo a otro contractual se antoja ajena a nuestro sistema de relaciones laborales, donde los derechos y obligaciones inciden en el contrato de trabajo sin perder las características de su fuente. Que un mandato normativo se proyecte sobre determinado contrato de trabajo (en cuanto relación laboral) en modo alguno comporta que se haya contractualizado.

QUINTO.- Situación de los derechos regulados por el convenio que pierde su vigencia.

Aparquemos las razones de la discrepancia y recapitemos nuestro hilo argumental: 1º) El convenio colectivo de ATESE no está vigente. 2º) El contenido de las normas (convenios inclusive) no se contractualiza por el hecho de proyectarse sobre la relación laboral. 3º) No existe convenio de ámbito superior, se carece de pacto colectivo que ordene la situación y el legislador calla al respecto.

En esas condiciones, ¿cómo han de disciplinarse los derechos y obligaciones de las partes? Tal y como se ha apuntado, no existe una respuesta unívoca sino que debería examinarse cada concreta materia (el salario aplicable, en nuestro caso), a fin de determinar el alcance de los respectivos derechos cuando ha desaparecido la norma que albergaba alguno de ellos. De este modo, por ejemplo, las consecuencias pueden ser diversas en materia de sanciones para el trabajador, duración de los contratos para obra o servicio, clasificación profesional, derechos sindicales, diligencia exigible o retribuciones aplicables.

Este casuismo no es nada deseable, pero resulta consecuencia inesquivable del descrito cuadro de premisas y del tenor del vigente Estatuto de los Trabajadores. Porque lo innegable es que ni el conviene despliega sus efectos, ni el contrato puede servir como instrumento para perpetuar su mantenimiento.

En el caso de ATESE, el conflicto colectivo surge porque la empresa ha rebajado los salarios que venía abonando. La retribución es un elemento esencial del contrato de trabajo (art. 1.1 ET), que posee un nivel mínimo garantizado (art. 27 ET) y que la empresa considera que es el pertinente.

Lo espinoso del tema casa mal con la escueta fundamentación de los demandantes (más allá de la afirmación de que los niveles retributivos ya se han incorporado al contrato de cada trabajador), con la censurada fundamentación de la sentencia de instancia (basándose en la vigencia transitoria del convenio desaparecido, lo que descarta nuestra sentencia) o con la escasa construcción del recurso por parte de la empresa (convincente para descartar la virtualidad de lo que el convenio caducado prescribía, apenas insinuator de las razones para abonar el SMI).

Dicho de otro modo: que se rechace la pervivencia del convenio o su contractualización no comporta que la demanda hubiera debido fracasar, sino que deberían haberse expuesto las razones por las que se considera ilícita la conducta empresarial, ante lo cual ATESE podría haber cimentado la licitud de su conducta más allá de exponer la argumentación sobre decadencia del convenio, que nos parece acertada.

Puesto que el anterior debate no ha tenido lugar, tampoco posee mucho sentido exponer ahora con detalle los posibles cauces a cuyo través podría controlarse la validez de la conducta empresarial; bastará con mencionar alguno de ellos: a) La dignidad del trabajador (art. 10.1 CE; art. 4.2.e ET) puede violentarse si la empresa rebaja súbitamente las remuneraciones que le viene satisfaciendo.

b) El enriquecimiento injusto o el abuso de derecho (art. 7.2 CC) son palancas argumentales hábiles para ser activadas a partir de datos concretos.

c) La acreditación de las causas por las que fracasó la negociación del convenio de empresa puede ser hábil para aquilatar la existencia de comportamientos estratégicamente abusivos y contrarios a la buena fe que debe presidirla (art. 89.1 ET).

d) La analogía (art. 4.1 CC) o las costumbres profesionales (art. 3.1.d

ET) pueden utilizarse si se argumenta y acredita oportunamente, buscando la traslación de lo previsto en otras empresas o convenios.

e) La irregresividad retributiva, con base en normas comunitarias o internacionales sobre equiparación en el progreso podría apuntalar la idea de que el empleador no es libre para rebajar cualquier nivel salarial al mínimo interprofesional por más que ni valga el convenio, ni haya contractualización.

f) Incluso, según las circunstancias, puede entenderse que el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desesperada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad que su respeto (art. 37.1 CE).

SSEXTO.- Resolución del caso.

Los párrafos precedentes quieren trasladar la idea de que podría ser jurídicamente reprochable la minoración del salario que se venía pagando a partir de unas líneas argumentales diversas a las desplegadas hasta ahora por los trabajadores. Lo cierto es que, en nuestro criterio, no se ha aportado un argumento hábil para descartar que la conducta empresarial (abonar el SMI) sea ajustada a Derecho. De este modo se precipita una consecuencia permitida por el ordenamiento y percibida como injusta por los trabajadores, pero que no compete remediar al intérprete del Derecho. Por supuesto, cabe que los trabajadores acudan a medidas de presión o de huelga (art. 28 CE), que se inste la negociación de un nuevo convenio (art. 89.1 ET), etc.

Esta solución respecto del salario no es trasladable a otras muchas materias, en las que la desaparición del convenio ni afecta a un elemento esencial de la relación laboral, ni compromete los mismos valores constitucionales. Que ciertas previsiones del convenio dejen de tener vigor inclu-

so puede ser conveniente para los trabajadores, del mismo modo que ATESA, en lugar de abonar el SMI, podría haber generado una condición más beneficiosa (ahora sí) en caso de haber seguido abonando las retribuciones precedentes de modo voluntario.

Pero, como queda dicho, nada de todo esto aparece en el debate del procedimiento culminado por esta sentencia. Por todo ello, el recurso de la empresa debiera haberse admitido y, de conformidad al art. 202.3 LRJS, desestimada la demanda pues —dentro de los términos en que aparece planteado el debate— no se han aportado los argumentos necesarios para que consideremos antijurídica la conducta de la empresa, al margen de la valoración que desde otros puntos de vista pueda merecernos.

Madrid, 22 de diciembre de 2014

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a
María Milagros Calvo Ibarlucea DE
CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO
EN EL ART. 260.2 DE LA LEY ORGANICA
DEL PODER JUDICIAL RESPECTO DE LA
SENTENCIA DICTADA EL 22 DE DICIEMBRE
DE 2014 EN EL RECURSO DE CASACIÓN N^o
264/2014.**

Ciertamente la regulación legal plantea un problema de difícil solución pues como apunta la sentencia una de las mas llamativas consecuencias es la de reducir a unas mínimas condiciones, los mínimos legales, a todas las funciones y categorías. El modo en que se cierra el artículo 86.3 del E.T. reproducido en el tercero de los fundamentos de Derecho revela una ausencia total de previsión de las radicales consecuencias que se siguen a su aplicación, contando con su tenor literal, de la que es exponente la situación que da origen a la demanda. No podemos sin embargo compartir la fórmula adoptada en la sentencia para conjurar tales efectos, aduciendo el papel nomofiláctico de las normas estatales y convencionales porque ese papel está sujeto a la vigencia de ambas. Ni la norma estatal derogada va a seguir configurando las cláusulas de un contrato

ni tampoco puede ocurrir con las del Convenio Colectivo.

Hay que partir de un aspecto característico de la relación laboral y es cuan poco integra el contrato de trabajo la autonomía de la voluntad y en que medida mayoritaria se nutre del Convenio Colectivo. Cuando este desaparece, el contrato entre empresa y trabajador queda desguarnecido, de cuanto integra el núcleo y el complejo del clausulado. Tal vez una medida menos traumática habría sido la de prever la congelación de las condiciones que regían al término de la vigencia, pero no ha sido así de las consecuencias habría previsto al menos una congelación de las condiciones convencionales pero no ha sido así con lo que se vuelve al punto de partida.

Una ley derogada no puede regir una relación jurídica y un convenio colectivo superado el límite de su vigencia tampoco. Teniendo en cuenta que el único soporte que se le permite al contrato a partir de ese momento es el de la ley y la distancia cualitativa entre sus previsiones y las condiciones últimamente disfrutadas en virtud del convenio. Sin embargo tampoco esa figura resuelve la cuestión que se suscita pues nos devuelve o bien a un terrero inexistente, el de la condición más beneficiosa o al de una proporcionalidad anterior que, jurídicamente, ha sido borrada de la realidad por haberlo sido de la legalidad quepa garantizar su supervivencia como conjunto de condiciones degradado a extraestatutario pues allí donde falta la imposición normativa, debe existir el consentimiento y éste se halla ausente del lado empresarial.

De todo lo anterior se desprende que no existe en la norma ningún elemento que por vía de interpretación teleológica o con amparo en la analogía permitía acceder a una solución como

la que adopta la sentencia por lo que el recurso interpuesto debía haber sido estimado.

Resta determinar si la empresa puede seguir exigiendo a sus trabajadores las mismas funciones que venían desempeñando a todos los niveles, una vez que previsiblemente va a aumentar su jornada en cómputo anual, a reducir muy posiblemente vacaciones y días de descanso, a cambio también de perder una parte de su facultad sancionadora al tener que limitarse al artículo 54 del E.T., las mismas funciones. La primera figura tener in mente es la del enriquecimiento injusto a la vista de la desproporción instalada en la relación empresa-trabajador. Solo reduciendo a todo su personal a la condición del peonaje, cualquiera que fuera de su categoría habría una aproximación al nuevo régimen salarial.

Madrid, a 22 de diciembre de 2014.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrado Dña. Rosa María Viroles Piñol, el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández, el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Luelmo Millán, el voto que formula el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, al que se adhieren el Presidente Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez y los Magistrados Excmos. Sres. D. José Luis Gilolmo López, D. José Manuel López García de la Serrana y D. Jesús Souto Prieto, y el voto que formula la Excm. Sra. Magistrada D^a María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico. El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONSTITUCIONAL

DAVID GIMÉNEZ GLUCK

Profesor Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid

(ToI 4633797)

Cabecera: Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre de 2014. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad: matrimonio contraído por el rito islámico carente de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español.

Jurisdicción: Constitucional

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 01/12/2014

Fecha publicación: 13/01/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Número Sentencia: 194/2014

Número Recurso: 6654/2012

Supuesto de hecho: Recurso de amparo 6654-2012. Promovido por don XXXX en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las resoluciones administrativas que desestimaron su petición de pensión de viudedad de clases pasivas.

1. OBJETO DEL PROCESO, TIPO DE RECURSO, PARTES Y SALA

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional que aquí se comenta es la STC 194/2014, de 1 de diciembre (caso *pensión de viudedad de matrimonio islámico no inscrito*). Se trata de una Sentencia que resuelve el recurso de amparo presentado por don Bassirou Sene Sene contra Sentencia de 12 de noviembre de 2012 dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por haber desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de mayo de 2011, que rechazó, a su vez, la reclamación interpuesta contra el acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 18 de junio de 2009, por el que se señalaba que el recurrente no tenía derecho a una pensión de viudedad.

El objeto del proceso es, por tanto, la reclamación de una pensión de viudedad, fruto del matrimonio entre éste y la señora Elena Arnaiz Moreno.

Ambos contrajeron matrimonio por el rito islámico el 15 de julio de 1999, sin que existiera certificado de capacidad matrimonial expedido por el Registro Civil en el momento de su celebración, y sin que con posterioridad dicho matrimonio fuera inscrito en el Registro Civil. Tras fallecer la señora Arnaiz el 26 de diciembre de 2007, el recurrente promovió un expediente de inscripción del matrimonio ante el Registro Civil de Santiago de Compostela, que fue denegado, y, paralelamente, solicitó pensión de viudedad ante la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda de Ourense, como pareja de hecho, que también fue denegado por haber transcurrido el plazo previsto de un año desde la entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que reconoce el derecho a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, pero si el causante falleció antes de la entrada en vigor de la misma, como es el caso, fija que ésta se solicite en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a su entrada en vigor.

Ante esta situación, el recurrente alega en las distintas instancias administrativas y judiciales que, en realidad, su relación no fue la de pareja de hecho, sino la de matrimonio válido no inscrito, por lo que sí estaría, en su opinión, en derecho de solicitar la pensión de viudedad, por no estar dicha reclamación sujeta a plazo alguno.

Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, en sus escritos de alegaciones, se manifiestan en contra de la estimación de dicho recurso.

2. DISPUTA JURÍDICA

La posición del recurrente se basa, principalmente, en la dicción literal del art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, que dice: «tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos». Sostiene el recurrente que en ningún caso la ley está exigiendo que el matrimonio tenga que estar inscrito en el Registro Civil, circunscribiéndose a señalar que el matrimonio debe ser legítimo para que produzca el efecto de dar derecho a la pensión de viudedad.

Esta interpretación de la ley se basa en la existencia de un precedente del Tribunal Constitucional —STC 199/2004, de 15 de noviembre (caso *pensión de viudedad de matrimonio canónico no inscrito*)— en el que el Alto Tribunal decidió estimar el amparo, y consideró que denegar la pensión de viudedad a un cónyuge casado por el rito canónico, por el exclusivo hecho de no estar inscrito su matrimonio, era contrario al art. 14 de la Constitu-

ción. El recurrente, para completar la defensa de su posición, alega que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 8 de diciembre de 2009 (caso *Muñoz Díaz contra España*), estimó como una vulneración del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos la denegación, por parte del Estado español, de la pensión de viudedad a la señora Muñoz Díaz por haber contraído matrimonio por el rito gitano, que ni siquiera está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal se oponen a estos argumentos.

El Abogado del Estado alega que el art. 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, es muy claro al vincular cualquier efecto jurídico del matrimonio celebrado por el rito islámico a la acreditación por los futuros contrayentes de su capacidad matrimonial ante el Registro Civil, por lo que al no haberse producido dicha acreditación, dicho matrimonio no podrá producir ningún efecto, tampoco el de dar lugar a una pensión de viudedad, ya que el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, no es una norma especial que pueda modificar el régimen civil del matrimonio, claramente regulado en el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comunidad Islámica.

El Ministerio Fiscal introduce un elemento que luego va a ser determinante en la decisión del Tribunal. También se opone a la pretensión del recurrente, como el Abogado del Estado, pero no porque el matrimonio no se ha inscrito en el Registro Civil, sino porque no se trata de un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico. Según el Ministerio Fiscal, el recurrente no es un «cónyuge legítimo», como recoge el art. 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado previamente mencionado, pues para que lo hubiera sido debería haber existido, con anterioridad o posterioridad al matrimonio, un expediente matrimonial que acreditara la capacidad matrimonial de los contrayentes, cosa que no ocurrió.

3. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SALA

El Tribunal Constitucional se enfrenta a un recurso de amparo en el que se cuestiona que la actuación de la Administración, denegando la pensión de viudedad a un cónyuge de un matrimonio islámico no inscrito, haya podido vulnerar cláusula de igualdad del artículo 14 de la Constitución: «Los

españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

En buena lógica, los primeros fundamentos jurídicos de la Sentencia están dedicados a resumir la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el juicio de igualdad, es decir, sobre los parámetros que su jurisprudencia utiliza para determinar si una diferenciación se adapta o no a la cláusula de igualdad del artículo 14 CE. En resumen, el TC señala que el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, prohíbe la diferenciación que no esté basada en criterios objetivos y razonables, y también prohíbe que las consecuencias jurídicas que se deriven de la diferenciación no sean proporcionadas a la finalidad perseguida. A su vez, señala que toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación de un término de comparación —*tertium comparationis*— frente al que la desigualdad se produce, es decir, de «una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos» que se compara con la situación impugnada.

Una vez recordada su jurisprudencia al respecto, el Tribunal Constitucional concreta que, a efectos de considerar la estimación del recurso, lo primero que se debe determinar es si el término de comparación que se aporta por el recurrente guarda identidad con la situación jurídica alegada (FJ2).

El recurrente compara su situación jurídica, que considera un matrimonio islámico válidamente celebrado, pero no inscrito en el Registro Civil, con el supuesto de hecho de un matrimonio legítimo, como el que dio lugar a la STC 199/2004, que tampoco fue inscrito en el Registro Civil.

El Alto Tribunal dedica el resto de sus fundamentos jurídicos a desmontar que el matrimonio islámico del señor Sene Sene sea un matrimonio válido capaz de producir efectos jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico.

Según el Tribunal Constitucional «son las normas estatales las que regulan los requisitos y las formas de los matrimonios válidos» (FJ4). El artículo 49 del Código Civil permite contraer matrimonio en la forma religiosa legalmente prevista, lo que remite a la Ley 26/1992, de 10 de diciembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comunidad Islámica de España. De la lectura de tales normas se deduce, según el TC, la regla general de que la celebración del matrimonio requiere, con carácter previo, la instrucción de un expediente, para que el instructor del mismo se cerciore de que ambos solicitantes pueden contraerlo, y expida así el certificado de capacidad matrimonial cuando reúna los requisitos señalados en el Código Civil. Se permite excepcionalmente, en el caso del matrimonio islámico, que la ceremonia se celebre sin la previa instrucción de este

expediente, en cuyo caso «la inscripción registral adquiere una especial importancia dado que la misma trasciende de la mera formalidad registral, al encomendar al Juez encargado del Registro Civil la función de comprobar que los contrayentes de un matrimonio islámico ya celebrado reunían los requisitos de capacidad y validez exigidos por el Código Civil» (FJ5).

De esta normativa se desprende, según el TC, que el matrimonio examinado en el proceso *ad quo* carece de validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, pues en ningún momento cumplió los mencionados requisitos de capacidad, ni con carácter previo, ni con posterioridad a la celebración del matrimonio. Al ser esto así, el Tribunal Constitucional considera que no existe un término válido de comparación, por lo que debe desestimar que se haya lesionado el artículo 14 CE. Es decir, considera que, al no ser la relación jurídica que se cuestiona lo que dice ser —un matrimonio válido— su comparación con el régimen de los matrimonios válidos, inscritos o no inscritos, no es posible.

El Tribunal Constitucional entra a analizar también si se puede comparar este supuesto de hecho con el que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 (caso *Muñoz Díaz contra España*), para concluir que no existe identidad entre ambos. Según señala el Alto Tribunal, el único punto de conexión entre los dos sería que tanto el matrimonio contraído por el recurrente como el contraído por el rito gitano por la señora Muñoz Díaz carecían de validez civil. En lo demás, los supuestos de hecho difieren, sobre todo en la buena fe de la segunda en la existencia real de su matrimonio, favorecida por la actuación de la Administración, que le expidió un libro de familia y le otorgó un título administrativo de familia numerosa, en contraste con el reconocimiento como pareja de hecho que en todo momento otorgó la Administración a la relación del señor Sene Sene, lo que impide que éste, de buena fe, pudiera creer en la existencia legal de su matrimonio. Dado que fue precisamente esta vulneración de la buena fe lo que determinó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a reconocer la existencia de una vulneración del principio de igualdad, el TC concluye que tampoco en este caso se da la identidad de supuestos de hecho que pudiera conducir a una estimación de la demanda de amparo.

4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En atención a lo expuesto en sus Fundamentos Jurídicos, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por don Bassirou Sene Sene. La Sentencia no cuenta con votos particulares.

5. ANÁLISIS CRÍTICO

1. La STC 194/2014 se enmarca dentro del conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional que juzgan la constitucionalidad del sistema de acceso a la pensión de viudedad establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

En algunas ocasiones, el TC ha considerado que algunos aspectos de dicho sistema vulneraban el artículo 14 CE, como ocurrió con el antiguo art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que exigía al viudo, para percibir la pensión de viudedad, un requisito que no exigía a la viuda: «estar incapacitado para el trabajo y a cargo de la esposa». Para las STC 103/1983, de 22 de noviembre (caso *pensión de viudedad Seguridad Social para viudos*) y STC 104/1983 (caso *pensión de viudedad Seguridad Social para viudos II*), este requisito exigido al varón suponía una discriminación por razón de sexo, por lo que fue anulado.

La mayoría de las veces, sin embargo, el Tribunal ha considerado constitucionales los requisitos establecidos por el legislador para acceder a la pensión de viudedad. Concretamente, la STC 184/1990, de 15 de noviembre (caso *viudedad en favor de pareja de hecho*), concluye que entra dentro del margen de libertad del legislador y no es incompatible con el principio de igualdad que se le otorgue un trato más favorable al matrimonio que a la pareja de hecho, y, en concreto, que se establezca como obligatoria la condición de cónyuge para tener derecho a la pensión de viudedad. Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido incluso en el caso de parejas estables homosexuales, es decir, en el caso de parejas que no contrajeron en su momento matrimonio porque se les estaba vedado. Según la STC 92/2014, de 10 de junio (caso *pensión de viudedad de pareja homosexual*), también en este supuesto es legítimo que el legislador excluya a las mismas del derecho a la pensión de viudedad, en función del «amplio margen de apreciación y configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y, por tanto, de decisión acerca de las situaciones que han de considerarse o no merecedoras de protección social» que el legislador tiene (FJ6).

Esta línea jurisprudencial se basa, como señalaba la STC 184/1990 en su FJ3, en que la diferenciación establecida por el legislador es constitucionalmente aceptable porque «es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes». Es decir, el TC considera que la diferencia de trato «no es arbitraria o carente de fundamento» porque el supuesto de hecho que se juzga —pareja de hecho— no es idéntico a su término de comparación —matrimonio—, por lo que se podrá aplicar un tratamiento distinto a ambos:

otorgar a los cónyuges derecho a la pensión de viudedad y no hacerlo a los integrantes de una pareja de hecho.

2. Desembocando ya en la STC 194/2014, lo primero que llama la atención de la misma es que, al contrario de lo que ocurre con las que la precedieron, es una sentencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en la que el Tribunal no entra a realizar en ningún momento un juicio de igualdad. No ocurre así, por poner un ejemplo concreto, en la STC 184/1990 antes descrita, en la que el Tribunal construye una argumentación jurídica para concluir que la diferencia de trato es constitucional en función de que la situación jurídica impugnada y su término de comparación son realidades diferentes. En el asunto que nos ocupa el Tribunal zanja la cuestión en una fase previa, pues niega que exista un *tertium comparationis* válido. Lo que viene a decir el TC es que el término de comparación que se alega —matrimonio válido no inscrito canónico— no es válido porque la relación jurídica que se juzga no es la que el recurrente dice que es —un matrimonio válido no inscrito islámico—, sino un matrimonio que no tiene validez jurídica en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta conclusión conduce a que los fundamentos jurídicos de la Sentencia se centren en justificar por qué el matrimonio del sr. Sene Sene no es válido, sin entrar a analizar nada más. Si el Tribunal hubiera concluido que el matrimonio había sido válido, habría podido entrar a realizar el juicio de igualdad con sus distintos parámetros —juicio de razonabilidad y juicio de proporcionalidad—. Habría podido analizar si la diferenciación introducida era objetiva y razonable, no era arbitraria, lo que habría descubierto estudiando si los supuestos de hecho eran iguales, en cuyo caso la diferenciación no habría sido razonable. O habría podido concluir, como hace respecto al binomio parejas de hecho/matrimonio, que los supuestos de hecho eran diferentes, en cuyo caso habría declarado que la diferenciación sí era objetiva y razonable.

Pero nada de esto hace. En realidad, nos quedamos sin saber si para el TC el matrimonio islámico no inscrito y el matrimonio canónico no inscrito son supuestos de hecho iguales que exigen consecuencias jurídicas iguales, o si reconocer la pensión de viudedad a uno, como se hace en la STC 199/2004, y no a otro, como se hace ahora, es constitucionalmente aceptable. Nada de esto hace porque, de entrada, se niega la condición de matrimonio válido no inscrito al que se le presenta.

En su argumentación para negar validez jurídica al matrimonio del señor Sene Sene el Tribunal es bastante convincente. El artículo 7 de la Ley 26/1992, de 10 de diciembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comunidad Islámica de España es suficientemente

claro al señalar que para producir efectos civiles el matrimonio islámico ha de cumplir con los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, y que dicha capacitación se deberá acreditar mediante certificado previamente expedido a su inscripción en el Registro Civil. Nada de esto ocurre con el matrimonio del recurrente, por lo que el Tribunal no tiene dificultad para considerar que el mismo no puede producir efectos civiles, tampoco el de la pensión de viudedad, «porque carece de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español».

El principal problema que tiene esta argumentación es que en la STC 199/2004, de 15 de noviembre, en un caso similar, pero referido a un matrimonio canónico no inscrito, el Alto Tribunal llegó a la conclusión de que el matrimonio podía producir el efecto civil de conceder la pensión de viudedad al supérstite. En este caso no consideró el matrimonio como carente de validez y eficacia, lo que es muy discutible, como así lo interpretaron dos votos particulares con los que coincido plenamente.

Es verdad que los matrimonios se rigen por distintas regulaciones, concretamente el matrimonio canónico por el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos (BOE, de 15 de diciembre de 1979) y el matrimonio islámico por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, y que efectuar regulaciones diversas para reconocer diversos efectos civiles al matrimonio celebrado por los distintos ritos religiosos entra dentro del margen de maniobra que se reserva al legislador. Nadie pone esto en cuestión, tampoco el recurrente.

Lo que ocurre es que la regulación del artículo 6 del Acuerdo con la Santa Sede no es tan diferente a la del matrimonio islámico.

El artículo 6 de este Tratado internacional señala: «El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil...». Como bien apunta el Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, en su voto particular a la STC 199/2004, el matrimonio canónico produce efectos civiles desde su celebración (igual fórmula se utiliza en el artículo 7 de la Ley 26/1992), «pero sometido a la *conditio juris* de la inscripción,...) que unifica en el ordenamiento jurídico estatal la eficacia de las diversas formas de matrimonio propias o ajenas a la regulación de ese ordenamiento». A efectos del ordenamiento jurídico español, la existencia del vínculo matrimonial sólo puede ser probado por la inscripción en el Registro Civil. Que un matrimonio religioso no inscrito pueda producir efectos civiles deja al Estado en la situación de tener que

reconocer efectos a un matrimonio sobre el que no tiene ningún tipo de control, ni siquiera su constancia.

Coincidiendo también con el voto particular firmado por la Magistrada Elisa Pérez Vera a la STC 199/2004 cuando dice que la mayoría plantea un artificiosa comparación entre matrimonio inscrito y no inscrito, cuando lo «que realmente cuestionan, tanto la resoluciones de la Administración, como la Sentencia impugnada, es la existencia misma del matrimonio.» Si un matrimonio religioso no cumple con los requisitos para alcanzar su eficacia en el ordenamiento jurídico español no puede desplegar eficacia ni validez, y, sin embargo, la mayoría sí que la otorga. Aquí está el problema: es muy discutible que el *tertium comparationis* del matrimonio del señor Sene Sene sea en realidad un matrimonio legítimo. En realidad, es un matrimonio que no ha completado su eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el suyo. Esto no supone una crítica a la argumentación de la Sala en la STC 194/2014, pues fue la mayoría en la STC 199/2004 la que decidió aceptar que el matrimonio no inscrito que se le presentaba era legítimo y podía producir el efecto civil de dar derecho a la pensión de viudedad. Partiendo de esta premisa, el TC, en la STC 194/2014, no podía hacer otra cosa que denegar el término de comparación que se le planteaba. Lo que es criticable es la decisión de la mayoría en la STC 199/2004. Lo que ha hecho el Tribunal en el 2014 es acertado: no extender a otros supuestos de hecho una interpretación del reconocimiento de los efectos civiles de los matrimonios religiosos claramente equivocada.

3. Otro aspecto especialmente interesante de la STC 194/2014 es que no haga referencia alguna a la cláusula específica de no discriminación por motivos religiosos, al rasgo «religión» especialmente prohibido por el artículo 14 CE. Ello se puede deber a que no entra a analizar el juicio de igualdad, por no considerar el término de comparación válido. Pero el hecho de que el Tribunal utilice una interpretación más estricta para considerar la eficacia jurídica del matrimonio islámico del señor Sene Sene que la del matrimonio canónico no inscrito con el que se compara es algo digno de reseñar.

Se supone que la Constitución, con su cláusula de no discriminación por motivos religiosos del art. 14 CE, está mandatando una especial protección contra la discriminación por motivos religiosos, que podríamos entender como la que se produce por el hecho de profesar una religión, pero también como la que se manifiesta por el peor trato que el Estado otorga a las religiones minoritarias respecto a la mayoritaria. Aunque el TC se encarga de intentar huir de esta conclusión, la interpretación realizada más bien parece reforzar la consideración de que un matrimonio canónico no inscrito es menos sospechoso de incumplir nuestro ordenamiento jurídico que uno

islámico, lo que permitiría al primero eludir el control del Registro Civil para producir efectos, y no al segundo. ¿No es contraria esta interpretación a una cierta igualdad entre la posición del Estado respecto a las religiones, que podría formar parte del principio de no discriminación basados en la «religión»? ¿No debería haberse aplicado un juicio de igualdad endurecido, más estricto, a una medida del Estado que perjudica a un miembro de una religión minoritaria?

La consideración de una cláusula específica de no discriminación como elemento determinante en el endurecimiento del juicio de igualdad, es decir, en la adopción de lo que se ha llamado por la doctrina «juicio estricto», viene recogida, sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 que resuelve el caso de la señora Muñoz Díaz contra España, que es el otro supuesto de hecho con el que el recurrente trata de comparar su caso. En esta ocasión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tomó en consideración la pertenencia de la demandante a la etnia gitana, y señaló que «la vulnerabilidad de los gitanos, por el hecho de constituir una minoría, implica acordar una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio, tanto en el marco reglamentario válido en materia de ordenación como a la hora de resolver en casos particulares» (FJ61). Es decir, las medidas que desfavorezcan a este colectivo serán enjuiciadas de manera especialmente estricta. En esto y en la buena fe en la existencia de su matrimonio basa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos su fallo a favor de la pretensión de la demandante.

El TC utiliza la imposibilidad de que el señor Sene Sene desconociera de buena fe la inexistencia de su matrimonio como elemento diferenciador entre su supuesto de hecho y el de la señora Muñoz Díaz para así poder declarar constitucional la denegación de la pensión de viudedad al primero. Pero también señala, como elemento que le conduce a esa conclusión, que en el caso del señor Sene Sene «no se trata de la celebración de un rito matrimonial basado en costumbres de una determinada etnia». No dice nada más al respecto, pero parece que está haciendo referencia a que al no aparecer el factor étnico en este caso, no se aplicaría el endurecimiento en el juicio de igualdad.

¿Y qué pasa con el rasgo religión? ¿No da lugar a juicio estricto? Ni siquiera se nombra. Volvemos a constatar que, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no todas las cláusulas específicas de no discriminación funcionan con la misma contundencia. El art. 14 CE *in fine* señala: «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Como es sabido, en el caso del sexo y la raza (en terminología

más actualizada origen étnico) resulta pacífico considerar que estos rasgos sospechosos expresamente citados en la Constitución suponen un endurecimiento del juicio de igualdad sobre las normas o actos que supongan desfavorecer a los colectivos que se pretende proteger con los mismos: las minorías étnicas y las mujeres.

Siguiendo el mismo razonamiento, el reconocimiento del rasgo «religión» como especialmente sospechoso debería conducir a una especial protección frente a diferenciaciones que perjudicaran a las minorías religiosas, pero el Tribunal Constitucional nunca ha explicitado algo así como parte de su jurisprudencia. La cláusula específica de no discriminación por motivos religiosos se ha utilizado por el Tribunal Constitucional para reforzar el alcance del reconocimiento de la libertad religiosa en el art. 16 CE, pero sin aportar la aplicación de un criterio estricto en el juicio de las diferenciaciones basadas en la religión, y menos si esas diferenciaciones perjudican a minorías religiosas y favorecen a la mayoritaria. En este sentido, el TC, salvo en el caso de la STC 340/1993, de 16 de noviembre, en el que se anula los privilegios que ostentaba la Iglesia Católica en materia de arrendamientos urbanos, ha convalidado siempre que ha tenido oportunidad el régimen favorable de relación con el Estado del que goza la Iglesia Católica respecto al resto de confesiones. Así lo ha hecho, por ejemplo, con la prestación de asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas (STC 24/1982, de 13 de mayo); la declaración del domingo como descanso semanal obligatorio (STC 19/1985, de 13 de febrero); la consideración de la asignatura de Derecho Canónico como obligatoria en los Planes de Estudios de Derechos (Auto 359/1985, de 29 de mayo); o la participación de las Fuerzas Armadas en celebraciones religiosas de índole católico (STC 177/1996, de 11 de noviembre). El trato diferenciado por parte del Estado en favor de la Iglesia Católica, en materia financiera, educativa o de celebración del culto en determinados organismos como las Fuerzas Armadas se justifica en función del diferente arraigo de la religión católica respecto a todas las demás. Ninguna referencia a un juicio estricto que proteja a las minorías religiosas aparece por ninguna parte. En ese sentido, la STC 194/2014 no se aparta de una línea jurisprudencial estable del Tribunal.

Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre de 104

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta; don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-

Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6654-2012, promovido por don XXXX, representado por la Procuradora de los Tribunales doña XXXX y asistida por la Letrada doña XXXX, contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 12 de noviembre de 2012, dictada en el procedimiento ordinario núm. 502-2011, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 26 de mayo de 2011, que confirmó la denegación de la pensión de viudedad de clases pasivas por Acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 18 de junio de 2009, contra el que también se interpone recurso de amparo. Ha sido parte el Abogado del Estado y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de noviembre de 2012, doña XXXX, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don XXXX, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.
2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo, relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:
 - a) El recurrente contrajo matrimonio por el rito islámico con doña XXXX el 15 de julio de 1999, según consta en el certificado emitido por el presidente de la Comunidad Islámica de Galicia. La ceremonia se celebró sin que existiera el pertinente certificado de capacidad matrimonial expedido por el encargado del registro civil correspondiente. Doña XXXX falleció el 26 de diciembre de 2007, apareciendo en dicho momento afiliada a MUFACE. El fallecimiento fue inscrito en el regis-

tro civil, figurando en la inscripción que el estado civil de la fallecida era el de soltera.

Con la finalidad de corregir la inscripción de la defunción, en la que figuraba que la fallecida era de estado civil soltera, el recurrente promovió el 10 de diciembre de 2008 expediente gubernativo, tramitado por el Registro Civil de Orense, que por Auto de 13 de mayo de 2009 declaró no haber lugar a la rectificación solicitada. El citado Auto señaló que el promotor contrajo matrimonio islámico con la fallecida, si bien dicho matrimonio se celebró sin que existiera el preceptivo certificado de capacidad matrimonial, indispensable para que dicho matrimonio pudiera ser inscrito en el Registro civil. La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueba el convenio de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, y a la instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección general de los registros y del notariado, únicamente prevé la excepción del certificado de capacidad cuando la propia certificación del matrimonio islámico contemple la concurrencia de todos los requisitos para la validez civil del matrimonio, algo que no quedó acreditado en el expediente. Por todo ello, no habiéndose justificado el error denunciado, denegó la solicitud de rectificación del acta de defunción de doña XXXX. En pie de recurso se ofreció recurso de apelación sin que conste en las actuaciones que el mismo fuera interpuesto. Paralelamente el 20 de enero de 2009 el recurrente promovió un expediente de inscripción del matrimonio ante el Registro Civil de Santiago de Compostela, siendo denegado por Auto de 26 de marzo de 2009. La resolución del Registro Civil declaró que, en fecha 15 de junio de 1999, don XXXX y doña XXXX celebraron casamiento por el rito religioso islámico, si bien la citada ceremonia se celebró sin que existiera el pertinente certificado de capacidad matrimonial. Considera, tras citar la normativa aplicable, que la misma «no permite inscribir como matrimonio el casamiento a que se refieren las presentes diligencias, por no cumplir los requisitos legales que determinan la inscripción».

b) Con fecha 22 de mayo de 2009, el recurrente presentó en la Delegación del Ministerio de Eco-

nomía y Hacienda de Ourense solicitud de pensión de viudedad. En el impreso de solicitud aparecía marcado con una «x» el apartado relativo a «viudedad como pareja de hecho», situación que se reitera en el apartado 7 correspondiente a «solicitud de pensión como pareja de hecho del causante». En la casilla de datos personales del causante se señaló como estado civil soltera, mientras que el estado civil de solicitante se declaró como viudo, pero añadiendo la aclaración (matrimonio islámico). A la solicitud se adjuntó certificado de matrimonio expedido por el presidente y representante legal de la Comunidad Islámica de Galicia, en el que se hacía constar únicamente que «dicho matrimonio se celebró el día 15 de julio de 1999 con el consentimiento de ambas partes», así como un certificado de convivencia desde 2002, hasta el momento del fallecimiento, expedido por el alcalde presidente del concejo de Coles.

La petición fue desestimada por Acuerdo de 18 de junio de 2009, de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas. La desestimación se fundó en que la relación existente entre el recurrente y la fallecida era de pareja de hecho y no la de matrimonio. Al haber fallecido la interesada antes del 1 de enero de 2008 le era de aplicación la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que regula el derecho a pensión de viudedad para quienes, habiendo vivido como pareja de hecho con el causante de la pensión, cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición y hubiere fallecido antes de su vigencia, por lo que conforme a dicha disposición, para acceder a la pensión regulada en esta disposición, la correspondiente solicitud debería ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. Presentada la solicitud en fecha 22 de mayo de 2009, no se cumplía el requisito mencionado, que era necesario para tener derecho a la pensión.

c) Frente al anterior acuerdo de 18 de junio de 2009, el recurrente interpuso recurso de reposición el 29 de julio de 2009. El recurrente alegó que había contraído matrimonio bajo el rito musulmán si bien no figuraba inscrito en el registro

civil, de modo que no cabía tramitar su solicitud como «pareja de hecho» ni aplicar la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007. Sostuvo que no era precisa la inscripción matrimonial para la plena validez del matrimonio celebrado por el rito islámico, debiéndosele de aplicar la doctrina de la STC 199/2004, e invocó el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

En la resolución de 19 de septiembre de 2009, el citado recurso de reposición se desestimó debido a que ninguno de los registros civiles habían considerado inscribible el matrimonio islámico porque este se celebró sin el certificado de capacidad previo, de modo que el citado matrimonio islámico no tenía validez civil y el recurrente no ostentó la condición de cónyuge a los efectos de obtener la pensión de viudedad. Por otro lado ratificó la causa de denegación contenida en la resolución impugnada en reposición, es decir, haber sido solicitada fuera del plazo de un año, y ello «con independencia de que no constan probados los requisitos exigidos en la citada Disposición Adicional, entre otros, la existencia de hijos comunes».

d) El 24 de septiembre de 2009 tuvo entrada en el registro general de la Delegación de Economía y Hacienda de Ourense reclamación económico-administrativa contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición referido. Por resolución de 26 de mayo de 2011, el Tribunal Económico-Administrativo desestimó la reclamación referida en los párrafos anteriores. La reclamación se fundamentó en los mismos argumentos que el recurso de reposición anteriormente mencionado, insistiendo en la validez de su matrimonio. En concreto sostuvo que la Administración admitió la existencia de dicho matrimonio y que los efectos civiles del matrimonio se producen desde su celebración, sin que la inscripción registral tenga efectos constitutivos, sino de simple publicidad, como señalan los arts. 61 Código civil (CC), 70 de la Ley del registro civil, y 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre. Por otra parte, señaló que el plazo de un año previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007 debió computarse desde que el recurrente realizó los trámites registrales

necesarios para subsanar la falta de inscripción registral del matrimonio y corregir el error en la inscripción de defunción.

La resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central fundamentó la desestimación de la reclamación en que la petición inicial de pensión de viudedad venía justificada en la existencia de una convivencia como pareja de hecho, y no de un matrimonio. Además, para que el matrimonio celebrado en cualquiera de las formas religiosas reconocidas por el Estado produzca sus plenos efectos civiles, era necesaria la inscripción en el registro civil correspondiente (art. 61 CC y, en el caso concreto, la Ley 26/1992, de 10 de diciembre), que no se llevó a cabo, ni inicialmente, ni posteriormente. La legislación establece que los asientos son prueba de los hechos concernientes al estado civil de las personas y solo en caso de falta de inscripción se admitirán otros medios de prueba. Concluye que siendo imprescindible la inscripción del matrimonio islámico en el registro civil, la pensión de viudedad no podrá reconocerse en tanto no se inscriba, sin perjuicio de que, si el interesado consigue del registro civil la inscripción que se discute, pueda presentar nueva solicitud de pensión de viudedad.

e) Frente a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central interpuso el recurrente recurso contencioso-administrativo, que fue tramitado por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el procedimiento ordinario núm. 502-2011, que por Sentencia de 12 de noviembre de 2012, desestimó el recurso interpuesto.

En su demanda el recurrente alegó la conculcación del principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE porque se le había dado un trato discriminatorio frente a otras personas que hubiesen contraído matrimonio religioso inscrito en el registro, ya que el art. 38 del Real Decreto Legislativo núm. 670/1987 reconoce el derecho de pensión por viudedad al cónyuge legítimo y no distingue entre matrimonios inscritos y no inscritos, alegando, a tal efecto, la doctrina de la STC 199/2004. Entendía que el matrimonio produce sus efectos desde su celebración y que, por ello, no se debió tratar su solicitud como

una relación de pareja de hecho, pues se presentó certificación de matrimonio islámico como prueba suficiente para acreditar la existencia del matrimonio.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2012, impugnada en amparo, expone en el fundamento de Derecho segundo que el recurrente, con la solicitud de pensión de viudedad como pareja de hecho de doña XXXX, acompañó copia cotejada de certificado de matrimonio, expedido el 7 de noviembre de 2008 por el presidente y representante legal de la Comunidad Islámica de Galicia, quien certifica que, «consultado el archivo de Matrimonios de la Comunidad Islámica de Galicia, sobre la consulta hecha a nuestra comunidad por don XXXX con doña XXXX: dicho matrimonio se celebró el día 15 de julio de 1999, con el consentimiento de ambas partes». Asimismo aportó informe del Alcalde-Presidente del concejo de Coles, Orense, fechado el 25 de enero de 2008, que certifica que «de acuerdo con los datos obrantes y los recabados al efecto, resulta que don XXXX estuvo conviviendo con doña XXXX en el pueblo de Paradela desde septiembre de 2002 hasta el día de su fallecimiento 26 de diciembre de 2007, de estado civil soltera». Finalmente en la certificación literal de defunción aportada, aparece también que el estado civil de doña XXXX era el de soltera.

La Sala rechaza en su fundamento de Derecho sexto la vulneración del derecho a la igualdad de trato ante la ley que sostenía la parte actora, invocando la STC 199/2004, de 15 de noviembre. Razona que «dicha sentencia no se adopta por unanimidad, sino que existen dos votos particulares» y que «parece que la sentencia recurrida en amparo hablaba sobre la posible existencia de matrimonio legítimo, y es aquí donde cargan el acento los argumentos de la citada sentencia estimando el amparo». Pero considera que lo discutido en el recurso no es «la legitimidad del matrimonio celebrado bajo el rito islámico», «sino que se trata de analizar si el matrimonio celebrado bajo cualquier forma religiosa, o incluso el propio matrimonio civil no inscrito en el registro Civil, produce sus plenos efectos». Y en

relación a esta cuestión deduce de los artículos 60, 61 y 63 del Código civil que «solo los matrimonios, repetimos, cualquiera que sea su forma o clase, producen plenos efectos civiles a partir de su inscripción en el Registro Civil, entre otras razones, porque los efectos frente a terceros se producirán a partir del momento en que se le dé la publicidad legal exigida, sin perjuicio de la validez, legitimidad del matrimonio y, la producción de efectos entre los contrayentes o cónyuges; pero, no puede olvidarse que la Administración tiene la condición de tercero respecto al matrimonio en general y en particular con el que nos ocupa».

Considera que al no distinguir el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, que regula las clases pasivas, entre matrimonios inscritos y no inscritos, en este sentido sería necesario darle la razón a la parte actora. Sin embargo, entiende que el Real Decreto Legislativo «es una norma especial que regula el devengo, cuantía y efectos, de las pensiones generadas por las clases pasivas, pero los efectos que produce el matrimonio, y las condiciones que deben concurrir, para que dicho matrimonio los produzca frente a terceros, se regulan por otra ley especial, y esta regulación está constituida esencialmente por el Código Civil y la Ley y el Reglamento del Registro Civil». Y por ello «una vez que hayamos establecido, como si de una cuestión prejudicial se tratase, qué requisitos exige la Ley Civil, en este caso especial, reguladora del matrimonio, y cuando conforme a ella podamos afirmar que dicho matrimonio produce efectos civiles, podremos entrar a valorar, si concurren los requisitos exigidos por la Ley especial que regula el reconocimiento de las clases pasivas».

La Sentencia señala que de esta forma «se evitan también ciertos fraudes que últimamente se están produciendo, la celebración de matrimonios que no se inscriben en el Registro Civil, pues ello puede conllevar la pérdida de pensiones de viudedad y orfandad, que se extinguirían al contraer matrimonio».

Declara asimismo que el art. 7 de la Ley 26/1992, que regula las relaciones de cooperación del Estado con las Comunidades de confesión mu-

sulmana establecidas en España, integradas en la Comisión Islámica Española, e inscritas en el registro de entidades religiosas, «exige, para el pleno reconocimiento de tales efectos, la inscripción del matrimonio en el Registro Civil» y «[I] as personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente». Por ello concluye que «la inscripción en el Registro Civil Español, no constituye un requisito esencial para su constitución, ni de la misma depende su legitimidad, pero sí, es la única forma especial que se reconoce para probar la existencia del matrimonio, y en caso en que no esté inscrito, alguno de los hechos que da lugar o modifica o extingue algún estado civil, es necesario promover expediente de inscripción fuera de plazo, y a partir de aquí podrá probarse su existencia o sus modificaciones».

Concluye señalando que «[n]o se puede olvidar que en el presente caso, intentada la inscripción fuera de plazo del matrimonio religioso celebrado, se deniega la misma, por no haberse aportado el certificado del correspondiente Registro Civil, acreditativo de la capacidad para celebrar dicho matrimonio».

3. El actor interpone la demanda de amparo contra la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 12 de noviembre de 2012, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de mayo de 2011, que desestimó la reclamación interpuesta contra el acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 18 de junio de 2009, contra el que también interpone el presente recurso de amparo, y por las que se desestima la concesión de la pensión de viudedad al recurrente. Entiende que se ha vulnerado el principio de igualdad del art.14 CE y que por ello tiene derecho a la pensión de viudedad por fallecimiento de su cónyuge legal, con quien estaba casado por el rito islámico. Considera que la resolución admi-

nistrativa yerra al tramitar la solicitud de pensión de viudedad como de pareja de hecho y por ello entender que la misma estaba presentada fuera de plazo. Por el contrario, la solicitud de pensión de viudedad debió tramitarse partiendo de la existencia de matrimonio entre el recurrente y la fallecida, por lo que se debió aplicar lo dispuesto en el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, dado que en el expediente aparecía debidamente documentada la existencia del matrimonio contraído con arreglo al rito islámico, sin que la Administración cuestionase su existencia o validez.

Destaca que el citado art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987 no exige la inscripción del matrimonio en ningún registro, sino que se limita a decir que tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos. La Administración, a pesar de la aportación de la certificación de matrimonio islámico, no obstante el inicial error padecido al poner en su inicial solicitud, reconoció el vínculo matrimonial entre el recurrente y la causante de la pensión, si bien no consideró suficiente el matrimonio por no estar inscrito en el registro civil, requisito no establecido legalmente. Por ello desconoce la doctrina de la STC 199/2004 de 15 de noviembre, que en un supuesto igual al suyo, en que el matrimonio no estaba inscrito, estimó vulnerado el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

El desconocimiento del principio de igualdad del art. 14 CE se habría producido porque «la administración pese a reconocer la existencia de un matrimonio islámico consider[ó] que el interesado y la fallecida eran pareja de hecho, porque el matrimonio no ha[bía] sido inscrito en el Registro civil»; y no otorgar el reconocimiento de la pensión de viudedad genera una situación de desigualdad entre situaciones jurídicas idénticas que carece de justificación objetiva y razonable, ya que ignora la existencia de matrimonio y considera la unión como pareja de hecho. Exigir la inscripción para conceder efectos civiles al matrimonio supone desconocer el art. 61.1 CC y aboca a un resultado desproporcionado que es la denegación del derecho de pensión al recurrente.

Señala que los efectos civiles del matrimonio se producen desde su celebración (arts. 61 CC y 70 de la citada Ley del registro civil), aunque para su pleno reconocimiento se exija su inscripción en el Registro civil, pero ello no supone que deba darse a la inscripción un carácter constitutivo, sino que la misma es un medio de prueba frente a terceros. Su ausencia supone que no se vean perjudicados los terceros de buena fe por la existencia del matrimonio. La resolución de 12 de febrero de 1994 impugnada señala que la circunstancia de no estar inscrito el matrimonio, implicará una dificultad de prueba de su celebración y del pleno reconocimiento de sus efectos civiles, pero no puede provocar la consecuencia de que el contrayente no esté casado. Si los efectos de la inscripción son meramente probatorios de la existencia del matrimonio debe concluirse que el matrimonio islámico celebrado entre el recurrente y la fallecida era válido desde el momento de su celebración el 15 de julio de 1999, aunque no esté inscrito, y no reconocer este hecho supone generar una desigualdad no justificada y contraria al art. 14 CE.

En apoyo de su pretensión cita también la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 8 de diciembre de 2009, caso Muñoz Díaz contra España, la cual declaró que la negativa de la Administración a reconocer a la Sra. XX una pensión de viudedad derivada de un matrimonio gitano supuso una violación del principio de igualdad. Recuerda que con anterioridad la demandante había interpuesto recurso de amparo, que fue desestimado por este Tribunal mediante Sentencia de 16 de abril de 2007, si bien a la misma se formuló un voto particular en el que se citaba precisamente la STC 199/2004, en la cual el Tribunal Constitucional entendió que existía vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE en el supuesto de un viudo de una funcionaria al que se le denegó la pensión de viudedad por no estar inscrito su matrimonio religioso, por voluntad propia de los contrayentes, tras haber confirmado la existencia de una relación conyugal.

La demanda termina señalando como motivos de especial trascendencia constitucional del re-

curso la necesidad de fijar una doctrina constitucional que, por un lado, confirme la emanada de la STC 199/2004, que consideró vulnerado el derecho a la igualdad por la denegación de una pensión de viudedad debido a que el matrimonio no había sido inscrito en el registro civil y, por otro, establezca la igualdad de trato a los efectos de reconocer el derecho a una pensión de viudedad de los matrimonios celebrados por otros ritos como es el islámico.

4. Mediante providencia de 11 de julio de 2013 la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto por el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación al Tribunal Económico-Administrativo Central a fin de que en un plazo que no excediera de diez días remitiese certificación o fotocopia verdadera del expediente relativo a la resolución de fecha 20 de mayo de 2011 por la que se desestima la reclamación núm. 4959-2009, interpuesta contra la resolución desestimatoria por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 18 de junio de 2009. Igualmente se acordó dirigir atenta comunicación a la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, a fin de que, en igual plazo, remitiera certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes al recurso núm. 502-2011, debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. Una vez recibidos los testimonios de las actuaciones y personado en el recurso el Abogado del Estado (por escrito de 30 de julio de 2013), la Sala Segunda de este Tribunal, mediante diligencia de ordenación de 3 de septiembre de 2013, acordó tener por personado al Abogado del Estado y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, conforme al art. 52.1 LOTC, para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. El Abogado del Estado, en escrito registrado el día 9 de octubre de 2013, interesó la desestimación del presente recurso de amparo.

Comienza sus alegaciones señalando su desconformidad con la interpretación que lleva a cabo la demanda de amparo del art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, pues entiende que no es un precepto regulador del matrimonio sino una norma de remisión con eficacia en el estricto ámbito del derecho público de clases pasivas, que regula el derecho a la pensión a partir del presupuesto de la existencia de un matrimonio legítimo, que cumpla con los requisitos establecidos por la normativa civil. Entiende que el citado precepto no es una norma especial que modifique el régimen civil del matrimonio. Considera que cuando este precepto habla de cónyuge legítimo no está adaptando o modificando la norma civil o admitiendo que baste con la celebración del matrimonio para acreditar su legitimidad y con ello garantice el derecho a una pensión de viudedad. A continuación señala que la legislación civil es clara y precisa. Así, la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, en su artículo 7, determina las fases que se deben seguir para que el matrimonio contraído en forma religiosa islámica pueda inscribirse en el registro civil y tener efectos civiles, resumidamente «acreditar previamente los futuros contrayentes su capacidad matrimonial mediante certificación expedida por el Registro civil; envío, tras la celebración del matrimonio, de la certificación expedida por el representante de la Comunidad Islámica ante el que se hubiera celebrado el matrimonio al Registro Civil, para su inscripción. Todo ello sabiendo asimismo que se podrá promover en cualquier tiempo mediante presentación en el Registro de certificación diligenciada conforme a lo expuesto».

Sostiene que la ley se aplica sin discriminación y es igual para todos, tanto en relación a la preceptiva inscripción de matrimonio como en el reconocimiento y efectos civiles del matrimonio contraído en forma religiosa. Pero tampoco se produciría desigualdad en la normativa que regula los efectos jurídicos de la convivencia de las

uniones de hecho, pues el devengo de la pensión de viudedad es para todos igual, estableciendo el mismo plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, para solicitar el reconocimiento de la pensión de viudedad en los casos en que el causante de una pareja de hecho hubiera fallecido antes de 31 de diciembre de 2007.

En particular, el citado art. 7 de la Ley 26/1992 no resulta inconstitucional, pues establece para todos los ciudadanos que contraen matrimonio islámico las mismas condiciones, el mismo procedimiento y los mismos requisitos que se establecen en las Leyes 24/1992 y 25/1992, de 10 de noviembre, aplicables a las confesiones evangélica e israelita. Estos requisitos legales son exigidos a las demás formas de matrimonio y al matrimonio civil celebrado ante el juez o funcionario competente.

Por último, en relación con la STEDH de 8 de diciembre de 2009, recaída en el asunto Muñoz Díaz contra España, con el Voto particular a la STC 69/2007, de 16 de abril y con la STC 199/2004, de 15 de noviembre, señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no equiparó el matrimonio no reconocido al no inscrito, ni tampoco a la convivencia *more uxorio*. Por el contrario reconoció el margen de decisión de los Estados para la regulación del matrimonio civil y de los requisitos que debe reunir para producir sus efectos, así como para reconocer las formas religiosas u otras formas culturales de matrimonio. No obstante declaró que resultaba desproporcionado y contrario a la buena fe que el Estado español, que confirió a la demandante y a su familia el libro de familia, el título de familia numerosa, que prestó asistencia sanitaria a ella y sus seis hijos, y recibió contribuciones de su marido durante más de diecinueve años, no reconociese efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

Pero la situación del demandante de amparo no sería equiparable a ésta, pues el argumento principal fue la creencia, de buena fe, de la Sra. XX en la existencia y validez de su matrimonio, causada por la propia acción del Estado, mientras que en el caso del recurrente, no se parte de

una forma no reconocida de matrimonio que no pudiera ser inscrita legalmente, sino que hubo un incumplimiento por quienes lo contrajeron en cuanto a los requisitos que debían cumplir. A ello se añade el hecho de haber alegado de manera alternativa la condición de cónyuge y de conviviente de una unión de hecho y menos aún existe una situación de confusión producida por el Estado. A ello se añade la aportación de un certificado de convivencia de hecho emitido por el Alcalde del concejo de Coles y la previa pretensión en vía administrativa de acreditar su condición de conviviente de unión de hecho.

En definitiva, no considera que el caso del recurrente sea equiparable al del asunto Muñoz Díaz contra España y, por tanto, no encuentra motivos para entender que exista una vulneración del art. 14 CE.

7. El 10 de octubre de 2013 el demandante de amparo presentó escrito en el que se ratificó y dio por reproducida íntegramente la demanda de amparo.

8. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 18 de octubre de 2013, interesó la desestimación del recurso de amparo.

Comienza señalando como centro de la discusión en la instancia el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, que, siendo la aplicable en aquel momento, establecía que «tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos», sobre la cual este Tribunal Constitucional declaró que la pensión de viudedad tiene como presupuesto la existencia de «vínculo matrimonial» entre el causante y la persona beneficiaria, sin que tal exigencia pueda reputarse contraria al art. 14 CE por no ser situaciones equiparables el matrimonio y la convivencia extramatrimonial. Y por ello la cuestión a resolver es si para el Estado existe un matrimonio con la celebración de la ceremonia, en este caso por el rito religioso islámico, pues el art. 61.1 CC señala que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. En este caso deberían aplicarse al recurrente las previsiones del art. 38.1

del texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, reconociéndosele el derecho de pensión de viudedad, por aplicación de la doctrina de la STC 199/2004, y con otorgamiento del amparo, al hallarnos ante un matrimonio válido, celebrado en forma religiosa pero no inscrito.

Una vez fijados los términos de la cuestión, ésta no es idéntica a la analizada en la STC 199/2004, de 15 de noviembre, porque partió de la existencia de un «matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico» (FJ 6), mientras que en el caso del recurrente la causa determinante de denegar el derecho a una pensión no fue la falta de inscripción del matrimonio, sino que la ceremonia religiosa de casamiento por el rito islámico se celebró sin el certificado de capacidad matrimonial expedido por el encargado del registro civil, y sin que la certificación del matrimonio islámico contemplase la concurrencia de todos los requisitos para la validez civil del matrimonio.

El reconocimiento de una pensión de viudedad exige haber sido «cónyuge legítimo» del causante de los derechos pasivos, lo que presupone un matrimonio válidamente celebrado. Y las normas civiles exigen para la celebración del matrimonio en cualquiera de sus formas la tramitación de un expediente matrimonial por el encargado del registro civil con la finalidad, entre otras cuestiones, de acreditarse la capacidad matrimonial de los contrayentes. Este expediente se regula también por el art. 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, en conexión con el apartado IV de la instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, para el matrimonio celebrado conforme al rito islámico. Pero en el presente caso no existió un previo expediente matrimonial destinado a acreditar la capacidad matrimonial de los contrayentes, ni tampoco posteriormente se acreditó la misma. Existe un matrimonio celebrado conforme al rito islámico pero sin la preceptiva certificación de capacidad matrimonial, con una denegación de inscripción del matrimonio fuera de plazo por dicha causa. La certificación de la capacidad matrimonial sirve para acreditar la concurrencia de los requisitos de fondo de la va-

lidez del matrimonio, por lo que en ausencia de la misma no puede hablarse de un matrimonio existente para la legislación del Estado. Por ello la falta de inscripción en el registro civil no fue la causa de denegación del derecho pretendido por el recurrente, sino la duda sobre su existencia y validez.

Y no habiéndose acreditado la capacidad matrimonial, el matrimonio celebrado con la presunta causante de la pensión no ha producido efectos civiles, lo que supone que no surgen los derechos que se derivan de la situación matrimonial, siendo uno de ellos el reconocido en el art. 38.1 de la Ley de clases pasivas, pues no puede considerarse cónyuge legítimo y, por tanto otorgarle aquellos derechos directamente vinculados al mismo.

El escrito del Fiscal se centra también en las alegaciones referidas a la doctrina de la STEDH de 8 de diciembre de 2009, en el asunto Muñoz Díaz contra España, y sostiene que el presente caso presenta notorias diferencias con la situación analizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para empezar, porque no se trata de la posible vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de raza o condición social, sino de la igualdad en la ley del art. 14 CE. Además la forma de celebración del matrimonio por el rito islámico está expresamente reconocida por el Estado y regulada en la Ley 26/1992, de 10 de noviembre en relación con el art. 49.2 CC. Tampoco parece que las instituciones del Estado hayan considerado al recurrente en ninguna ocasión como cónyuge legítimo de la mujer fallecida, sino que los datos apuntan a una convivencia de hecho, si bien cabe reconocerle la existencia de buena fe al recurrente en cuanto a considerar su unión con la finada como un matrimonio. Por ello dadas las diferencias referidas es cuestionable la aplicación de la solución dada por el mencionado Tribunal al recurrente.

Por todo ello, concluye que la situación del solicitante de amparo no sería idéntica a la de aquellos matrimonios celebrados por el rito islámico que, habiendo accedido o no al registro, acrediten capacidad matrimonial por resultar de un expediente matrimonial previo o ulterior o de

la certificación expedida por el encargado de la Comisión Islámica de España. No apareciendo suficientemente demostrada la existencia de un matrimonio para la legislación estatal, no puede decirse que la situación matrimonial del recurrente sea igual a la de aquellos contrayentes por el rito islámico con capacidad matrimonial acreditada, por lo que la denegación del derecho de pensión de viudedad previsto en el art. 38.1 de la Ley de clases pasivas del Estado no supone una vulneración del principio de igualdad al no existir identidad entre la situación defendida por el recurrente y las situaciones que como punto de comparación señala.

En consecuencia interesa desestimar el recurso de amparo por falta de vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE.

9. Por providencia de 27 de noviembre de 2014, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 1 de diciembre del mismo año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Como se ha expuesto en los antecedentes, el presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 12 de noviembre de 2012, dictada en el procedimiento ordinario núm. 502-11, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 26 de mayo de 2011, que confirmó la denegación de la pensión de viudedad de clases pasivas por Acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 18 de junio de 2009, contra el que también se interpone el presente recurso de amparo.

La queja del demandante de amparo se ciñe a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) por parte de la Administración, que le denegó la pensión de viudedad, y por el órgano judicial, que no corrigió la desigualdad sufrida, todo ello como consecuencia de las resoluciones administrativas que exigieron la inscripción del matrimonio en el registro civil para tener derecho a obtener una pensión de viudedad. La desigual-

dad resultaría injustificada porque se equipara la situación de un matrimonio islámico no inscrito, cuya existencia ha sido reconocida por la Administración, con una pareja de hecho y no con el resto de los matrimonios, tanto inscritos como no inscritos. En apoyo de su pretensión cita, por un lado, la STC 199/2004, de 15 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional concluyó que existía vulneración del derecho a la igualdad por haberse denegado una pensión al viudo de un matrimonio canónico no registrado; y, por otro, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), de 8 de diciembre de 2009, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que se había vulnerado el derecho a la igualdad de la señora XX, casada por el rito gitano, y a la que también le fue denegada una pensión de viudedad.

Esta opinión no es compartida por Abogado del Estado ni por el Ministerio Fiscal, que proponen la desestimación del recurso por inexistencia de la vulneración del derecho invocado.

2. Con carácter general es necesario recordar que «el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, 'que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos' (STC 176/1993, fundamento jurídico 2)» (STC 90/1995, de 9 de junio, FJ 4).

Y «solo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar 'elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable' (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad

precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en 'una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos' (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2)» (STC 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 4). Resultará necesario, por ello, examinar si los supuestos de hecho aportados por el recurrente como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere.

3. Entrando ya en el análisis sobre el fondo del único motivo de impugnación aducido en la demanda, es decir, la vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE, con carácter previo hemos de hacer una precisión referida a un dato relevante en este asunto y en el que no concuerda lo expresado en la demanda de amparo con la documentación obrante en las actuaciones. En concreto, afirma el recurrente, en varias ocasiones, que la administración reconoció la existencia de su matrimonio islámico y que no se cuestiona la existencia o validez del vínculo, de modo que el único motivo por el que le fue denegada la pensión de viudedad fue la falta de inscripción de su matrimonio legítimo en el registro civil. Precisamente por esta circunstancia compara su matrimonio islámico no inscrito con la situación analizada en el recurso de amparo resuelto por en la STC 199/2004, de 15 de noviembre.

Procede pues examinar si nos encontramos ante dos supuestos idénticos como paso previo para poder confirmar la lesión del derecho fundamental invocado por el recurrente. Dijimos en el fundamento jurídico 5 de la STC 199/2004, de 15 de noviembre que el problema novedoso en el caso allí enjuiciado era el diferente trato otorgado al recurrente como consecuencia de no haber inscrito su matrimonio canónico en el registro civil, y para su resolución partimos de dos realidades fácticas:

«La primera de ellas es que el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, dispone de forma textual que 'tendrán derecho a la pensión de

viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos'. Como se comprueba, en puridad, la norma aplicada no contiene de modo expreso el requisito de la inscripción registral y aunque diferencia entre situaciones matrimoniales y convivencia de hecho, no lo hace de modo expreso entre matrimonios registrados y no registrados. La desigualdad que se denuncia en la demanda de amparo es por ello exclusiva consecuencia de una determinada interpretación de la Ley por parte de la Administración, que se considera razonable en vía judicial al dar por bueno el resultado que se tacha de discriminatorio o contrario al art. 14 CE. La segunda es que tanto en las resoluciones administrativas como en la Sentencia impugnada se deja expresa y palmaria constancia de la existencia de un matrimonio celebrado válidamente, pero se afirma que para ostentar la condición de 'cónyuge legítimo' es precisa la inscripción registral.»

Pues bien, en contra de lo que afirma la demanda de amparo, en el caso examinado ni la Administración, ni las resoluciones judiciales admitieron en ningún momento la legitimidad del matrimonio celebrado por el rito islámico entre el recurrente y la causante de la prestación, de modo que la cuestión que ahora se suscita, a diferencia de la enjuiciada en la citada STC 199/2004, de 15 de noviembre, no se refiere a si un matrimonio válidamente celebrado pero no inscrito es equiparable a una pareja de hecho o si por el contrario lo es al matrimonio inscrito, ello a los exclusivos efectos de la aplicación del art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, sino que se trata de resolver si un matrimonio celebrado por el rito islámico, sin cumplir los requisitos exigidos por el legislador para otorgarle validez, debe equipararse a matrimonio legítimo, que es lo que propugna el actor.

De nuevo volvemos a recordar que, si bien el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado, en la redacción aplicable en el proceso a quo, no contenía de modo expreso el requisito de la inscripción re-

gistrado y, por tanto, no diferenciaba entre matrimonios registrados y no registrados, sí exige para el otorgamiento de la pensión tener la condición de cónyuge legítimo. Así expresamente dispone que «tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos».

Tampoco resulta ocioso añadir que en aquella ocasión explicamos que «la norma que ha sido ahora objeto de interpretación judicial al vincular la prestación a la condición de 'cónyuge legítimo' contempla, en efecto, dos situaciones diferentes —personas con vínculo matrimonial frente a las situaciones de convivencia extramatrimonial— a las que vincula dos efectos jurídicos diferentes: el otorgamiento o no de la pensión, sobre la base de que, además, se cumpla el resto de condicionantes legales. Diferenciación que también aquí resulta ajustada a las exigencias constitucionales al ser trasladable sin dificultad la doctrina contenida en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, según la cual 'no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio' (FJ 2). Y ello porque 'siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento' (FJ 3)» (STC 199/2004, de 15 de noviembre, FJ 4).

4. Ciertamente, el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). El

vínculo matrimonial generaope legis en los cónyuges una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre la pareja que mantiene una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3).

«En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento. Además de las arriba señaladas, que por sí solas justifican tal diferencia de tratamiento normativo, razones de certidumbre y seguridad jurídica, y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanar, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario. Y por lo mismo no cabe reprochar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que este conceda la pensión de viudedad» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3). Causalmente enlazado con esta consideración de respeto al ejercicio del art. 32 CE, hemos de afirmar que no cabe imputar arbitrariedad o discriminación a la exigencia establecida por el legislador de que el vínculo matrimonial, cualquiera que sea el rito por el que se haya contraído, conste formalmente y garantice la concurrencia de los requisitos formales y materiales para contraerlo.

En este sentido no es impertinente subrayar que el art. 32 CE reconoce el derecho a contraer matrimonio, y de su dicción literal «se deduce que ambos cónyuges se encuentran en régimen de plena igualdad jurídica en el seno de la institución jurídica del matrimonio, ‘regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE)’ (SSTC 159/1989, de 6 de octubre, FJ 5; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 5; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). Junto a lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha precisado que el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual, pues, tal y como dispone el art. 45 CC, no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5; 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4; 51/2011, de 14 de abril, FJ 9), y que el vínculo matrimonial ‘genera ope legis en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes’ (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3)» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 10). Ahora bien, establecido lo anterior, hemos de recordar que esta interpretación del contenido esencial del art. 32 CE «deja un amplio margen al legislador para configurar las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos —configuración de la que se ha ocupado el legislador estatal en virtud de la competencia exclusiva que le confiere el art. 149.1.8 CE para regular las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio—» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 10).

Por tanto, son las normas estatales las que regulan los requisitos y la forma de los matrimonios válidos, de modo que solo los celebrados con respeto a las mismas tendrán plena eficacia para el ordenamiento jurídico español.

5. Es casi ocioso recordar que es el Código civil la Ley que desarrolla el mandato del art. 32 CE y que lo hace permitiendo, entre otras cosas, contraer matrimonio en forma civil o en la forma religiosa legalmente prevista (art. 49), lo que nos remite necesariamente a las leyes que aprobaron los acuerdos con las distintas confesiones religio-

sas, y, en concreto, a la Ley 26/1992, de 10 de diciembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comunidad islámica de España.

Respecto del supuesto contemplado en este procedimiento constitucional, hay que dejar sentado, desde ahora, que no todo matrimonio contraído bajo el rito islámico, es decir, cumpliendo los requisitos de la ley Islámica, tiene validez en España, sino solo aquéllos que cumplan las exigencias que fueron acordadas por el Estado español y la Comunidad islámica, reguladas en la citada Ley 26/1992, de 10 de diciembre.

De la lectura de tales normas se desprende que establecen dos vías para el reconocimiento del matrimonio celebrado bajo del rito islámico.

En primer lugar la regla general es que la celebración del matrimonio requiere, con carácter previo, la instrucción de un expediente, para que el instructor del mismo se cerciore de que ambos solicitantes pueden contraerlo, y expida así el certificado de capacidad matrimonial cuando reúnan los requisitos señalados en el Código civil. La capacidad para contraer matrimonio tiene una importancia y complejidad añadidas cuando uno de los contrayentes es extranjero y la instrucción de este expediente previo garantiza en la generalidad de los casos que solo contraerán matrimonio, ya sea de forma civil o religiosa, aquéllos que cumplan los requisitos legales.

En segundo término se establece una regla especial en el caso del matrimonio celebrado por el rito islámico, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de matrimonios, consistente en que se permite excepcionalmente a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos civiles, aunque puedan cumplirse los establecidos por la ley islámica, pues no olvidemos que las normas civiles y religiosas difieren en lo que a la capacidad para contraer matrimonio se refiere, y, desde luego, lo es en esta forma de matrimonio islámico. En este caso excepcional en que se contrae matrimonio islámico sin previa instrucción de expediente, la inscripción registral adquiere una especial importancia dado

que la misma trasciende de la mera formalidad registral, al encomendar al Juez encargado del Registro Civil la función de comprobar que los contrayentes de un matrimonio islámico ya celebrado reunían los requisitos de capacidad y validez exigidos por el Código civil, así como por las normas de derecho internacional privado cuando los contrayentes sean extranjeros. Y a estos efectos el art. 7.3 de la Ley 26/1992 establece que «[u]na vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquél enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil» y esta certificación diligenciada permite la inscripción del matrimonio celebrado conforme al rito islámico, una vez realizada la obligada comprobación por el encargado del registro civil.

La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, atribuye efectos civiles al matrimonio islámico solo cuando este se celebre en una comunidad islámica perteneciente a la Comisión Islámica de España, que esté inscrita en el registro de entidades religiosas, ante un dirigente religioso islámico o imán y al menos dos testigos (art. 7.1). Otorga además una especial importancia a la constatación de la concurrencia de los requisitos de capacidad y, por ello, señala el art. 7.1 que «[s]e atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil» y, como claramente razona la exposición de motivos de la instrucción de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre la inscripción en el Registro de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa, «habrá de extremarse el celo para asegurarse de la inexistencia de impedimento de ligamen».

En aplicación de los razonamientos anteriores hemos de concluir que en el caso examinado en el proceso a quo los contrayentes en ningún momento han cumplido los mencionados requisitos de capacidad, ni con carácter previo, ni con

posterioridad a la celebración de su matrimonio, motivo por el cual no puede, de conformidad con la ley española, ser considerado válido y en consecuencia producir efectos jurídicos.

El matrimonio del recurrente se celebró mediante el rito islámico sin la previa instrucción del expediente matrimonial, y aunque pudo haberse inscrito con posterioridad, acogiéndose para ello a la regla excepcional que hemos descrito con anterioridad, lo cierto es que el representante de la Comunidad Islámica que acreditó su celebración, sin embargo, no hizo constar expresamente las circunstancias exigidas por la legislación del registro civil. Conviene recordar que el demandante de amparo intentó sin éxito la inscripción de su matrimonio así como la rectificación del estado civil en el acta de defunción, siéndole denegada por los Autos de 26 de marzo de 2009 y 13 de mayo de 2009 a cuyo contenido se refieren los antecedentes, debido a que no se cumplieron los requisitos legales de capacidad para realizar la inscripción del matrimonio. Todo ello conduce a afirmar que el matrimonio por el rito islámico contraído por el recurrente carece de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español. La conclusión a la que ha de llegarse a los efectos de dar respuesta a la lesión del principio de igualdad del art. 14 CE, en los términos aducidos en la demanda de amparo, es que no resulta posible comparar la situación del recurrente ni con los matrimonios inscritos ni tampoco con los matrimonios no inscritos válidamente contraídos, por una razón clara, que no se cumple la exigencia de aportar *untertium comparationis* válido. Su matrimonio no fue un matrimonio legítimo en los términos empleados por el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

6. Llegados a este punto, resta por analizar si el matrimonio del recurrente resulta comparable con el contraído conforme al rito gitano por la Sra. XX, a la que este Tribunal Constitucional le desestimó el recurso de amparo interpuesto invocando el principio de no discriminación por motivos raciales o étnicos en la STC 69/2007, de 16 de abril, si bien después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de diciembre de 2009 estimó su recurso al entender

que había resultado vulnerado el art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en relación con el art. 1 del protocolo 1.

Atendiendo a las circunstancias fácticas de ambos casos, realmente el único punto en común que podríamos encontrar entre el matrimonio gitano contraído por la Sra. XX y el islámico del Sr. XXXX es que ambos contrajeron un matrimonio que carecía de validez civil. Sin embargo, las restantes circunstancias que llevaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a estimar el recurso interpuesto por la Sra. XX no se producen en esta ocasión. Recordemos que los hechos que se tuvieron en cuenta por el Tribunal de Estrasburgo fueron que «la demandante se casó con M. D. en noviembre de 1971 según los ritos y tradiciones propias de la comunidad gitana. De esta unión nacieron seis hijos. La interesada vivió con M.D. hasta el fallecimiento de este último, el 24 de diciembre de 2000. El Registro Civil les expidió un libro de familia el 11 de agosto de 1983, donde figuran inscritos la pareja y sus hijos. El 14 de octubre de 1986, obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el que se exigía la condición de ‘cónyuge’ (párrafo 27 anterior) y se han beneficiado de todos los derechos inherentes. Por otro lado, M.D. estaba afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días, y poseía una cartilla de beneficiario donde figuraban a su cargo la demandante, en tanto que esposa, y sus seis hijos. Para el Tribunal se trata en este caso de un documento oficial en la medida en que está sellado por la agencia número 7 de Madrid del INSS» (párrafo 52 de la Sentencia de 8 de diciembre de 2009).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su decisión tomó en consideración la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmada por el reconocimiento oficial de su situación por parte de las autoridades, que engendró en la interesada la legítima expectativa de ser considerada como la esposa de M.D. y de formar con este una pareja casada reconocida. De este modo el rechazo a reconocer la condición de cónyuge a la demandante a

los fines de la obtención de la pensión de viudedad apreció que entraba en contradicción con el reconocimiento previo de dicha condición por parte de las autoridades, contrariando así los actos propios.

Por otro lado, en el párrafo 65 de esta misma STEDH considera que «el rechazo a reconocer el derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación con el tratamiento dado, por la ley o por la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como la creencia de buena fe en la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la LGSS), o la situación examinada en la sentencia del Tribunal Constitucional número 199/2004, de 15 de noviembre de 2004 —párrafo 32 anterior—, referido a la ausencia de formalización, por motivos de conciencia, de un matrimonio canónico.» Y teniendo en cuenta las circunstancias del asunto, considera que «esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionada hacia la demandante en relación con el trato reservado al matrimonio de buena fe».

Pues bien, respecto al demandante de amparo no se trata de la celebración de un rito matrimonial basado en costumbres de una determinada etnia, como ocurría en el caso de la STC 69/2007. Por otro lado, no hay constancia en ningún momento de que la Administración reconociera la existencia y validez de su matrimonio, sino que, por el contrario, en la documentación obrante en las actuaciones consta que el estado civil de la pretendida causante de la pensión de viudedad era de «soltera». Tampoco existen indicios de que administración alguna le hubiera reconocido los efectos propios de una persona con vínculo matrimonial.

Las anteriores consideraciones conducen a no estimar vulnerado el derecho a la igualdad aducido por el recurrente y, como consecuencia, a desestimar el presente recurso de amparo.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE

CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN
ESPAÑOLA,
Ha decidido
Desestimar el recurso de amparo interpuesto por
don XXXX.
Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial
del Estado».

Dada en Madrid, a uno de diciembre de dos mil
catorce.- Adela Asua Batarrita.- Fernando Valdés
Dal-Ré.- Juan José González Rivas.- Pedro José
González-Trevijano Sánchez.- Ricardo Enríquez
Sancho.- Antonio Narváez Rodríguez.- Firmado
y rubricado.