

Dossier de

Jurisprudencia

Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS

Emilio Cortés Bechiarelli
(Director)



Carlos L. Alfonso Mellado
Ángel Blasco Pellicer
José Flors Matías
María Aránzazu Gandía Sellens
Juan Antonio García Amado



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizabal



tirant lo blanch

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 2
Sentencias de especial relevancia TC y TS

CARLOS L. ALFONSO MELLADO
ÁNGEL BLASCO PELLICER
JOSÉ FLORS MATÍES
MARÍA ARÁNZAZU GANDÍA SELLENS
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO



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.S.: 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.....	38
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ...	108
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social.....	130
Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional	157

CIVIL

JOSÉ FLORS MATÍES

(Tol 4712377)

Cabecera: Recurso extraordinario por infracción procesal. Incorrecta aplicación de la carga de la prueba cuando por prueba practicada por la parte a quien perjudica. Recurso de casación. Acción de anulación de seguro de vida «unit linked» por error vicio de consentimiento. Cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación. Día inicial: consumación del contrato, inte Civil en el caso de contratos financieros o de inversión complejos. Día final: diligencias preliminares demanda. Legitimación pasiva de la entidad bancaria. La tiene: la mediación de dicha entidad fue más formal invirtió la prima eran de empresas de su grupo empresarial y el producto fue diseñado por el banco Información exigible en la promoción de un seguro de vida «unit linked»: es la regulada en la normativa sobre seguros privados no puede rebajar las exigencias de información al cliente no profesional. Error vicio del consentimiento, esencial y excusable: concurre por no haberse informado correctamente naturaleza y riesgos del producto con la suficiente antelación, al asesorarle mediante la promoción. Perfil del cliente: el hecho de tener un patrimonio considerable y de haber realizado otras inversiones, carácter experto del cliente. Confirmación del contrato: no lo supone la aceptación del rescate de parte de la inversión.

Contrato de inversión. Vicios del consentimiento. Anulación de un seguro de vida «unit linked multiestrategia» por falta de información sobre la naturaleza y el riesgo del producto. Principio de adquisición probatoria y carga de la prueba. Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento. Determinación del día inicial. Eficacia de las diligencias preliminares promovidas antes del día final. Legitimación pasiva de la entidad bancaria. Información exigible en la promoción de un seguro de vida. Perfil del cliente. Confirmación del contrato: no se aprecia. Caducidad y prescripción* acciones de nulidad. Dies a quo prescripcion

Jurisdicción: Civil

Ponente: Rafael Sarazá Jimena

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 12/01/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Número Sentencia: 769/2014

Número Recurso: 2290/2012

Supuesto de hecho: El Supremo anula un contrato de seguro de vida con una entidad bancaria por falta de información. La sentencia condena al banco a devolver a una ciudadana alemana los 250.000 euros invertidos más intereses

RESUMEN

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha anulado el contrato de seguro de vida «unit linked multiestrategia», suscrito por una ciudadana alemana con el Banco Santander, por falta de información sobre la naturaleza y riesgo del producto.

La sentencia condena al banco a devolver a la demandante los 250.000 euros invertidos más los intereses con aplicación de las cantidades parciales recibidas durante la tramitación del litigio.

El Pleno de la Sala Primera estima el recurso de casación presentado por la recurrente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 18 de marzo de 2012, que rechazó su demanda contra la entidad financiera. La demandante alegó que sólo tuvo conocimiento de que podía perder su dinero seis años después de firmar el contrato, el 11 de diciembre de 2011, cuando se suspendió la liquidación periódica de los beneficios y fue informada de que su inversión estaba afectada por el llamado ‘caso Madoff’. No aceptó la oferta del banco de compensarle con preferentes.

COMENTARIO

I. ANTECEDENTES

Una ciudadana alemana residente en España formuló demanda contra «Banco Santander, S.A.» en la que solicitaba la declaración de nulidad de un contrato de seguro de vida «unit linked multiestrategia» que había contratado a través del referido banco. La pretensión se fundaba en la existencia de un vicio en el consentimiento, afirmando la actora que no había sido informada adecuadamente de la naturaleza y del riesgo del producto que contrató, y que solo había tenido conocimiento de que podía perder la inversión realizada cuando, suspendida la liquidación periódica de los beneficios, se le informó por el banco de que dicha inversión había sido afectada por el llamado «caso Madoff», ofreciéndole la posibilidad de compensarle mediante la entrega de «acciones preferentes», lo que aquélla rechazó.

En la demanda se solicitaba que se declarase la nulidad del contrato y que se condenara al Banco demandado a restituir a la actora la cantidad invertida por ella, con sus intereses legales desde el día de la celebración del contrato. Antes de la interposición de la demanda la actora había promovido unas diligencias preliminares contra Banco de Santander con la petición de que se le entregara documentación relativa al contrato celebrado.

El Banco Santander se opuso a la demanda aduciendo: 1°) La excepción de falta de legitimación pasiva, con fundamento en que no había sido parte en el contrato celebrado, sino que había intervenido solamente como mediadora de seguros, siendo la aseguradora la compañía Cardif; 2°) La excepción de caducidad de la acción, por haberse interpuesto la demanda cuando ya había transcurrido el plazo legalmente establecido, a contar desde el día en que el seguro de vida comenzó a surtir efectos; 3°) En cuanto al fondo sostuvo que no se había producido el error de consentimiento denunciado, puesto que: la demandada no era una simple ama de casa sin experiencia en el mundo de los negocios, sino la dueña de un importante grupo de sociedades; fue informada correctamente de la naturaleza y riesgos de la inversión; se le entregaron documentos explicativos, en concreto una «presentación» con las características del seguro; la documentación contractual contenía la información adecuada sobre los riesgos; se le contestó a cuantas preguntas formuló sobre el producto; y no planteó nunca la demandante queja alguna sobre la información suministrada; 4°) En todo caso, el contrato se habría convalidado por la conducta posterior de la demandante. Alegó también que al ser la actuación de Banco Santander la de un mediador de seguros, no era de aplicación la legislación sobre el mercado de valores, sino la de mediación de seguros privados.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda. En ella se entendía que se había ejercitado una acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, que la consumación del contrato se habría producido por el concurso de voluntades de ambos contratantes, lo que tuvo lugar el día de la firma del contrato, y que, por lo tanto, en la fecha de presentación de la demanda la acción había caducado. Además, se afirmaba que la pretensión se habría ejercitado incorrectamente contra el mediador, que no es parte en el contrato de seguro, sino solamente un intermediario entre el cliente y la aseguradora. Consideró, asimismo, que por ello era aplicable la normativa de seguros privados, cuya infracción no había alegado la demandante.

Recurrida esta sentencia en apelación por la demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso por entender que la acción había caducado, al haber transcurrido más de cuatro años entre la consumación del contrato y el ejercicio de la acción, sin que cupiera atribuir efectos interruptivos (pues se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción) a la promoción de las diligencias preliminares. A efectos del cómputo de dicho plazo, el tribunal provincial no aceptó que el contrato fuera de tracto sucesivo, como se afirmaba por la demandante, ya que entendía que ésta no lo había

demostrado mediante la aportación de ninguna liquidación mensual a su favor que así lo acreditara.

Contra la sentencia de segunda instancia la misma parte demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

II. MOTIVOS DE LOS RECURSOS

a) El recurso extraordinario por infracción procesal se fundó en un único motivo, al amparo del artículo 469.1. 2º LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), en el que se denunciaba la infracción del artículo 217.2 (normas reguladoras de la carga de la prueba) y del artículo 218.2 (motivación lógica) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) El recurso de casación, basado en el presupuesto de concurrencia de interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, se fundó en dos motivos en los que se denunciaban las siguientes infracciones:

1) Infracción del artículo 1301 del Código Civil, respecto a la calificación jurídica como de prescripción del plazo de cuatro años señalado en dicho precepto. La concurrencia del interés casacional se fundaba en la oposición de lo resuelto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las sentencias de 14 de noviembre de 2008, rec. núm. 74/2003; de 9 de mayo de 2007, rec. núm. 2097/2000; de 8 de octubre de 2007, rec. núm. 4447/2000 y de 11 de junio de 2003, rec. núm. 3166/1997.

2) Infracción del artículo 1301 del Código Civil, respecto a la cesación del *iter* de la caducidad. El interés casacional se fundaba en la oposición de lo resuelto a la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1979, 23 de diciembre de 1983 y 5 de abril de 2005.

3) Infracción del artículo 1973 del Código Civil, respecto de la interrupción de la prescripción. La concurrencia de interés casacional se fundaba en la oposición de lo resuelto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la establecida en las sentencias de 12 de noviembre de 2007, rec. núm. 2059/2000 y de 13 de diciembre de 2011, rec. núm. 2017/2008.

III. DECISIÓN DE LOS RECURSOS

El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo declara haber lugar a ambos recursos con fundamento en lo siguiente:

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

La sentencia de instancia negaba que el contrato litigioso fuera de tracto sucesivo, como se pretendía y calificaba por la parte demandante-apelante, porque ésta no había aportado ningún documento (en concreto, ninguna liquidación mensual de beneficios a su favor) que así lo demostrara. Sin embargo, el documento núm. 11 aportado con la contestación a la demanda por el Banco Santander demandado, recogía como una de las características del producto que los fondos de inversión en que se invertía el importe de la prima tenían una liquidación mensual, y el propio Banco Santander, en su contestación a la demanda, admitía que se trataba de un contrato de tracto sucesivo. Con base en ello, la recurrente consideraba que se había infringido el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no tomarse en consideración, en contra de quien la había aportado, la prueba documental en cuestión, y también el artículo 218.2 de la misma Ley, porque tal omisión era arbitraria e ilógica.

El Tribunal Supremo estima el recurso por «vulneración de las reglas de la carga de la prueba al no tomar en consideración un documento en contra de quien lo aportó», y declara que *«Conforme a la doctrina jurisprudencial «los resultados de las actividades procesales son comunes a las partes, de modo que aportado un documento a un procedimiento por una de las partes, ambas pueden aprovecharse de su contenido. Por ello esta Sala destaca la libertad del juez para valorar la prueba practicada sin atender la concreta parte que la haya aportado» (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1271/2004, de 27 diciembre, 445/2005, de 31 mayo, y de 22 de noviembre de 2006). El hecho de que la demandante no haya aportado ninguna prueba de la que resulte que el contrato suscrito tenía liquidaciones mensuales no puede perjudicarle desde el momento en que Banco Santander, parte demandada, había aportado un documento en que así se afirmaba, e incluso en su contestación a la demanda reconocía que el contrato de seguro de vida suscrito era un contrato de tracto sucesivo. La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar los hechos relevantes para decidir el proceso. Si un hecho relevante resulta acreditado en virtud de la prueba practicada por la parte a quien perjudica, y más aún, si resulta admitido por dicha parte, debe quedar incorporado al proceso aunque tal incorporación no responda a la iniciativa probatoria de aquel a quien beneficia» (F.J. 3°).*

La sentencia se ciñe, obviamente, al motivo del recurso y da respuesta a lo que en él se plantea por la parte recurrente, pero la cuestión que en dicho motivo se suscita requeriría de alguna mayor precisión:

a) Si, como se afirma en la sentencia, la actora afirmó en su demanda que el contrato litigioso era de tracto sucesivo porque se practicaban liquidaciones mensuales y el banco demandado admitió en su contestación tanto el hecho de las liquidaciones mensuales como aquella calificación, ese hecho admitido por ambas partes (la existencia de liquidaciones mensuales) no requería de prueba alguna, y el tribunal de instancia debió partir de su incuestionada existencia para efectuar la calificación jurídica que considerase procedente. En el proceso regido por el principio dispositivo, la prueba ha de versar sólo sobre los hechos controvertidos, estando «exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes» (art. 281.3 LEC), lo que acontece tanto si las partes afirman un mismo hecho, como si el hecho afirmado por una de ellas es admitido por la contraria (art. 405.2 LEC).

Así pues, si en la sentencia de instancia no se reconoce la existencia de ese hecho admitido por ambas partes litigantes y se reprocha a la actora que no desplegara actividad probatoria para acreditarlo, lo que en esa resolución se infringe no son las reglas de la carga de la prueba, sino las atinentes al principio dispositivo enunciado en el artículo 216 LEC como de justicia rogada. Conforme a este principio, una vez delimitado por las partes el objeto del proceso y del debate mediante la admisión por ambas de un determinado hecho, tal acto de disposición sobre ese hecho vincula a los órganos jurisdiccionales, que deben partir del mismo para la decisión del litigio, sin que quepa a estos exigir la prueba del hecho admitido. Desde este punto de vista nos parece que hubiera sido de mayo corrección fundar el recurso en la infracción de las normas reguladoras de los requisitos internos (contenido) de la sentencia, con base en lo dispuesto en el artículo 469. 1. 2º en relación con el artículo 216 y 281.3, todos de la LEC.

b) Aparte de lo anterior, en el recurso y en su decisión parecen confundirse dos cosas diferentes: el principio de adquisición procesal y la carga de la prueba.

Conforme al principio de aportación de parte (art. 216 LEC), son éstas las que deben alegar los hechos (constitutivos, por parte del actor; excluyentes, impeditivos y extintivos, por parte del demandado) que constituyen el supuesto de la norma cuya aplicación piden, pero para que el tribunal los tenga en cuenta no es preciso distinguir cuál de ellas los ha alegado y probado. El principio de adquisición procesal supone que estando los hechos (cualesquiera hechos) bien alegados por las partes, y estando probados esos hechos en el proceso por medios propuestos por cualesquiera de aquellas, el tribunal debe partir de esos hechos en la sentencia, independientemente de cuál de las partes los haya probado. Esto es lo que viene a

reconocer la sentencia que resuelve el recurso extraordinario por infracción procesal, reiterando lo que constituye doctrina jurisprudencial consolidada, pero esto es algo que no se corresponde con la carga de la prueba. Es más, en esas circunstancias (probados por una u otra parte los hechos alegados por ellas) la doctrina de la carga de la prueba ni siquiera entra en juego. La doctrina y las reglas de la carga de la prueba (art. 217 LEC) adquieren su verdadero significado cuando se trata de atender a lo que debe hacer el tribunal al final del proceso para resolver sobre los hechos controvertidos por las partes: no se trata tanto de determinar *a priori* qué hechos deben ser probados por cada una de ellas, sino de establecer las consecuencias de la falta de prueba de aquellos hechos. Ante un hecho introducido en el proceso y no probado, aquellas reglas determinan cuál de las partes ha de soportar las consecuencias de esa falta de prueba.

2. Recurso de casación

En los dos motivos del recurso de casación se plantean por la parte recurrente las siguientes cuestiones: 1) En primer lugar (primer subapartado del primer motivo) se denuncia la infracción del artículo 1301 del Código Civil y se sostiene que el plazo de cuatro años señalado en tal precepto legal es un plazo de prescripción y no de caducidad; 2) En segundo lugar (segundo subapartado del primer motivo) se denuncia la infracción del artículo 1973 del Código Civil respecto de la interrupción de la prescripción; 3) Finalmente, en el segundo motivo, se denuncia la infracción del artículo 1301 del Código Civil, respecto a la cesación del *iter* de la caducidad causada por las diligencias preliminares promovidas por la demandante antes del transcurso del plazo de cuatro años previsto en dicho precepto legal.

A) Primer motivo. Naturaleza del plazo.

El primer motivo (en sus dos subapartados) se desestima por causa de inadmisión, ya que en él la parte recurrente plantea una cuestión nueva cuando cuestiona la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción, sosteniendo por vez primera que se trata de un plazo de prescripción y que, como tal, es susceptible de interrupción.

La demandante, en el recurso de apelación, combatió el cómputo del plazo de caducidad hecho por el Juzgado, tanto en su momento inicial (por considerar que al tratarse de un contrato de tracto sucesivo no se había consumado en el momento de su perfección), como en su momento final (puesto que antes de la interposición de la demanda se promovieron unas diligen-

cias preliminares), pero no cuestionó jamás que se tratara de un plazo de caducidad. Consecuentemente, se desestima el motivo conforme a la doctrina jurisprudencial que veda plantear en la casación cuestiones «per saltum», teniendo tal consideración aquellas que habiendo podido plantearse en la apelación, no lo fueron.

En cualquier caso, la Sala no considera necesario entrar a decidir de oficio sobre la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error en el consentimiento, cuya calificación como plazo de caducidad no le ofrece ninguna duda (como se viene reconociendo en multitud de recientes sentencias).

B) Segundo motivo. Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción

Al pronunciarse sobre el segundo motivo del recurso, en esta sentencia del Pleno se consolida doctrina jurisprudencial sobre dos cuestiones de indudable interés, atinentes a: 1) La determinación del día inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos, por error en el consentimiento, y 2) A la eficacia, en orden al ejercicio tempestivo de la acción, de las diligencias preliminares que se hubieren promovido antes del «dies a quo».

Comenzaremos, como lo hace la sentencia comentada, por esta última cuestión.

a) La cesación del transcurso del plazo de caducidad por la promoción de diligencias preliminares seguidas de la interposición de la demanda de anulación

Incluso en el caso de aceptarse que el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción fuera el de perfección del contrato (como se sostiene las sentencias de instancia y no se comparte, como luego se verá, por la sentencia de casación), la Sala llega a la conclusión de que dicha acción fue ejercitada dentro del plazo legal, ya que las diligencias preliminares promovidas por la demandante lo fueron dentro del plazo de cuatro años contados desde esa fecha inicial. La argumentación del Pleno es la siguiente: *«Dado que a continuación de la tramitación de dichas diligencias preliminares, una vez que la demandante pudo obtener la documentación solicitada a la demandada, se procedió a la interposición de la demanda, ha de considerarse que el transcurso del plazo de ejercicio de la acción cesó cuando se promovieron las diligencias preliminares, y que la acción fue ejerci-*

tada dentro de plazo, puesto que las diligencias preliminares son actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción que, una vez presentada la demanda a continuación de aquellas, quedan integradas en el ejercicio de dicha acción a los efectos de decidir si esta ha sido ejercitada en plazo».

Esta afirmación de la Sala pudiera parecer que no se aviene con la naturaleza meramente instrumental y preparatoria que la doctrina suele atribuir a las diligencias preliminares, y mucho menos si se las califica, como hacen algunos autores, de actuaciones de jurisdicción voluntaria tendentes a despejar dudas sobre lo que puede ser materia de un eventual futuro proceso. Con las diligencias preliminares no se ejercita la pretensión de ese futuro proceso (en el caso, la pretensión de anulación del contrato por vicio del consentimiento), sino sólo una petición encaminada a esclarecer algún elemento desconocido para el posterior ejercicio de aquella pretensión, pero lo bien cierto es que con este pronunciamiento de la Sala se consolida doctrina al respecto, atribuyendo a la promoción de dichas diligencias, una vez presentada la demanda a continuación de aquellas (se entiende que dentro del plazo de un mes al que se refiere el artículo 256.3 LEC), el efecto de quedar integradas en el ejercicio mismo de la acción a los efectos de decidir si esta ha sido ejercitada en plazo. La cuestión ya había sido resuelta en el mismo sentido en la sentencia de la propia Sala núm. 225/2005, de 5 abril (To/622910), cuya doctrina se reitera y cita expresamente en esta: *«El tema de la posible caducidad de la acción de impugnación, referido, es tratado acertadamente por las dos Sentencias de la instancia, y hay que estar a lo decidido de conformidad por las mismas, dado que la cesación del «iter» de esa caducidad obró con la presentación de las Diligencias Preliminares del juicio, planteadas por la parte actora previamente a la de la demanda de la esposa, pues, limitadas a la exhibición y aportación de documentos que se referían al ejercicio de tal acción, lo actuado se unió, formando parte de la demanda, conforme al art. 502-2º LEC, y dicha reclamación se hizo antes del transcurso del término anual de caducidad dicho, ya que no hay que separar el procedimiento referido del proceso propio, al formar parte de él».*

b) La determinación del día inicial para el ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento en los contratos complejos

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil, *«[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...].».* El día inicial del cómputo del plazo no es, pues, el de la perfección

del contrato, como se sostenía erróneamente en la instancia al afirmar que «la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes». La Sala destaca que no debe confundirse la consumación del contrato a que hace mención el artículo 1301 del Código Civil con la perfección del mismo, y reitera la doctrina establecida en la sentencia núm. 569/2003, de 11 de junio (*Tol 276114*), que resulta de especial interés por referirse a contratos de tracto sucesivo (en dicha sentencia se recuerdan pronunciamientos anteriores contenidos en las sentencias de la propia Sala de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928, 11 de julio de 1984, 27 de marzo de 1989 y 5 de mayo de 1983). No basta, por tanto, la perfección del contrato; es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción, y al interpretar hoy el artículo 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, considera que no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a *«la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»*, tal como establece el artículo 3 del citado Código.

La complejidad de las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento y la de los actuales los contratos bancarios, financieros y de inversión ofrece una considerable diferencia, de ahí que, en casos como el que es objeto del recurso, no pueda interpretarse la «consumación del contrato» como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que se redactó el Código civil, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos, permitía que el contratante afectado por el vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Por otra parte, en el espíritu y en la finalidad de la norma se encontraba desde su origen el tradicional requisito de la «actio nata», conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica dicho ejercicio.

Con base en ello, se estima el motivo del recurso y se establece la siguiente doctrina: *«En las relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de*

devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error. En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento».

IV. ASUNCIÓN DE LA INSTANCIA Y DECISIÓN SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO CONFORME A LO PLANTEADO EN EL RECURSO DE APELACIÓN

La consecuencia de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la de este segundo motivo del recurso de casación, admitiendo que la acción de anulación se ejercitó dentro de plazo, es la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la asunción de la instancia por el Tribunal Supremo para resolver sobre el objeto del proceso conforme a lo planteado por la parte recurrente en su recurso de apelación. En este cometido aborda las siguientes cuestiones:

1. La legitimación pasiva de la entidad bancaria demandada

Se trata de una cuestión de hecho. En la propia documentación aportada por Banco Santander con su contestación a la demanda se hacía aparecer el producto denominado «Unit Linked Multiestrategia» como una fórmula para invertir en Fondos de Gestión Alternativa de Optimal, siendo Optimal Investment Services una «compañía establecida en Suiza y dedicada a la gestión de inversiones alternativas que pertenece en un 100% al Grupo Santander». El contenido de dicho documento, que fue utilizado para ofertar el producto a la demandante en una reunión que varios empleados del banco mantuvieron con ella, muestra que Banco Santander ofertó a la demandante un producto de inversión en el que el dinero de la cliente se invertía en unos fondos de inversión de una compañía del propio Banco Santander (más exactamente, de su grupo empresarial). Y que eran razones fiscales las que habían llevado a Banco Santander a celebrar un acuerdo con una aseguradora para que la inversión se articulara a través de un seguro de vida «unit linked». Se trataba de un producto diseñado por Banco Santander, comercializado en su red de oficinas por los empleados de Banco Santander, promocionado mediante

una presentación con el membrete de Banco Santander (más exactamente, «Banca Privada Santander Central Hispano» y su logotipo) y documentado en impresos con el mismo membrete de Banco Santander, en el que la inversión iba finalmente a una empresa de su grupo, y de cuya evolución informaba periódicamente Banco Santander a su cliente en los estadillos relativos a la cartera de inversiones financieras de esta. En este esquema negocial, la intervención accesoria no era, como se pretende por la recurrida, la de Banco Santander como mediador de seguros, sino la de Cardif como compañía de seguros a través de la cual, mediante un seguro de vida «unit linked», el Banco Santander comercializaba sus fondos de inversión mediante un producto que suponía un mejor trato fiscal para el cliente. La consecuencia es que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por su actuación y no por la de Cardif. De lo contrario, se estaría permitiendo a Banco Santander prevalerse de una estructura negocial artificial y meramente formal, que encubre una inversión en fondos emitidos por empresas de su grupo, para dificultar la satisfacción de los legítimos derechos de sus clientes.

2. La información exigible y el vicio del consentimiento

Sobre este particular se reitera la doctrina establecida en la sentencia del pleno de la Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (Tol....) en la que se recoge y resume la doctrina jurisprudencial sobre el «error vicio». En esa sentencia, con cita de otras anteriores, se afirmaba que hay vicio por error en el consentimiento cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea, y se entendía que en el ámbito del mercado de valores, productos y servicios de inversión, *«el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo»*.

La consecuencia de la anterior afirmación es que «la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o pro-

ducto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa».

3. Normativa aplicable a la información que debe ser facilitada al cliente

Lo ofertado y contratado por la demandante fue un producto de inversión, que se articuló a través de un seguro de vida «unit linked», fórmula contractual diseñada por el banco, con la colaboración de una aseguradora, para hacerla más atractiva a sus clientes desde el punto de vista fiscal. En esas circunstancias, «no puede aceptarse la pretensión de rebajar el nivel de exigencia en la información a facilitar al inversor por la empresa de servicios de inversión (en este caso, el banco que diseñó el producto y lo ofertó a sus clientes a través de su red de oficinas), por el procedimiento de entender que no es aplicable la normativa reguladora del mercado de valores, muy exigente en materia de información a suministrar al potencial inversor, y sí solamente la normativa sobre seguros privados, que contiene unas previsiones mucho más genéricas, como es el caso de las contenidas en el art. 60 de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Esta última normativa será aplicable en cuanto contenga determinadas regulaciones específicas propias del contrato de seguro, que se añaden a las que rigen con carácter general las obligaciones y contratos y con carácter particular los contratos de inversión, pero no en el sentido de rebajar las obligaciones de información que establece la normativa reguladora del mercado de valores».

4. El perfil del cliente contratante

El hecho de que la cliente tuviera un patrimonio considerable, lo que determinó su calificación como «cliente de banca privada» (que es una calificación realizada por el propio Banco, no por la cliente), no determina por sí solo que se trate de una persona experta en inversiones, del mismo modo que el hecho de que dicha señora hubiera hecho con anterioridad algunas inversiones, no la convierte tampoco en cliente experta. La contratación de

algunos productos de inversión con el asesoramiento de Banco Santander (alguno en las mismas fechas que el seguro de vida «unit linked»), sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente. En definitiva, *«el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa»*.

5. Estimación de la demanda

La Sala rechaza que los hechos en que se basa el Banco demandado para afirmar que se ha producido la confirmación del contrato sean adecuados para provocar tal efecto y termina estimando la demanda, lo que supone la declaración de nulidad del contrato suscrito por la demandante y la condena a Banco Santander a restituir a la actora la cantidad invertida, con los intereses legales desde la fecha en que aquella abonó dicha cantidad o le fue cargada en su cuenta, y con aplicación de las cantidades parciales recibidas por la misma durante la tramitación del litigio.

Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO
Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán
SENTENCIA
Sentencia N°: 769/2014
Fecha Sentencia : 12/01/2015
CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL
Recurso N° : 2290/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando
Votación y Fallo: 10/12/2014
Ponente Excmo. Sr. D. : Rafael Sarazá Jimena
Procedencia: Sección 3.ª de la Audiencia Provincial
de Santa Cruz de Tenerife
Secretaría de Sala : Sección 002
Escrito por : MRP

Recurso extraordinario por infracción procesal. Incorrecta aplicación de la carga de la prueba cuando por prueba practicada por la parte a quien perjudica.
Recurso de casación. Acción de anulación de seguro de vida “unit linked” por error vicio de consentimiento. Cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación. Día inicial: consumación del contrato, inter civil en el caso de contratos financieros o de inversión complejos. Día final: diligencias preliminares demanda.
Legitimación pasiva de la entidad bancaria. La tiene: la mediación de dicha entidad fue más formal invirtió la prima eran de empresas de su grupo empresarial y el producto fue diseñado por el banco Información exigible en la promoción de un seguro de vida “unit linked”: es la regulada en la norm

normativa sobre seguros privados no puede rebajar las exigencias de información al cliente no prof Error vicio del consentimiento, esencial y excusable: concurre por no haberse informado correctamente naturaleza y riesgos del producto con la suficiente antelación, al asesorarle mediante la promoción Perfil del cliente: el hecho de tener un patrimonio considerable y de haber realizado otras inversion carácter experto del cliente.

Confirmación del contrato: no lo supone la aceptación del rescate de parte de la inversión.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2290/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Votación y Fallo: 10/12/2014

Secretaría de Sala: Sección 002

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 769/2014

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel D. José Antonio

Seijas Quintana D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

D. José Luis Calvo Cabello

En la Villa de Madrid, a doce de Enero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación núm. 2290/2012, interpuesto por D^a. Loreto, representada ante esta Sala por el procurador D. Jorge Vázquez Rey, contra la sentencia núm. 271/2012, de 18 de mayo, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 41/2012, dimanante de las actuaciones de procedimiento ordinario núm. 1724/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife. Ha sido parte recurrida la entidad «Banco Santander Central Hispano, S.A.», representada ante esta Sala por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La procuradora de D.^a Loreto, presentó, en el Decanato de los Juzgados de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 13 de octubre de 2009, demanda de juicio ordinario contra la entidad «Banco Santander Central Hispano, S.A», que, tras ser repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6, en el que fue registrada como procedimiento ordinario núm. 1724/2009, cuyo suplico decía: «[...] dicte sentencia por la que se declare la nulidad radical del contrato objeto de litis por los motivos expuestos, condenando a abonar a mi mandante el precio de doscientos cincuenta mil euros (250.000 euros) junto con sus intereses legales, desde el día 6 de julio de 2005, fecha del contrato inexistente, así mismo a estar y pasar por dicha declaración, todo ello con expresa imposición de costas al demandado, con cuanto demás sea procedente en Derecho.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la entidad demandada para su contestación.

La representación procesal de la demandada, en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: «[...] dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante.»

TERCERO.- El magistrado-juez de primera instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife dictó, con fecha 25 de julio de 2011, sentencia cuyo fallo disponía:

«Que debo desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Doña Loreto contra Banco Santander absolviendo al demandado de todos los pedimentos de contrario. Se condena en costas a la parte actora»

Tramitación en segunda instancia

CUARTO.- La procuradora de la demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y solicitó al Juzgado: «[...] con elevación de la presente apelación a la superioridad, se dicte en su día Sentencia, en la que, revocando la de primera instancia, en justicia se estime la demanda interpuesta por mi

mandante por los argumentos expresados, con imposición expresa de las costas, no sólo por ser preceptivas sino por la mala fe en la actuación del demandado, que abusó de la confianza de su cliente, mi mandante, en beneficio propio, con cuanto demás sea procedente en Derecho.»

QUINTO.- Del recurso de apelación interpuesto se ordenó dar traslado a la representación procesal de la parte contraria, quien suplicó al Juzgado: «[...] remita los autos a la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, a fin de que por ésta se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación y se confirme íntegramente la Sentencia de 25 de julio de 2011, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.»

SEXTO.- La resolución del recurso de apelación interpuesto correspondió a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el núm. 41/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 271/2012, de 18 de mayo, con el siguiente fallo: *«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a Ana Isabel Schwartz Gutiérrez, actuando en nombre y representación de D^a Loreto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos núm. 1724/2009 de los que el presente rollo dimana, que se confirma en todos sus pronunciamientos, con imposición a la parte apelante de la costas causadas en la presente alzada.»*

Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación

SÉPTIMO.- La procuradora de la apelante interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en apelación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se fundamentó en la vulneración de los artículos 217.2 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para la interposición del recurso de casación se alegaron:

- Infracción del artículo 1301 del Código Civil, respecto a la calificación jurídica como de pres-

cripción del plazo de cuatro años señalado en el mismo. Interés casacional, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto a las sentencias de 14 de noviembre de 2008, rec. núm. 74/2003; de 9 de mayo de 2007, rec. núm. 2097/2000; de 8 de octubre de 2007, rec. núm. 4447/2000 y de 11 de junio de 2003, rec. núm. 3166/1997.

- Infracción del artículo 1301 del Código Civil, respecto a la cesación del iter de la caducidad. Interés casacional por oposición a las sentencias de 25 de mayo de 1979, 23 de diciembre de 1983 y 5 de abril de 2005.

- Infracción del artículo 1973 del Código Civil, al respecto de la interrupción de la prescripción. Interés casacional, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto a las sentencias de 12 de noviembre de 2007, rec. núm. 2059/2000 y de 13 de diciembre de 2011, rec. núm. 2017/2008.

OCTAVO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personada la recurrente a través del procurador D. Ángel Luis Fernández Martínez, sustituido por D. Jorge Vázquez Rey, y la parte recurrida por el procurador reseñado en el encabezamiento de esta resolución, se dictó auto de 21 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva decía: *«La Sala acuerda:*

» 1^o) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Doña Loreto, contra la Sentencia dictada, con fecha 18 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3^a) en el rollo de apelación nº41/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1724/2009, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santa Cruz de Tenerife.

» 2^o) Y entréguese copia del escrito de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

NOVENO.- La representante procesal de la entidad recurrida presentó escrito de oposición en

el que, tras alegar lo que tuvo por conveniente, suplicó: «dicte Sentencia por la que:

(i) declare no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal ni al recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 18 de mayo de 2012; (ii) subsidiariamente a todo lo anterior, para el caso de que se estime el recurso de casación, por no haber caducado la acción, y considere que procede entrar en el fondo del asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 487.3 de la LEC resuelva sobre el caso desestimando la demanda; y (iii) en todo caso, con expresa condena en costas a la parte demandante- recurrente.»

DÉCIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y, al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

UNDÉCIMO.- Se designó ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el presente recurso previa votación y fallo del mismo, señalándose para que éstos tuvieran lugar el 25 de junio de 2014.

DUODÉCIMO.- Debido a la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó suspender el señalamiento para votación y fallo y pasar al conocimiento del pleno de la Sala, a la mayor brevedad.

DECIMOTERCERO.- Se señalaron nuevamente la votación y fallo del presente recurso, los cuales tuvieron lugar con fecha 10 de diciembre de 2014.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- D^ª Loreto, ciudadana alemana que pasa temporadas en Tenerife desde hace años, interpuso el 13 de octubre de 2009 una demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander), en la que solicitaba que se declarase la nulidad del contrato de seguro de vida «unit linked multistrategia» que había contratado con el banco demandado por haber sufrido error en el consentimiento, ya que no fue informada adecuadamente de la

naturaleza y riesgo del producto que contrató. Solo tuvo conocimiento de que podía perder la inversión realizada cuando el 11 de diciembre de 2011 se suspendió la liquidación periódica de los beneficios de la inversión y fue informada de que su inversión había sido afectada por el llamado «caso Madoff», y el banco le ofreció compensarle mediante acciones preferentes, ofrecimiento que rechazó.

En la demanda solicitó que se declarase la nulidad del contrato, y que Banco Santander le restituyese los 250.000 euros que había invertido, junto con sus intereses legales desde el día de la celebración del contrato, el 6 de julio de 2005.

Con carácter previo a la interposición de la demanda, la demandante promovió el 28 de abril de 2009 unas diligencias preliminares contra Banco Santander para obtener la documentación relativa al contrato celebrado.

2.- Banco Santander se opuso a la demanda. Alegó la excepción de falta de legitimación pasiva por no ser parte en el contrato celebrado, pues era solamente una mediadora de seguros, siendo la aseguradora la compañía Cardif. También alegó la excepción de caducidad de la acción, al considerar que pese a que la doctrina relativa a la consumación del contrato debe ser matizada para los contratos de tracto sucesivo como el seguro de vida concertado, debe entenderse como fecha inicial del plazo para el ejercicio de la acción el 19 de agosto de 2009 en que el seguro de vida comenzó a surtir efectos. Alegó asimismo que no se había producido el error de consentimiento denunciado puesto que la demandada no era una simple ama de casa sin experiencia en el mundo de los negocios sino que era dueña de un importante grupo de sociedades alemán, fue informada correctamente de la naturaleza y riesgos de la inversión, se le entregaron documentos explicativos (en concreto una «presentación» con las características del seguro, aportada como documento núm. 11 con la contestación a la demanda), la documentación contractual contenía la información adecuada sobre los riesgos, se le contestó a cuantas preguntas formuló sobre el producto y la demandante no planteó nunca queja alguna sobre la

información suministrada, guardando un elocuente silencio durante años.

Alegó también que al ser la actuación de Banco Santander la de un mediador de seguros, no era de aplicación la legislación sobre el mercado de valores sino la de mediación de seguros privados.

3.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimó la demanda. Consideró que se había ejercitado una acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, que la consumación del contrato se habría producido por el concurso de voluntades de ambos contratantes que tuvo lugar el día de la firma del contrato, 6 de julio de 2005, por lo que en la fecha de presentación de la demanda la acción había caducado. Además, la acción se habría ejercitado incorrectamente contra el mediador, que no es parte en el contrato de seguro, solamente un intermediario entre el cliente y la aseguradora. Consideró asimismo que por ello era aplicable la normativa de seguros privados, cuya infracción no había alegado la demandante.

Entendió también el Juzgado que los testigos (los empleados de Banco Santander que intervinieron en la contratación del producto) manifestaron que se preparó una presentación del producto al que acudió con su hija, donde se le explicaron las características del seguro y se contestó a sus preguntas, tras lo cual la demandante se llevó la documentación a casa y después decidió contratar el seguro. Estos testigos coincidieron en que la demandante estaba capacitada para contratar este tipo de seguros, al tener un gran patrimonio. Banco Santander remitió comunicaciones a la demandante informándole de la posición de sus inversiones. Por ello rechazó la existencia de error vicio del consentimiento.

4.- La demandante recurrió en apelación la sentencia. Impugnó la estimación de la excepción de caducidad, pues cuestionó que el momento inicial del cómputo del plazo de cuatro años de caducidad de la acción pudiera situarse en la perfección del contrato, a la vista de que el contrato tenía liquidaciones periódicas de beneficios, que cesaron el 11 de diciembre de 2008, por resultar afectado el contrato por el llamado «caso Madoff». Además, la solicitud de diligencias prelimi-

nares previa a la presentación de la demanda se presentó dentro del plazo de cuatro años desde que se firmó el contrato.

También impugnó que se hubiera estimado la excepción de falta de legitimación pasiva de Banco Santander, pues la demandante solo contrató con este banco, con el que firmó un documento en el que aparece el nombre del banco, y la labor de mediación del banco fue formal y no real porque el banco colocó un producto financiero creado por el propio banco, fondos Optimal. Rechazó asimismo la alegación que Banco Santander hizo durante el proceso en el sentido de que el contrato había sido confirmado por la demandante al aceptar el reintegro parcial de la inversión.

En cuanto al fondo del asunto, alegó que había sufrido un error vicio del consentimiento al contratar el seguro de vida «unit linked multiestrategia» porque hubo una combinación de falta de información y dolo negocial al vender a un cliente sin experiencia productos arriesgados y complicados de entender, y citaba numerosas sentencias de Audiencias Provinciales en que así se consideró. Alegó que la información precontractual fue defectuosa, y puso de relieve las contradicciones entre los empleados del banco que declararon como testigos sobre cómo se facilitó esta información. Realizó diversas consideraciones sobre la complejidad del producto así como la falta de información sobre sus riesgos. Cuestionó la consideración que el Juzgado había hecho del perfil de la demandante, negando que el hecho de que fuera cliente de banca privada supusiera que la demandante tuviera experiencia inversora y conocimientos adecuados para contratar dicho producto así como para invertir cien mil euros en participaciones preferentes que los empleados de Banco de Santander le convencieron para que contratara, con cinco días de diferencia respecto del seguro «unit linked»

5.- Banco Santander se opuso al recurso de apelación. Alegó que la acción de nulidad había caducado porque el día inicial del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción se computa desde que se pagó la prima del seguro. Y que la solicitud de diligencias preliminares no interrumpió

pe el plazo de caducidad. Alegó asimismo que carecía de legitimación pasiva, pues la acción de nulidad solo podía ser ejercitada contra Cardiff, la aseguradora, ya que Banco Santander solo actuó como mediador en el contrato.

También alegó que la Sra. Loreto había confirmado la validez del contrato porque no formuló ninguna queja sobre la insuficiencia de información, tras la suscripción del seguro no hizo objeción alguna, conocido el fraude, solicitó el rescate de la póliza y cobró la parte de la cantidad invertida que se recuperó, sin hacer objeción.

Por último, argumentó que la Sra. Loreto no había sufrido error alguno, pues Banco Santander le proporcionó información completa y suficiente sobre el contrato de seguro, en la que se recogía con claridad las características y riesgos del contrato suscrito, y en concreto la ausencia de garantía del capital. La Sra. Loreto, según Banco Santander, tenía capacidad para entender los términos del contrato y nunca manifestó duda o queja alguna sobre la información que recibió.

6.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación pues consideró que la acción había caducado, al haber transcurrido más de cuatro años entre la consumación del contrato y el ejercicio de la acción, sin que resultara interrumpida por la presentación de las diligencias preliminares porque el plazo de caducidad no puede interrumpirse como puede interrumpirse el plazo de prescripción, sin aceptar que fuera un contrato de tracto sucesivo pues el demandante no había aportado ninguna liquidación mensual a su favor.

7.- La demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra esta sentencia.

Las alegaciones de Banco Santander sobre la inadmisibilidad de los recursos no pueden ser estimadas, pues concurre el interés casacional que justifica la admisión del recurso de casación, y el resto de alegaciones o bien son infundadas, o se refieren a cuestiones atinentes a la prosperabilidad de los motivos de recurso, inadecuadas para fundar una decisión de inadmisibilidad.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Formulación del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con un epígrafe en el que, al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de los arts. 217.2 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En el desarrollo del motivo la recurrente alega que la sentencia no se ha referido en ningún momento a las liquidaciones mensuales que configurarían el contrato como de tracto sucesivo. Sin embargo, se alega, el producto generaba unas liquidaciones mensuales que se cargaban en el saldo variable del propio producto. La existencia de tales liquidaciones mensuales vendría reconocida por la propia demandada al aportar el documento núm. 11 de la contestación a la demanda en el que se recoge que cada uno de los tres fondos de riesgo en que se invierte la prima tiene una liquidación mensual, lo que supone que el contrato es de tracto sucesivo.

Sin embargo, se alega, tal documento no existiría para la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ni para la sentencia de la Audiencia Provincial, que recriminan a la demandante no haber presentado prueba de las liquidaciones mensuales.

Por ello se habría infringido el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no tomarse en consideración, en contra de quien la había aportado, la prueba documental en cuestión.

Además, consideró la recurrente que se infringía el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque tal omisión era arbitraria e ilógica.

TERCERO.- Vulneración de las reglas de la carga de la prueba al no tomar en consideración un documento en contra de quien lo aportó

1.- La sentencia recurrida niega que el contrato en cuestión sea de tracto sucesivo porque la parte demandante no ha aportado ninguna liquidación mensual a su favor.

Sin embargo, el documento núm. 11 aportado con la contestación a la demanda por Banco Santander recoge como una de las características del producto que los fondos de inversión en que se invierte el importe de la prima tienen una liquidación mensual, y Banco Santander, en su contestación a la demanda, admitió que se trataba de un contrato de tracto sucesivo.

2.- Es jurisprudencia pacífica la que afirma que «los resultados de las actividades procesales son comunes a las partes, de modo que aportado un documento a un procedimiento por una de las partes, ambas pueden aprovecharse de su contenido. Por ello esta Sala destaca la libertad del juez para valorar la prueba practicada sin atender la concreta parte que la haya aportado» (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1271/2004, de 27 diciembre, 445/2005, de 31 mayo, y de 22 de noviembre de 2006).

El hecho de que la demandante no haya aportado ninguna prueba de la que resulte que el contrato suscrito tenía liquidaciones mensuales no puede perjudicarle desde el momento en que Banco Santander, parte demandada, había aportado un documento en que así se afirmaba, e incluso en su contestación a la demanda reconocía que el contrato de seguro de vida suscrito era un contrato de tracto sucesivo.

La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar los hechos relevantes para decidir el proceso. Si un hecho relevante resulta acreditado en virtud de la prueba practicada por la parte a quien perjudica, y más aún, si resulta admitido por dicha parte, debe quedar incorporado al proceso aunque tal incorporación no responda a la iniciativa probatoria de aquel a quien beneficia.

La alegación de Banco Santander de que la demandante confunde la publicación mensual del valor de la cesta en que se invirtió la prima con las liquidaciones periódicas de beneficios, para justificar que no se trata de un contrato de tracto sucesivo, no solo pretende hacer una interpretación del término «liquidación» ajena a su significación usual (no olvidemos que se trataba de un documento de información a potenciales clientes), sino que además se contradice con la ad-

misión en su contestación a la demanda de que el contrato controvertido era de tracto sucesivo. Recurso de casación

CUARTO.- Formulación del recurso de casación

1.- Aunque el recurso de casación se articula en dos apartados, el primero a su vez se subdivide en otros dos subapartados, con lo que en realidad son tres los motivos que se plantean.

En el primero se alega la infracción del artículo 1301 del Código Civil, y se sostiene que el plazo de cuatro años señalado en tal precepto legal es un plazo de prescripción.

2.- En el segundo (sería el segundo subapartado del primer motivo) se alega la infracción del artículo 1973 del Código Civil respecto de la interrupción de la prescripción, derivada de que la sentencia recurrida considera que el plazo de ejercicio de la acción es de caducidad.

3.- En el último motivo se alega la infracción del artículo 1301 del Código Civil, respecto a la cesación del *iter* de la caducidad causada por las diligencias preliminares promovidas por la demandante antes del transcurso del plazo de cuatro años previsto en dicho precepto legal.

QUINTO.- El cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento

1.- La recurrente plantea una cuestión nueva cuando en los dos primeros subapartados del recurso de casación cuestiona la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción para conseguir la anulación del contrato por la concurrencia de error vicio. Ahora sostiene que se trata de un plazo de prescripción y que, como tal, es susceptible de interrupción.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia apreció la caducidad de la acción. La demandante, en el recurso de apelación, combatió el cómputo del plazo de caducidad hecho por el Juzgado, tanto en su momento inicial, por considerar que al tratarse de un contrato de tracto sucesivo no se había consumado en el momento de su perfección, como en su momento final, puesto que antes de la interposición de la demanda se promovieron unas diligencias preliminares. Pero

no cuestionó que se tratara de un plazo de caducidad.

No es admisible que en el recurso de casación se introduzcan cuestiones nuevas en el debate procesal, como es el caso de la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción, ya que la doctrina de la Sala veda plantear cuestiones «per saltum», que son aquellas que pudiendo plantearse en la apelación, no lo fueron.

2.- En todo caso, no sería siquiera necesario entrar a decidir «de oficio» sobre la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por

error vicio del consentimiento, para sostener que el ejercicio de la acción había sido realizado en tiempo, pues para ello bastaba el último de los motivos planteados.

Incluso de aceptarse que el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción fuera el de perfección del contrato, como sostienen las sentencias de instancia (lo que, como se verá, no es correcto), las diligencias preliminares fueron promovidas por la demandante dentro del plazo de cuatro años contados desde esa fecha inicial. Dado que a continuación de la tramitación de dichas diligencias preliminares, una vez que la demandante pudo obtener la documentación solicitada a la demandada, se procedió a la interposición de la demanda, ha de considerarse que el transcurso del plazo de ejercicio de la acción cesó cuando se promovieron las diligencias preliminares, y que la acción fue ejercitada dentro de plazo, puesto que las diligencias preliminares son actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción que, una vez presentada la demanda a continuación de aquellas, quedan integradas en el ejercicio de dicha acción a los efectos de decidir si esta ha sido ejercitada en plazo.

En este sentido, la sentencia de esta Sala núm. 225/2005, de 5 abril, declaró:

«El tema de la posible «caducidad» de la acción de impugnación, referido, es tratado acertadamente por las dos Sentencias de la instancia, y hay que estar a lo decidido de conformidad por las mismas, dado que la cesación del «iter» de esa caducidad obró con la presentación de las

Diligencias Preliminares del juicio, planteadas por la parte actora previamente a la de la demandada de la esposa, pues, limitadas a la exhibición y aportación de documentos que se referían al ejercicio de tal acción, lo actuado se unió, formando parte de la demanda, conforme al art. 502-2º LEC, y dicha reclamación se hizo antes del transcurso del término anual de caducidad dicho, ya que no hay que separar el procedimiento referido del proceso propio, al formar parte de él».

3.- Además de lo expuesto, no es correcta la tesis de las sentencias de instancia en lo relativo al día inicial del plazo del ejercicio de la acción.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, *«[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...]».*

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que *«la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes».*

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce *«la realización de todas las obligaciones»* (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), *«cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes»* (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando *«se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó»* (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003:

«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término «consumar» la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de «consumación del contrato» que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamental-

mente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil.

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la «consumación del contrato» como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la «actio nata», conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio

de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

6.- La consecuencia de la estimación de este motivo del recurso de casación es la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la asunción de la instancia para resolver el recurso de apelación, una vez sentado que la acción de anulación del contrato fue ejercitada en plazo.

Al actuar como órgano de instancia en la resolución del recurso de apelación, la Sala tiene facultades plenas de revisión no solo de las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso, sino también de las fácticas, pudiendo realizar una revisión plena de la valoración de la prueba, sin estar constreñida por las estrictas limitaciones que en esta materia son propias del recurso extraordinario por infracción procesal.

Asunción de la instancia. Resolución del recurso de apelación

SEXTO.- Legitimación pasiva de la entidad bancaria demandada

1.- La sentencia de primera instancia

La primera cuestión que se planteaba en el recurso de apelación era la relativa a la legitimación pasiva de Banco Santander. El Juzgado de Primera Instancia había estimado la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Banco Santander pues entendió que dicho banco había actuado como mediador en un contrato de seguro y, por tanto, no era parte en el contrato cuya anulación se solicitaba, razón por la cual carecía de legitimación pasiva para soportar una acción de anulación del contrato como era la ejercitada por la Sra. Loreto.

2.- Alegaciones de la recurrente

La demandante, en su recurso de apelación, alegó que habiendo consistido el contrato celebrado en la adquisición por la demandante de un producto financiero de inversión consistente en un bono especulativo, la labor de mediación de seguros del banco demandado fue más formal que real, pues el banco «*está colocando un producto financiero elaborado por el propio banco a su cliente, con forma de seguro de otra compañía de seguros*». Tal producto se habría ofertado a la demandante como cliente de Banco Santander, en las dependencias de Banco Santander, por empleados de Banco Santander y poniéndole a la firma documentos con el membrete de Banco de Santander. La demandante no conocía a la aseguradora Cardif, solo habría invertido su dinero en Banco Santander, que es el que conocía y le merecía confianza, y de ahí que el producto de inversión contratado «*lo venden [los empleados de Banco Santander] como un producto propio y por eso ponen su membrete y su sello encabezando cada página del contrato*». El dinero invertido «*entra por el [Banco] Santander para, al final del camino, de una manera u otra, directa o indirectamente, acabar donde desapareció, a manos del Sr. Ovidio, en Optimal, del mismo grupo Santander, que para eso crearon ellos mismos el producto*». La demandante, en consecuencia, no tendría ninguna relación con Cardif, ni Cardif sabría con quién había contratado, no le habría ofertado el producto ni provocado el error de consentimiento.

3.- Alegaciones de la recurrida

Banco Santander se opone a estos razonamientos reiterando que no fue parte en el contrato sino un simple mediador de seguros, pues quien contrató con la demandante fue la aseguradora Cardif; que el hecho de que en la documentación contractual figurara el membrete de Banco Santander respondería sencillamente a que el contrato de seguro, cuya contraparte es Cardif, es distribuido por Banco Santander a través de su red de oficinas, en su condición de mediador; y que D. Fernando, director de banca privada de Banco Santander, en la prueba de interrogatorio de parte, declaró que el dinero de la prima del seguro no se invierte en fondos de inversión,

sino en un bono cuya rentabilidad está relacionada con tres fondos de inversión.

4.- Decisión de la Sala

En la propia documentación aportada por Banco Santander con su contestación a la demanda (en concreto, la presentación del producto «Unit Linked Multiestrategia» aportada como documento núm. 11) se hacía aparecer dicho producto como una fórmula para invertir en Fondos de Gestión Alternativa de Optimal, siendo Optimal Investment Services una *«compañía establecida en Suiza y dedicada a la gestión de inversiones alternativas que pertenece en un 100% al Grupo Santander»*. Se informaba de que *«la contratación se realiza a través de una póliza de seguro específica»*, para lo cual se habría celebrado un acuerdo de colaboración entre Banco Santander y Cardif Seguros, y la prima se invertiría íntegramente mediante una nota estructurada en una cesta de fondos de gestión alternativa Optimal. El contenido de dicho documento, que fue utilizado para ofertar el producto a la demandante en una reunión que varios empleados del banco mantuvieron con ella, muestra que Banco Santander ofertó a la demandante un producto de inversión en el que el dinero de la cliente se invertía en unos fondos de inversión de una compañía del propio Banco Santander (más exactamente, de su grupo empresarial). Y que eran razones fiscales las que habían llevado a Banco Santander a celebrar un acuerdo con una aseguradora para que la inversión se articulara a través de un seguro de vida «unit linked».

En estas circunstancias, hay que dar la razón a la recurrente cuando afirma que la mediación de Banco Santander era más formal que real. Se trataba de un producto diseñado por Banco Santander, comercializado en su red de oficinas por los empleados de Banco Santander, promocionado mediante una presentación con el membrete de Banco Santander (más exactamente, «Banca Privada Santander Central Hispano» y su logotipo) y documentado en impresos con el mismo membrete de Banco Santander, en el que la inversión iba finalmente a una empresa de su grupo, y de cuya evolución informaba periódicamente Banco

Santander a su cliente en los estadillos relativos a la cartera de inversiones financieras de esta.

En este esquema negocial, la intervención accesorio no era, como se pretende por la recurrida, la de Banco Santander como mediador de seguros, sino la de Cardif como compañía de seguros a través de la cual, mediante un seguro de vida «unit linked», el Banco Santander comercializaba sus fondos de inversión mediante un producto que suponía un mejor trato fiscal para el cliente.

La consecuencia de lo expuesto es que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por su actuación y no por la de Cardif. De lo contrario, se estaría permitiendo a Banco Santander prevalerse de una estructura negocial artificial y meramente formal, que encubre una inversión en fondos emitidos por empresas de su grupo, para dificultar la satisfacción de los legítimos derechos de sus clientes.

No puede olvidarse que en la actualidad las entidades financieras y de inversión nacionales pueden utilizar compañías radicadas en otros estados para la realización de este tipo de operaciones financieras en las que están implicados clientes no profesionales, de modo que si se obligara al cliente a demandar a la compañía extranjera utilizada instrumentalmente por la compañía nacional para articular la inversión, se le dificultaría enormemente el ejercicio de las acciones, hasta el punto de hacerlo prácticamente imposible.

5.- Como consecuencia de lo expuesto, ha de considerarse que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato ejercitada por la demandante.

SÉPTIMO.- La nulidad del contrato por error vicio del consentimiento

1.- La sentencia de primera instancia

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pese a considerar caducada la acción y pese a estimar que Banco Santander carecía de legitimación pasiva para soportarla, entró a valorar si había existido error en el consentimiento de la

demandante que invalidara su consentimiento y permitiera la anulación del contrato.

El Juzgado rechazó que existiera tal error con base, fundamentalmente, en la declaración de los testigos empleados de Banco Santander que intervinieron en la promoción y contratación del producto con la Sra. Loreto (D. Silvio, empleado de banca privada, D. Alvaro, director de banca privada, y D.ª Berta, traductora). Tales testigos habrían afirmado, y el Juzgado lo acepta como correcto, que se le hizo una presentación del producto (el documento empleado sería el aportado como documento núm. 11 con la contestación a la demanda), a la que la demandante acudió acompañada de su hija, en la que se le explicaron las características del producto y se le contestaron las preguntas que formuló; que tras llevarse la documentación, llamó a la oficina para manifestar que quería contratar el seguro *«habiendo quedado perfectamente enterada de todos los pormenores del mismo»*; también coinciden los testigos en que la Sra. Loreto estaba *«perfectamente capacitada para contratar este tipo de productos»*, por estar catalogada en banca privada y contar con un gran patrimonio y otras inversiones.

La aptitud de la Sra. Loreto para contratar este tipo de productos quedaría acreditada con las comunicaciones enviadas por Banco Santander en las que se recogía la evolución de su cartera. Razona también el Juzgado que no se ha alegado ninguna infracción de la normativa sobre mediación de seguros privados, que sería la aplicable.

2.- Alegaciones de la recurrente

La demandante, en el recurso de apelación, alega que no se le dio una información precontractual adecuada, en la que se informara sobre los riesgos del producto. Niega que le fueran entregados los documentos en los que no aparece su firma (documentación informativa, condiciones generales y anexos). Dice la recurrente que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se basa en la declaración de los tres testigos empleados de Banco Santander, que además contienen contradicciones respecto de lo afirmado en la contestación a la demanda y en la prueba

de interrogatorio de parte sobre dónde tuvo lugar la reunión en la que se presentó el producto a la Sra. Loreto, quiénes estaban presentes y qué productos se le ofertaron. Y afirma que le vendieron un producto sin informarle del riesgo de pérdida de la inversión, cuando de haberlo sabido no lo había contratado, puesto que ni siquiera la rentabilidad del producto era muy alta, ya que era del 5-6%.

En cuanto a la complejidad del producto, la recurrente pone de relieve que los empleados de Banco Santander interrogados en el juicio negaron que se tratara de un producto complejo, así como que fuera un producto de riesgo. Y que examinando la póliza del contrato que se le presentó a firma (único documento que admite habersele entregado, doc. 2.1 y 2.2 de la contestación a la demanda), en tal documento no aparecen las características del producto sino solamente que quien firma el contrato ha sido informado de ellas, así como una declaración de tener conocimientos para comprender todo el producto y para conocer sus consecuencias, sin señalar cuáles son esas características y esos riesgos.

En relación al perfil de la Sra. Loreto, el recurso de apelación niega que el hecho de que dicha señora tenga un patrimonio considerable y esté catalogada por el propio banco demandado como cliente de banca privada equivalga a que tenga conocimientos y experiencia en la contratación de productos de inversión. Alega que, requerido Banco Santander en las diligencias preliminares para que aportara los contratos que la Sra. Loreto hubiera firmado, solo aportó el contrato de seguro «Unit Linked Multiestrategia» firmado el 5 de julio de 2005, el de adquisición de las participaciones preferentes de Unión Fenosa de 30 de junio de 2005 y el de apertura de cuenta corriente de 18 de mayo de 1995, y con la contestación a la demanda, el de modificación de la cuenta corriente para incluir a sus hijos, de 7 de febrero de 2001, y el de apertura de cuenta de depósito o administración de valores, de 13 de octubre de 2003. Alega asimismo que la empresa familiar de la Sra. Loreto es una pequeña empresa dedicada a sanitarios, porcelana y bricolaje, que fun-

dó su padre, administró su difunto marido y es gestionada actualmente por una hija. Por lo que, concluye, la demandante era una septuagenaria alemana, ama de casa, viuda, con un cierto patrimonio para vivir cómodamente sin necesidad de arriesgar en productos especulativos.

3.- Alegaciones de la recurrida

Banco Santander, en su escrito de oposición al recurso, alegó que la Sra. Loreto es una persona con experiencia en el mundo de los negocios pues es propietaria de un importante grupo de empresas alemán: es accionista de tres sociedades, dio al banco los datos de su residencia fiscal en Alemania en papel con membrete de este grupo empresarial y a través de sus empleados, dio al banco una tarjeta de visita de uno de los asesores de la empresa, consignó como profesión en el contrato de apertura de cuenta la de «comerciante» y sus hijos, administradores del grupo de empresas, intervinieron en la negociación y firma del contrato. Además, como declararon los testigos empleados del banco y resulta de los estadillos sobre la cartera de inversiones del Banco Santander, dicha señora tenía otras inversiones arriesgadas, como unas preferentes y un fondo de inversión, que carecían de garantía de capital. La demandante es cliente de banca privada y la contratación se produjo tras una reunión explicativa previa, a la que acudió con su hija y en la que estas formularon preguntas. Expone a continuación cuáles fueron las declaraciones de sus empleados en el juicio, que corroborarían lo expuesto.

La documentación contractual y explicativa incluiría información veraz y detallada y contenía advertencias de que se trataba de un producto sin garantía del capital. Además, las declaraciones de los testigos, empleados del banco, acreditarían que el documento núm. 11 de la contestación a la demanda fue el utilizado en la presentación del producto que se hizo a la demandante en la reunión que mantuvieron con ella, y que le fue entregada, así como que en esa reunión se le explicó que las rentabilidades pasadas no garantizaban rentabilidades futuras. Por tanto, tanto la documentación contractual como la presentación que fue entregada previamente

a la demandante describían cumplidamente las características del seguro, lo que resultaría además probado por el informe pericial aportado por Banco Santander con la contestación a la demanda. Además, la demandante no habría formulado queja alguna sobre la información recibida hasta que se produjo el fraude de Ovidio que afectó a uno de los fondos a los que estaba referenciada la inversión, ni solicitó información adicional alguna. Es más, firmó la póliza, en la que constaba la siguiente declaración: «*declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo*».

Por ello, no habría existido error que viciara el consentimiento de la demandante, y de haber existido error, hubiera sido vencible, tanto por la lectura de la documentación explicativa y contractual como por la posibilidad de hacer preguntas al personal del banco.

4.- Decisión de la Sala. Consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento

La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El respeto a la palabra dada («*pacta sunt servanda*») impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia.

Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no

como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la

diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores.

5.- Normativa aplicable a la información que debe ser facilitada al cliente

Como cuestión previa, ha de aclararse si la normativa aplicable para determinar qué información debe ser facilitada al cliente que contrata este tipo de seguros de vida «unit linked» es exclusivamente la normativa que regula los seguros privados, como se afirma en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y sostiene Banco Santander, o la normativa sobre inversiones, en concreto la Ley del Mercado de Valores y normas que la desarrollan.

Como se ha expresado al examinar la legitimación pasiva de Banco Santander, el producto ofertado y contratado por la demandante fue un

producto de inversión, que se articuló a través de un seguro de vida «unit linked» por ser la fórmula contractual diseñada por el banco, con la colaboración de una aseguradora, para hacerla más atractiva a sus clientes desde el punto de vista fiscal.

En tales circunstancias, no puede aceptarse la pretensión de rebajar el nivel de exigencia en la información a facilitar al inversor por la empresa de servicios de inversión (en este caso, el banco que diseñó el producto y lo ofertó a sus clientes a través de su red de oficinas), por el procedimiento de entender que no es aplicable la normativa reguladora del mercado de valores, muy exigente en materia de información a suministrar al potencial inversor, y sí solamente la normativa sobre seguros privados, que contiene unas previsiones mucho más genéricas, como es el caso de las contenidas en el art. 60 de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Esta última normativa será aplicable en cuanto contenga determinadas regulaciones específicas propias del contrato de seguro, que se añaden a las que rigen con carácter general las obligaciones y contratos y con carácter particular los contratos de inversión, pero no en el sentido de rebajar las obligaciones de información que establece la normativa reguladora del mercado de valores.

6.- *Carácter esencial del error sobre los riesgos de la inversión*

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter

de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

En el caso enjuiciado, la Sala discrepa de la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida en apelación (no olvidemos que este tribunal ha asumido la instancia y está resolviendo el recurso de apelación, no el recurso extraordinario por infracción procesal), y considera que no ha resultado probado que la demandante recibiera una información adecuada sobre los riesgos de la inversión.

En primer lugar, no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testimonial de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado. Pero es que además, en este caso, las declaraciones de estos empleados llevan a la conclusión de que la información facilitada a la demandante cuando se le ofertó el producto fue la recogida en el documento de la «presentación» que se le hizo en la reunión previa mantenida con ella, documento que ha sido aportado como el núm. 11 de la contestación a la demanda. En dicha presentación las menciones que se hacían res-

pecto al riesgo del producto eran las relativas a la «volatilidad controlada: la volatilidad media anual en los últimos 5 años ha sido de 1.66% gracias a la baja correlación que hay entre todas las estrategias», «mayor control del riesgo, gracias a una exposición más diversificada...», y «en ningún caso la información y los análisis contenidos en el presente informe garantizan resultados o rentabilidades futuras de las inversiones, que dependerán, en todo caso, de la evolución de los mercados financieros». Lo genérico de estas menciones, la falta de una afirmación clara de la posibilidad de pérdida de la inversión, y circunstancias tales como la denominación del producto como «seguro de vida» y su calificación como «un buen instrumento de ahorro a largo plazo» en la propia presentación, llevan a la Sala a considerar como insuficiente e inadecuada la información que se dio a la demandante sobre los riesgos del producto, aspecto esencial del contrato. El informe pericial aportado por Banco Santander para acreditar la corrección de la información carece de eficacia alguna puesto que no es posible la práctica de pruebas periciales sobre las cuestiones jurídicas, como es el caso de la adecuación de la información facilitada a las exigencias de la normativa aplicable, sobre las que no cabe otro juicio técnico que el emitido por los abogados por las partes en defensa de sus clientes, y por el propio tribunal al dictar la sentencia. No es procedente la emisión en el proceso de este tipo de dictámenes periciales jurídicos, incluso aunque se presenten bajo la cobertura de una pericia económica o como un simple documento «técnico».

Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. Loreto en el sentido de que «he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...» y «declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo». Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de

voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista. Respecto de las informaciones sobre riesgos contenidas en la documentación contractual, no solo se contienen principalmente en documentos contractuales accesorios o complementarios, alguno de los cuales no aparece siquiera firmado por la Sra. Loreto (y esta niega haberlo recibido), mediante menciones insertas dentro de la extensa reglamentación contractual y no siempre resaltadas ni claras (como la mención a la falta de garantía del valor de las «unidades de cuenta»), sino que además no fueron facilitadas a la demandante con la suficiente antelación, al hacerle la presentación del producto.

Sobre este particular, la sentencia de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable por razón del momento en que se celebraron

los contratos, exige que la información «*clara, correcta, precisa, suficiente*» que debe suministrarse a la clientela sea «*entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación*».

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable.

7.- El deber de información y el carácter excusable del error.

Dijimos en la sentencia de pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales. La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MIFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «*asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]*».

Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «*informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]*; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes», establece en su art. 12:

«*La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. [...]*»

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.»

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9: «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014,

«la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos

y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Tampoco puede acogerse el argumento de que los empleados de Banco Santander estuvieron dispuestos a responder cuantas preguntas se les formularon. Como ya declaramos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.

8.- El perfil de la cliente

La sentencia de primera instancia declaró que *«todos los testigos coinciden en que la Sra. Loreto a pesar de su edad estaba perfectamente capacitada para contratar este tipo de productos, estando catalogada en banca privada desde 2002, al contar con un gran patrimonio, con fondos de inversión, participaciones preferentes de banco Santander, de Unión Fenosa y otros a plazo fijo»*. La recurrente negó tener el perfil de inversor experto, negó asimismo haber contratado todos los

productos que se alegaban por la demandada, negó eficacia probatoria a los documentos emitidos unilateralmente por Banco Santander (en concreto, el núm. 8 de la contestación a la demanda, consistente en los estadillos mensuales de su cartera de valores), y negó que el hecho de que fuera cliente de banca privada supusiera que la demandante tuviera experiencia inversora y conocimientos adecuados para contratar dicho producto.

No existe prueba adecuada de que la demandante tuviera el perfil de inversora experta que le atribuye Banco Santander. Que su familia tenga una empresa en Alemania, ajena a las actividades financieras o de inversión (sanitarios, porcelana y bricolaje), de la que no existe prueba alguna de que ella tuviera funciones ejecutivas o directivas, no configura un perfil de inversor profesional. Como ya declaramos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos. Por otra parte, en la póliza de seguro cuya anulación se solicita consta como profesión de la demandante la de «ama de casa».

Tampoco el hecho de tener un patrimonio considerable, lo que determinó su calificación como cliente de banca privada (que es una calificación hecha por Banco Santander, no por la propia cliente), determina por sí solo que se trate de un cliente experto en inversiones.

Y el hecho alegado por Banco Santander de que la demandante hubiera hecho algunas inversiones (en los estadillos de la cartera de inversiones aportados como documento número 8 aparecidos más, una adquisición de preferentes concertada con una diferencia de cinco días respecto del contrato que es objeto del litigio y que la demandante alega le fueron «colocadas» en la misma promoción y un fondo de inversiones del propio Banco Santander) no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el aseso-

ramiento de Banco Santander (alguno en las mismas fechas que el seguro de vida «unit linked»), sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

9.- En definitiva, el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa.

OCTAVO.- Inexistencia de confirmación del contrato

1.- Aunque las sentencias de instancia no hacen referencia a esta cuestión, ha de darse respuesta a la alegación de Banco Santander de que el contrato fue confirmado por la demandante y que por ello no puede pretender su anulación.

2.- La alegación de confirmación del contrato no puede ser estimada porque no concurren los requisitos exigidos en el art. 1311 del Código Civil para que pueda considerarse tácitamente confirmado el negocio anulable.

La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. Los hechos en que Banco Santander sustenta la alegación de confirmación del contrato son inadecuados para sustentar tal afirmación. La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación

legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error.

La petición de rescate de la póliza no es tampoco significativa de la voluntad de la demandante de extinguir su derecho a impugnar el contrato, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener la restitución de la cantidad entregada. La renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error vicio en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto de la renuncia a la acción de anulación del contrato.

Menos aún lo es la reintegración parcial de la cantidad invertida, varios meses después de haber interpuesto la demanda de anulación del contrato, sin haber desistido de la demanda ni renunciado a la acción. No puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas.

NOVENO.- Consecuencias de la estimación de la demanda

Las estimación de la demanda supone la declaración de nulidad del contrato de seguro «unit linked multiestrategia» suscrito por la demandante y la condena a Banco Santander a restituir a la demandante los 250.000 euros invertidos, con sus intereses calculados al tipo del interés legal desde la fecha en que la demandante abonó dicha cantidad (o le fue cargada en su cuenta), con aplicación de las cantidades parciales recibidas durante la tramitación del litigio.

DÉCIMO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, se impongan a la demandada las costas de primera instancia y no se haga expresa imposición de las costas del recurso de apelación. No procede hacer expresa imposición de las oca-

sionadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procede a la devolución de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLO:

1. Declarar haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Dª. Loreto, contra la sentencia dictada el 18 de mayo de 2012, por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 41/2012.

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, acordamos:

2.1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Dª. Loreto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2011 dictada en el juicio ordinario núm. 1724/2009.

2.2.- Declarar la nulidad del contrato de seguro «unit linked multiestrategia» suscrito por la demandante el 6 de julio de 2005.

2.3.- Condenar a Banco Santander a restituir a la demandante los 250.000 euros invertidos, con sus intereses calculados al tipo del interés legal desde la fecha en que la demandante abonó di-

cha cantidad (o le fue cargada en su cuenta), con aplicación de las cantidades parciales recibidas durante la tramitación del litigio.

2.4.- Condenar a Banco Santander al pago de las costas de primera instancia.

No hacer expresa imposición de las costas de apelación.

3. No procede imposición de las costas correspondientes a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Procédase a la devolución a la demandante de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán, José Ramón Ferrándiz Gabriel, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Sebastián Sastre Papiol, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O' Callaghan **Muñoz, José Luis Calvo Cabello. FIRMADA Y RUBRICADA.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá Jimena**, 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

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León

Cabecera: Asedio al Parlament. Principio de inmediación. Principio de contradicción. Práctica de la prueba. Derecho de reunión y Libertad de expresión, límites. Derecho de participación. Delito contra las instituciones del estado: artículo 498 del CP.

Jurisdicción: Penal

Ponente: Manuel Marchena Gómez

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 17/03/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 161/2015

Número Recurso: 1828/2014

Supuesto de hecho: El Tribunal Supremo anula la sentencia de la Audiencia Nacional sobre el asedio al Parlament de Cataluña. El alto tribunal considera que hubo un delito contra las instituciones del Estado y condena a 3 años de prisión a ocho de los acusados.

RESUMEN

Principio de inmediación: se ha dicho, con razón, que el principio de inmediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos, a saber, el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas, las partes y la opinión pública. Respecto del primero de sus destinatarios, el principio de inmediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba. La inmediación mira también a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción. De hecho, la inmediación es presupuesto sine qua non para la contradicción. Y no falta un nexo—no siempre subrayado en la configuración histórica de este principio—entre la inmediación y la opinión pública. Y es que su significado posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia. Pues bien, en el caso concreto, la Sala entiende que la decisión de la Audiencia Nacional de ofrecer a testigos y peritos la utilización de la videoconferencia como medio adecuado para la práctica y la constancia de su declaración, no fue arbitraria y, lo que resulta decisivo, no introdujo ninguna distorsión perceptiva o valorativa que pudiera afectar a los sujetos destinatarios de la inmediación y que pudiera, en fin, contravenir el contenido material de alguno

de los derechos invocados por el Fiscal en su recurso. Prueba testifical, videoconferencia: el ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico—convencional del principio de intermediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurran razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas. Es cierto, con carácter general, que tanto los artículos 229.3 de la LOPJ y 731 bis de la LECrim, evocan una idea de justificada excepcionalidad. El recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado a la concurrencia de razones de «utilidad» o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario «resulte gravosa o perjudicial». Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados. Se desestima el recurso del Fiscal. No existió vulneración de su derecho a la prueba ni del derecho a no sufrir indefensión. El sistema técnico empleado permitía, en general, la comunicación bidireccional y simultánea. Y, precisamente por ello, habría permitido también la exhibición de vídeos y fotografías con la máxima eficacia, ya que todo ese material estaba digitalizado, de modo que la exposición de las imágenes a los testigos podría haberse llevado a cabo en términos de gran calidad. La grabación de la vista permite comprobar que el Fiscal no hizo notar en ningún momento la existencia de limitación alguna concreta. Incluso se precisa que al interrogar a uno de los testigos se le exhibió un vídeo, por cuya correspondencia con la realidad de lo ocurrido fue preguntado, y acerca de lo que pudo responder sin dificultad; como también a similares preguntas de las defensas. A la objeción del Fiscal relativa a que no le fue posible tratar de hacer reconocer a alguno de los acusados por los testigos, se responde que es algo que ni siquiera se intentó en ningún momento. Y que, comparando el interrogatorio de los parlamentarios que sí comparecieron directamente con el de los examinados por videoconferencia, es posible observar que no existió diferencia alguna en la técnica

del examen y la naturaleza de las preguntas. Toma de fotografías de detenidos a los que se somete a un estudio minucioso de pabellones auriculares, fosas nasales, ojos y cejas, así como de otras partes anatómicas y a los que se obliga a cambiar de aspecto externo, colocándoles gorras o prendas de vestir (camisetas), o a adoptar determinadas posturas y posiciones, según interesaba para su confrontación con las imágenes dubitadas. Reconocimiento y examen de pendientes, las aletas nasales, así como tres lunares en el cuello. La exigencia de una asistencia letrada efectiva, no puramente nominal, en las diligencias policiales de identificación que vayan más allá de una simple reseña fotográfica o dactiloscópica y que exijan del detenido una colaboración activa con los agentes que están acopiando los elementos de investigación indispensables para el esclarecimiento del hecho, constituye una exigencia irreemplazable. Prescindir de ella puede conllevar, en función de las circunstancias que definan el caso concreto, el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE). Derecho de reunión y Libertad de expresión, límites: A nuestro juicio la sentencia de instancia incurre en un patente error a la hora de solucionar el conflicto surgido por la convergencia de bienes jurídicos constitucionalmente protegibles. Este error está originado por un llamativo desenfoque acerca del rango axiológico de los valores constitucionales en juego. A él contribuye, sin duda, la cita de precedentes constitucionales descontextualizados que, como efecto inevitable, separa al analista de las técnicas de balanceo exigidas por nuestro sistema constitucional. Y es que la colisión entre principios y valores constitucionales —en el presente caso, la libertad de expresión y el derecho de reunión colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo—, no puede ser contemplada como una patológica colisión, sino como una realidad necesitada de un juicio ponderativo que defina el alcance de los derechos en conflicto. Delimitar derechos, precisar su significado, exige resolver las tensiones derivadas de su respectiva convergencia mediante una dosificación que, en la medida de lo posible, no imponga el sacrificio gratuito de unos frente a otros. La sentencia de instancia, sin embargo, altera las claves constitucionales que han de presidir la tarea jurisdiccional de ponderación. Y lo hace recurriendo a una errónea y traumática desjerarquización de uno de los derechos convergentes —el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes en el órgano legislativo— que, pese al esfuerzo argumental empeñado, se aparta de las claves definitorias de nuestro sistema. Esta dimensión del derecho de participación enriquece su significado instrumental como medio para hacer valer otros bienes constitucionales del máximo rango axiológico. Bienes que

conectan con principios como la libertad y el pluralismo político, que el artículo 1 de la CE —precepto calificado certeramente como norma de apertura que constituye al Estado, que lo configura, normativa e institucionalmente— proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión, no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional. Paralizar el trabajo ordinario del órgano legislativo supone afectar, no ya el derecho fundamental de participación política de los representantes políticos y, en general, de los ciudadanos catalanes, sino atacar los valores superiores del orden democrático. Cuando el artículo 1 de la Constitución proclama entre ellos la libertad y el pluralismo político, está sintetizando los principios y elementos constitutivos de nuestro edificio constitucional. Ese precepto tiene una función normativa clara, fundamenta el Estado y proporciona criterios para la interpretación global del texto constitucional, hasta el punto de que la vigencia de nuestro sistema constitucional ha de obtenerse a partir del significado profundo y expreso de esta norma de apertura. La historia europea ofrece elocuentes ejemplos en los que la destrucción del régimen democrático y la locura totalitaria se inició con un acto violento contra el órgano legislativo. Relativizar el significado jurídico de los acontecimientos desarrollados ante el Parlament los días 14 y 15 de junio de 2011, y hacerlo mediante una tan hábil como equivocada ponderación jurisdiccional de los bienes en conflicto, supone banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático. El Parlament —según proclama el artículo 55 del Estatuto de Autonomía— «representa al pueblo de Cataluña (...) ejerce la potestad legislativa, aprueba los presupuestos de la Generalitat y controla e impulsa la acción política y de gobierno. Es la sede donde se expresa preferentemente el pluralismo y se hace público el debate político. El Parlamento es inviolable». Delito contra las instituciones del estado: artículo 498 del CP. Elementos.

El Tribunal Supremo ha anulado la sentencia de la Audiencia Nacional sobre el asedio al Parlament de Cataluña y ha condenado a ocho de los acusados a 3 años de prisión por un delito contra las instituciones del Estado de los previstos en el artículo 498 del Código Penal.

La resolución incluye un voto particular del magistrado Perfecto Andrés, favorable a mantener la sentencia de instancia. Al ser Perfecto Andrés el ponente inicial y quedarse en minoría, la ponencia se cambió, correspondiendo al presidente de la Sala, Manuel Marchena.

En su sentencia, los magistrados analizan la interpretación realizada por la Audiencia Nacional en relación con la colisión de dos derechos fundamentales en conflicto: el de libertad de expresión y el derecho de reunión, para concluir que el tribunal de instancia incurrió en un patente error a la hora de solucionar ese conflicto, surgido por la convergencia de bienes jurídicos constitucionalmente protegibles, puesto que esos dos derechos «colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo».

El Supremo dice también que la sentencia ahora anulada «altera las claves constitucionales que han de presidir la tarea jurisdiccional de ponderación. Y lo hace recurriendo a una errónea y traumática desjerarquización de uno de los derechos convergentes —el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes en el órgano legislativo—, que, pese al esfuerzo argumental empeñado, se aparta de las claves definitorias de nuestro sistema».

Los magistrados analizan asimismo cómo el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional.

«(...) paralizar el trabajo ordinario del órgano legislativo supone afectar no ya el derecho fundamental de participación política de los representantes políticos y, en general, de los ciudadanos catalanes, sino atacar los valores superiores del orden democrático», señala la resolución.

Sin modificar el relato de hechos de la sentencia de instancia, el Supremo considera que las conductas ahora sancionadas encajan en el artículo 498 del Código Penal porque los acusados contribuyeron con su acción a reforzar la violencia e intimidación sufrida por los diputados autonómicos, impidiéndoles el normal desarrollo de sus respectivas funciones representativas.

COMENTARIO:

Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña.

1. Los *hechos del caso* son los siguientes, muy resumidamente expuestos. Para los días 14 y 15 de junio de 2011 se convocó una concentración ante el Parlamento de Cataluña con ocasión de la sesión que en el mismo se había convocado para aprobar los presupuestos de la Comunidad. El lema de la manifestación era «*Àtorem el Parlament, no deixarem que aprovin retalla-*

des) («Paremos el Parlamento, no permitiremos que aprueben recortes»). La concentración se comunicó a la autoridad gubernativa, tal como la ley prescribe, y no fue prohibida ni alteró dicha autoridad ningún detalle de la misma. Tampoco adoptó la autoridad gubernativa medida alguna para regular la manifestación. Tras diversos incidentes en distintas partes de la ciudad, los manifestantes se congregaron en la única calle que se había dejado franca para el acceso de los diputados al Parlamento. La policía ni acotó un perímetro ni levantó un cordón policial para garantizar el paso de los parlamentarios por esa calle hacia el Parlamento. Algunos de los diputados lograron llegar a su destino, pero otros tuvieron serias dificultades y hasta hubo alguno que volvió sobre sus pasos y arribó al Parlamento en helicóptero. Otros lograron acceder por la esa calle, pero al lado de la policía y entre las increpaciones de los manifestantes.

Los concretos hechos por los que cada acusado acabará siendo condenado por el Tribunal Supremo se expondrán al final de este comentario.

2. No tocaré las consideraciones de la sentencia en sus primeros fundamentos, sobre admisibilidad de la declaración de testigos por videoconferencia o sobre la exclusión por el Tribunal de instancia del valor probatorio de ciertas fotografías de los acusados realizadas sin asistencia de letrado y con invasión de la privacidad de los mismos, fotografías tomadas durante las diligencias policiales y que suponían más que una simple reseña fotográfica, y tampoco el debate sobre posible error en la apreciación de la prueba. En ninguno de tales temas contradice la sentencia que comentamos las apreciaciones del Tribunal de instancia.

Me centraré en el asunto central de la sentencia, que es el referido a si los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional son o no constitutivos del delito contra altas instituciones del Estado previsto en el artículo 498 del Código Penal, que reza así: *«Los que emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones, o, por los mismos medios, coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años».*

El eje del debate, en este caso, se halla (o debería hallarse) en si concurrir o no la causa de exención de la responsabilidad criminal mencionada en el apartado séptimo del artículo 20 del Código Penal, concretamente la eximente de ejercicio legítimo de un derecho: *«Están exentos de responsabilidad criminal... 7º El que obre en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».*

Bajo un punto de vista de teoría del derecho y de metodología de la decisión judicial, los dos temas capitales que en un caso como este se han de dirimir son los siguientes: a) si, conforme a los hechos probados, la conducta de los acusados encaja o no bajo el tipo penal descrito en el artículo 498 del Código Penal; b) si en favor de los acusados concurre o no la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. Comenzaré con unas consideraciones metodológicas, referidas al método o tipo de razonamiento que en casos como este resulta más apropiado.

3. Las eximentes recogidas en el artículo 20 del Código Penal, que excluyen la antijuridicidad de la acción operan como excepciones expresas al carácter antijurídico y, con ello, penalmente sancionable, de las conductas delictivas típicas recogidas en el propio Código. El esquema genérico puede exponerse así:

Son antijurídicas las conductas C¹... Cⁿ, a no ser que concurra alguna de las causas de exención de responsabilidad criminal E¹...Eⁿ.

Aplicado tal esquema al caso que comentamos, quedaría de este modo:

Es antijurídica la conducta descrita en el artículo 498 del Código Penal a no ser que concurra la causa de exención de responsabilidad del apartado 7º del artículo 20 del Código Penal, concretamente la de ejercicio legítimo de un derecho.

Sentado que las acciones de los acusados realicen la conducta típica del delito en cuestión, el del artículo 498, se ha de dilucidar si mediante tales acciones dichos acusados estaban o no ejerciendo un derecho legítimo. Denominemos D a ese derecho legítimo, sea el que sea y antes de entrar en el análisis de nuestro caso en concreto.

Respecto de D, las cuestiones a resolver serán siempre dos, analíticamente diferenciables, aunque siempre relacionadas en la práctica, en cada concreto supuesto práctico:

(i) Cuál es, en abstracto o genéricamente, el contenido esencial o típico de D.

(ii) Si en los hechos del respectivo caso que se enjuicie la conducta que se declare probada constituye o no una instancia particular de D, un caso subsumible bajo aquel contenido definitorio de D.

Entre esos dos pasos o fases del razonamiento existe una indudable relación, un «ir y venir de la mirada». La caracterización en abstracto del contenido definitorio de D condiciona el que resulte o no viable plantearse el encaje de la acción en cuestión bajo dicha causa eximente de ejercicio legítimo de tal derecho, pero, al mismo tiempo, los perfiles de tal derecho son en cada ocasión reexaminados, y, en su caso, matizados o modificados,

lo que puede conducir a una reformulación del alcance genérico de D, sea ampliándolo, sea restringiéndolo.

Tratemos de esquematizar lo anterior de manera simplificada. La caracterización en abstracto de D puede representarse así:

El ejercicio legítimo de D consiste en la acción genérica X.

En el juicio sobre el caso específico se trata de dilucidar si la acción A constituye o no un supuesto o instancia de X y, por tanto, ejercicio legítimo o no de D. Imaginemos un periodista profesional que en una reunión de amigos en un bar, al margen completamente de su oficio, relata a las veinte personas presentes un dato sobre la vida de una persona que afecta gravemente al honor o la intimidad de esa persona y que dicho periodista conoce por razón de su profesión. Por muy elemental y básica que sea la caracterización que hagamos del derecho fundamental a informar, como derecho de los periodistas, no se estimará que tal conducta se encuadre o sea subsumible bajo tal derecho a informar, pues faltaría algún elemento definitorio del mismo. No cabría ahí debatir sobre si estamos o no ante un ejercicio *legítimo* del derecho a informar, dado que falta algún componente determinante para que el derecho a informar concurra. Es como si, por poner un ejemplo aún más claro y extremo, nos planteáramos si hay o no ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión cuando un sujeto nada de nada ha expresado de ninguna forma o simplemente está plenamente probado que ha hablado en sueños o bajo los efectos de la anestesia.

Ahora bien, puede suceder que concurran los elementos de X y que, en las circunstancias del caso, la duda verse sobre si tal realización de X es o no ejercicio *legítimo* de D. Aquí no debatimos sobre si el comportamiento de marras pasa o no aquel primer filtro (ser *ejercicio* de un derecho), sino sobre si tal ejercicio, que en principio sí se compadece con X, es ejercicio *legítimo* de D. En este paso segundo el razonamiento es fuertemente circunstancial, tiene una de sus bases en las precisas circunstancias del caso, tanto las circunstancias atinentes a la acción misma como las circunstancias referidas al contexto de la acción. El esquema, pues, sería:

En las circunstancias (personales, sociales, ambientales...) $K^1 \dots K^n$, la acción A vale como un caso de X y, por extensión, como ejercicio legítimo de D.

Los problemas de justificación de la decisión pueden, entonces, surgir por una doble vía:

(i) Si al hacer de esa manera de A un supuesto de X incurrimos en incongruencia con el significado de X. Imaginemos que está pacíficamente asumido que el derecho de libertad de informar sólo se ejerce mediante algún medio de comunicación pública (periódico, televisión, radio...) y que, no obstante, se estima que está aquel periodista del ejemplo anterior ejer-

ciendo tal derecho cuando expone ante sus amigos en el bar, en atención a circunstancias tales como que dicho periodista tiene una trayectoria intachable, es muy honesto y está enemistado con el individuo sobre cuya intimidad se expresa. En buena lid, ninguna de esas circunstancias debería servir para que concluyamos que está haciendo uso de su derecho a informar si falta aquel elemento definitorio de lo que a estos efectos significa derecho a informar, el que la información se exponga a través de algún medio de comunicación pública.

(ii) Si, aun cuando concurren los elementos definitorios de la acción en que el ejercicio del derecho consiste, se está ante una extralimitación o inadecuada extensión del ejercicio del derecho en cuestión. El caso podría ser el de un periodista que sí informa en medio público de un delito de alguien, pero lo hace en términos abiertamente insultantes y vejatorios para esa persona.

En el actual debate doctrinal y metodológico se ha introducido con gran fuerza y enorme eco la cuestión de la ponderación. Un caso del tenor de los que venimos exponiendo, donde hay una conducta encajable en un tipo delictivo y se trata de ver si concurre o no la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, puede plantearse de dos maneras:

(i) Mediante un enfoque interpretativo-subsuntivo. Se razona sobre cuál es el contenido definitorio de ese derecho, D, y sobre si, en las circunstancias del caso, está o no justificada la extensión o no de ese derecho al caso en cuestión.

(ii) Mediante un planteamiento ponderativo. Una vez que se ha establecido que, en principio, los hechos del caso pueden ser incardinados bajo los términos o alcance genérico del derecho D, no se pone el acento en la interpretación de D (de la norma que contiene D), sea la interpretación en abstracto, sea la interpretación atenta a las circunstancias del caso para resolver ese supuesto fronterizo o de «zona de penumbra», sino que se trae a colación otro derecho, D', y, mediante una operación de ponderación o de sopesar D y D' en las circunstancias de la ocasión, se decide a favor del que en dichas circunstancias tenga mayor peso. Si D es el derecho sobre el que se debate si ha sido o no legítimamente ejercido por el acusado, se concluirá que hay tal ejercicio legítimo y, por tanto, exención de responsabilidad criminal, cuando D pese más que D' en esas circunstancias; y si es D' el que tiene peso mayor en el caso, se concluirá que no concurre dicha causa de exención de responsabilidad penal. Así pues, la ponderación presupone que el asunto se presenta o reconstruye como de conflicto entre derechos, o entre el derecho de referencia (aquel sobre cuyo ejercicio legítimo se debate) y un principio constitucional que para el caso brinda una solución opuesta.

Volveré sobre esos dos métodos o modos de razonar y sobre su utilidad y sus respectivas ventajas e inconvenientes. Ahora pasemos al análisis de la sentencia que comentamos y, antes, de la sentencia de instancia que parcialmente anula.

4. El Tribunal *a quo*, la *Audiencia Nacional (Sección Primera de la Sala de lo Penal)*, en su *sentencia de 7 de julio de 2014*, lleva a cabo un peculiar razonamiento interpretativo-subsuntivo a tenor del que justifica una interpretación extensiva de los derechos de reunión y manifestación, interpretación extensiva mediante la que justifica que las conductas de los acusados constituyen ejercicio legítimo de dichos derechos y que, por tanto, procede aplicar la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, frente a la pretensión del fiscal y de las acusaciones particulares para que fueran los acusados condenados como autores del delito tipificado en el artículo 498 del Código Penal.

Los argumentos con los que respalda la Audiencia Nacional tal interpretación y el consiguiente fallo absolutorio deben ser presentados de modo pormenorizado, riguroso y enteramente fiel a la propia sentencia de instancia, no sólo para comprobar en qué medida la sentencia del Tribunal Supremo aquí analizada reconstruye correctamente los fundamentos de fallo que, en lo referido al delito del artículo 498 del Código Penal, anula¹, sino también para valorar, por contraste, las razones del Tribunal Supremo. Podemos ordenar de la siguiente manera la fundamentación por la Audiencia Nacional de su absolución de los acusados por el delito contra la inmunidad de los parlamentarios del artículo 498:

(i) Los tipos penales por los que la fiscalía y las acusaciones particulares acusan a los encausados «operan como límites externos del derecho fundamental del artículo 21 de la Constitución», que es el derecho de reunión y manifestación («Se reconoce el derecho e reunión pacífica y sin armas»).

(ii) «[L]a cláusula del estado de derecho obliga a determinar el contenido constitucionalmente protegido de los mencionados derechos», pues si la conducta que se juzga se encuadra en el ámbito propio de un derecho fundamental, no podrá ser objeto de sanción penal².

¹ En su voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo, el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez empieza diciendo que su discrepancia de la mayoría «versa, primero, sobre la forma en que interpreta las consideraciones del tribunal de instancia expresivas de su punto de vista acerca del modo de operar con los principios constitucionales e intereses en presencia e implicados en el caso de que se trata».

² En verdad, el lenguaje de la sentencia de la Audiencia Nacional es un tanto equívoco en este punto: «Porque la dimensión objetiva del derecho fundamental y su carácter de elemento esencial del orden jurídico obliga a los poderes públicos a tener en cuenta su con-

(iii) Conforme a la ley reguladora de este derecho, «la reunión es la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas con una finalidad determinada» y «debe entenderse como una manifestación colectiva de la libertad de expresión, que se ejercita mediante la asociación transitoria de personas, para la exposición e intercambio de ideas y opiniones, la defensa de intereses o la difusión de problemas y reivindicaciones».

(iv) «La vinculación del derecho de reunión con la libertad de expresión significa reforzar su consideración como cauce del principio democrático participativo, inscrito en lo que se ha denominado el núcleo duro del sistema democrático, en términos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos cuando aborda el libre juego del debate político, el corazón de la noción de sociedad democrática».

(v) «La doctrina constitucional ha puesto de relieve que para muchos grupos sociales el derecho de manifestación es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones».

(vi) Las «voces críticas de minorías o de sectores sociales débiles» están sistemáticamente marginadas y se vuelven invisibles «ciertas realidades dramáticas» «por la dificultad, cuando no, en muchos casos, de la más absoluta imposibilidad de quienes las sufren de acceder a la opinión pública para difundir y hacer llegar sus proclamas y opiniones». Esa dificultad o imposibilidad para acceder al espacio público obedece a que dicho espacio está «delimitado y controlado por los medios de comunicación, en manos privadas, o, pocos, de titularidad estatal pero gestionados con criterios partidistas».

(vii) En tal situación, «[p]ara muchos sectores sociales la reunión y la manifestación es el único medio por el que expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, el único espacio en el que puede ejercer su libertad de palabra. De ahí su importancia en la sociedad democrática».

(viii) En cuanto valor superior de nuestro ordenamiento, el pluralismo «obliga al Estado a garantizar la visibilidad de las distintas opiniones presentes en la sociedad, sobre todo de las voces silenciadas —más cuando soportan mensajes sobre violaciones graves de derechos humanos básicos —frente a las voces habitualmente sobrerrepresentadas», y las libertades de reunión y manifestación «ponen a prueba la existencia de una auténtica

tenido constitucional, para impedir reacciones que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado, o que disuadan o desalienten su ejercicio (STC 185/2003 (RTC 2003, 185), Fj 5). Por lo tanto, el tribunal debe atender con carácter prioritario al contenido constitucionalmente protegido del derecho».

autonomía de la sociedad civil que el aislamiento en la vida privada y la pasividad social, cuando menos, debilita».

(ix) «En conclusión, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación, íntimamente vinculados como cauces de la democracia participativa, gozan de una posición preferente en el orden constitucional, por lo que han de ser objeto de una especial protección» y cuando «los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social, resulta obligado admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia que se sustenta sobre el pluralismo, valor esencial, y que promueve la libre igualdad de personas y grupos para que los derechos sean reales y efectivos, como enuncia la Constitución en su título preliminar».

(x) Los elementos configuradores del derecho de reunión pacífica y sin armas son cuatro: uno subjetivo (una agrupación de personas), uno temporal (duración transitoria del encuentro y actuación coral), uno finalístico, que debe ser lícito (la comunicación o difusión pública de mensajes y de conflictos) y otro objetivo (lugar o espacio de celebración).

(xi) El ámbito del derecho protegido está, según la jurisprudencia constitucional, configurado por varios criterios que se interrelacionan: a) libertad de los contenidos del mensaje de protesta; b) libertad de elección del espacio de la intervención; y c) «la libre selección de los medios adecuados para ejercer la crítica y alcanzar la máxima publicidad, lo que se denomina el catálogo de las formas de protesta».

(xii) En el caso de autos se dan plenamente todos esos elementos mencionados. «la convocatoria estaba destinada a hacer coincidir voluntades individuales para expresar una subjetividad colectiva, coincidiendo con la sesión del órgano legislativo de la Comunidad Autónoma en la que se habían de decidir el contenido y el destino de la cuentas públicas, la finalidad era divulgar mensajes de protesta en relación a las decisiones legislativas, y para ello se trataba de ocupar los alrededores del edificio parlamentario para dirigir a los diputados, a los medios de comunicación y a la sociedad el rechazo de tales medidas de recorte del gasto social en detrimento de los servicios públicos y de la efectividad de los derechos sociales». Además, «El lema de la convocatoria de la manifestación contenía dos mensajes precisos. Quienes protestaban no querían las restricciones económicas de las prestaciones y de los servicios públicos; y quienes adoptaban tales decisiones ya no les representaban. Mensajes directamente relacionados con la Constitu-

ción social, que protege los derechos fundamentales sociales, económicos y culturales (el acceso a la salud, a la enseñanza, a la vivienda y al trabajo, la protección frente al desempleo, la enfermedad y la vejez), y con la Constitución democrática, en la medida que requerían a los representantes políticos, a los diputados, para que respondieran a los intereses generales, a los de la mayoría de la sociedad, y cuestionaban la legitimidad de ejercicio de su propia representación. Desde esa perspectiva conviene hacer notar que la protesta suponía la defensa de la Constitución y de sus contenidos básicos. No trataban de cambiar el marco de relaciones jurídico-políticas, sino plantear que se estaba operando un vaciamiento de los derechos fundamentales y hacer resistentes las garantías de los derechos».

Así pues, «[p]or sus elementos y contenidos, la acción colectiva de protesta se hallaba dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación. Estaba dirigida a configurar un espacio público que tuviera en cuenta la voz de los desfavorecidos por las políticas denominadas de austeridad, en defensa de la Constitución formal».

(xiii) Frente a partidos que en las recientes elecciones no habían planteado ni propuesto en sus programas los recortes de gasto social que ahora aplicaban, la protesta que se ejercía «moldeaba algo parecido a lo que, bien es cierto que en pocos momentos de la historia de las sociedades, se ha conocido como acción revocatoria de mandatos, una forma de intervención democrática directa para el control de la representación».

(xiv) La protesta, que estaba autorizada, iba a abarcar dos formas de acción. Una, «la manifestación frente a la institución donde se iban a tomar determinadas decisiones, mediante la presencia de ciudadanos que querían hacer visible su indignación y oposición a las políticas de recorte del gasto social». Otra, «la confrontación con los diputados personalmente, para hacerles llegar el malestar ciudadano y su propia responsabilidad por el voto que iban a emitir».

(xv) En ese segundo componente se «actualizaba el derecho de reunión en la modalidad de concentración o reunión estática» mediante lo que se conoce como «piquete». «La figura del piquete, en el contexto de las modalidades de protesta social, significa el establecimiento de un espacio de confrontación física y simbólica entre quienes disienten y las personas a las que se quiere hacer llegar el mensaje (de modo paradigmático los piquetes de extensión de la huelga, que buscan convencer a otros empleados de las buenas razones de la protesta y neutralizar el poder del empresario sobre ellos para influir en que no ingresen en el lugar de trabajo y se unan al conflicto). Esa forma de acción colectiva supone un enfrentamiento político y moral entre los sujetos. Quienes participan en el piquete plantean una estrategia de oposición frente

a ciertas políticas o decisiones, públicas o privadas, y asumen un sacrificio o incomodidad que conlleva la pérdida de salario, en el caso de la huelga, el empleo del tiempo exigido para la protesta, el desplazamiento hasta el lugar, la exposición pública, incluso, el riesgo de ser objeto de persecución policial o de sanción de algún tipo. Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de los foros públicos, la especificidad de la conducta del piquete es su concreta ubicación (a la puerta de la fábrica, del Parlamento o del domicilio de quienes toman las decisiones, en el caso del llamado escrache)».

(xvi) Dadas las características y formas de actuación del piquete, «el Estado está obligado a intervenir para regular esa modalidad de conflicto. No puede admitirse la supresión de la protesta, pero hay que evitar la intimidación o el hostigamiento, confiriendo una oportunidad razonable al enfrentamiento». «El poder público ha de intervenir para establecer los límites, incluso físicos, de la confrontación, con la finalidad de proteger el ejercicio del derecho fundamental de reunión y, al tiempo, preservar los legítimos intereses de las partes concernidas. La ley que regula el derecho de reunión y manifestación permite al Estado decidir ese tipo de injerencia, para ordenar una forma de protesta que genera incomodidades y sacrificios. La autoridad gubernativa, cuando concurran razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, tiene la potestad de proponer a los organizadores una modificación en el lugar o itinerario de la manifestación».

(xvii) En este caso de la protesta frente al Parlament, la autoridad pública incumplió ese cometido suyo, pues, por ejemplo, no estableció «un perímetro para hacer compatible, de un lado, la acción de los piquetes» y, «de otro lado, la libertad de los diputados de acceder a la asamblea para ejercer sus funciones». «De esta manera, se hubiera delimitado la acción colectiva, sus contenidos y, sobre todo, el espacio, físico y simbólico, de la confrontación. La importancia de la ordenación del espacio, aquí, no puede olvidarse, porque permitía a los propios manifestantes, a quienes secundaban la convocatoria, autodeterminar su conducta, estableciendo pautas claras. (Así se hizo, por ejemplo, en la convocatoria de una manifestación en Madrid, el 25.9.2012, bajo el lema «Ocupa el Congreso», donde la autoridad gubernativa estableció un perímetro de seguridad alrededor de la sede de dicha institución, de lo que da cuenta el Auto del juzgado Central de Instrucción n. 1 de 4.10.2012». Así pues, en el presente caso y por la deficiente actuación de la autoridad pública, «[e]l diseño de la intervención hizo inevitable el encuentro de los diputados con los manifestantes, que ocupaban todo el espacio disponible para el tránsito. La obligada confrontación, en los términos en que se produjo, fue debida al cierre, por razones de seguridad, de todos

los accesos al Parlament salvo uno, dejando franca la entrada del Parc de la Ciutadella, donde confluyeron los piquetes, provocando no solo la contaminación física entre unos y otros, sino la necesidad de los parlamentarios de abrirse camino entre las gentes allí congregadas».

(xviii) «En medio de la tensión ambiental que habían generado varias cargas policiales, ante la muchedumbre aparecieron los diputados, visibles por sus trajes y carteras, algo que la gente no se esperaba; fueron los propios manifestantes quienes protegieron a los parlamentarios frente a los más exaltados».

(xix) Las conductas examinadas pueden verse o bien como actos de ejercicio legítimo de un derecho fundamental o como delito, pero no ambas cosas a la vez. Pero entre esos dos polos hay un *territorio intermedio*, compuesto por «aquellas conductas que expresan un exceso o abuso del derecho, que no acaba por desnaturalizarlo o desfigurarlo, porque se encuentran íntimamente relacionadas con el ejercicio del mismo, en atención a su contenido y finalidad, inscritas en la razón de ser constitucional del derecho». Ahí «la intervención penal debe superar los filtros que establece el principio de proporcionalidad y, en especial, la doctrina del efecto desaliento. Pues no es suficiente constatar que la acción sobrepasa el ámbito de la protección constitucional del derecho, porque entre lo protegido y lo punible hay zonas intermedias que pueden ser reguladas por el derecho público o privado sin necesidad de intervención penal, la última razón, según señala la jurisprudencia constitucional (...). Hay que observar que analizamos conductas que suponen el ejercicio de los derechos, por lo tanto, nos movemos en la praxis de la libertad de expresión y del derecho de manifestación, de derechos en acción se trata, que siempre se presentan en la esfera pública en conflicto con otros bienes e intereses, en una tensión donde la medida de lo admisible y el significado de la transgresión es siempre discutible, la delimitación de lo normal frente a lo abusivo se hace muchas veces mediante una delgada línea, inevitablemente con criterios oportunistas. Cierta exceso, posiblemente, es consustancial al ejercicio del derecho de manifestación en una sociedad abierta y compleja».

(xx) «Por lo tanto, resulta necesario diferenciar el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal y, para ello, atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso, así como la vinculación o distancia de la conducta respecto al contenido y fines del derecho»³.

³ En este punto, sigue así el razonamiento de la sentencia de la AN: «El juez no puede “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto

(xxi) «La mayoría de las conductas probadas que se atribuyen en la sentencia a alguno de los acusados consistieron en participar en la manifestación, permaneciendo en el lugar —acotado por la autoridad gubernativa, mediante el cierre de las puertas de acceso al parque que rodea la sede del Parlament, y delimitado en concreto por la acción de los agentes que intervenían secuencialmente, desplazando a los grupos de manifestantes— y encontrándose con alguno de los parlamentarios (...) Respecto a todos ellos solo podemos afirmar su presencia en el lugar por donde los diputados se vieron obligados a transitar para acceder al Parlament y en algún caso la confrontación con ellos. Todos ejercieron el derecho fundamental de manifestación, sin que pueda imputárseles acto alguno que pudiera significar un exceso o abuso».

«Otras conductas pudieran tener un significado añadido. Así, el Sr. Jerónimo Urbano se interpuso delante de los parlamentarios Sr. Torcuato Ignacio y Sr. Gaspar Romulo con los brazos abiertos, para impedirles el paso; posteriormente, siguió al segundo cuando buscaba una vía alternativa, levantando los brazos y moviendo las manos, al tiempo que gritaba las consignas de los manifestantes. La Sra. Isabel Filomena siguió también al diputado Gaspar Romulo con los brazos en alto, repitiendo los lemas de la manifestación. El Sr. Idefonso Valeriano exhibió una pancarta ante los diputados Sr. Matias Teofilo y Sr. Eugenio Octavio, invitando a otros manifestantes a hacer una barrera para que no pudieran pasar, siendo respondido que había que dialogar. Son acciones que deben contextualizarse en la propia dinámica de la manifestación. Se encuentran singularmente vinculadas al ejercicio del derecho de manifestación en los términos en los que había sido convocada: las conductas tuvieron lugar en el tiempo y espacio de la protesta, estaban destinadas a reivindicar los derechos sociales y los servicios públicos frente a los recortes presupuestarios y a expresar el divorcio entre representantes

legítimamente como delito en el precepto penal” (STC 110/2000 (RTC 2000, 110), Fj 5). La STC 104/2011, que hemos citado, estimó el amparo y anuló la sentencia condenatoria por delito de desobediencia contra la demandante, miembro del comité de huelga de los trabajadores de un Ayuntamiento, que había allanado el despacho de un concejal, le había impedido que recibiera a unas personas que tenían cita con una funcionaria que ejercía su derecho de huelga, y se había resistido a atender a la orden para que abandonara la dependencia. “El contexto huelguístico, los hechos acaecidos y la función de la recurrente en esa concreta huelga, obligaban así a encuadrar la desobediencia en el marco objetivo del derecho fundamental” (Fj 8). De tal manera, la conexión de la conducta imputada con el derecho fundamental determinaba, a juicio del Tribunal Constitucional, que “la imposición de una sanción penal a la misma constituya una reacción desproporcionada, vulneradora del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 Ce) por su efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de aquel derecho fundamental”».

y representados; fueron actos de confrontación con los parlamentarios, inevitables en el modo que la autoridad gubernativa había planteado el ejercicio del derecho».

(xxii) En cuanto a las acusaciones por delito contra la inmunidad de los parlamentarios (artículo 498 del Código Penal), «la misma exigencia del principio de proporcionalidad demanda que toda conducta fuere idónea para impedir asistir a la reunión o coartar la libre voluntad del parlamentario. En este punto cabe reseñar que dicha idoneidad lleva implícita la gravedad de la acción, en consideración a la circunstancia y condición del sujeto pasivo, un político, persona pública que ejerce uno de los poderes del Estado, habituado a adoptar decisiones bajo la ética de la responsabilidad, hecho a la crítica, al conflicto y la presión de los medios y de la opinión pública».

«Las acciones que hemos identificado —con criterios estrictos de una normalidad planteada como modelo fuera del conflicto— con un cierto significado de exceso o abuso del derecho de manifestación consistían, según hemos dicho, en ponerse delante de los diputados con los brazos abiertos o caminar detrás de ellos con los brazos en alto, al tiempo que se coreaban las consignas sobre el recorte presupuestario o la falta de legitimidad de la representación que ostentaban. Desde luego, son conductas íntima e inequívocamente conectadas con el derecho a la protesta que allí se ejercitaba. Entendemos que formalmente esas conductas pudieran parecer como coactivas; pero materialmente carecían de la idoneidad necesaria y de la entidad suficiente como para ser consideradas típicas».

(xxiii) La doctrina del efecto desaliento juega como «pauta del juicio de proporcionalidad cuando se afectan derechos fundamentales» y despliega sus efectos en este caso, porque «la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política». Así pues, «[l]a prohibición de exceso aconseja una interpretación estricta del tipo penal ante una acción íntimamente relacionada, por su contenido y fines, con el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental, dejando fuera de lo prohibido conductas de escasa lesividad, que carecen de la capacidad suficiente como para comprometer el bien jurídico, ya que no tenían idoneidad para impedir a los diputados la asistencia a la reunión del Parlamento o para coartar, siquiera influir, su libertad de opinión o de voto».

5. Ciertamente, esa argumentación de la Audiencia Nacional en la sentencia de instancia es peculiar, si bien no desentona del tipo de enigmáticas

metafísicas que impregnan la actual jurisprudencia de tantos tribunales, incluidos los penales. Veamos esto brevemente.

a) Hay una confusión notable entre el contenido esencial de un derecho fundamental y la proporcionalidad de su ejercicio. Pero, por definición, el ejercicio de un derecho fundamental que cae dentro de lo que es su contenido esencial no puede ser desproporcionado. No verlo así implica que caben casos en que el ejercicio de lo que indubitadamente es el contenido esencial de un derecho fundamental pueda ser restringido en virtud del mismo principio de proporcionalidad.

b) El lenguaje de la proporcionalidad deja en segundo plano la cuestión que verdaderamente importa en este tipo de casos: la de si, dándose la acción típica, falta la antijuridicidad por concurrir la exigente de ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20, 7º del Código Penal). Lo que haría, así, legítimo el ejercicio de un derecho no es que la acción cumpla con los elementos definitorios de tal derecho y su ejercicio, sino que resulte «proporcionado» o no «proporcionado» castigarla penalmente. De tal manera, los límites de la antijuridicidad de la acción se tornan fluctuantes y su determinación será puramente casuística. En otras palabras, no se cuenta con la exigente cuando se ejerce legítimamente un derecho, sino cuando concurren en las circunstancias del caso razones suficientes para rechazar el castigo por esa acción. En consecuencia, concurrirá la exigente en casos en que no se trate del ejercicio legítimo de un derecho, sino de ejercicio ilegítimo, pero habiendo buenas razones para excluir la punición de ese comportamiento penalmente típico. Entre la regla (que las acciones subsumibles en el tipo penal T son delito y como tal deben castigarse) y la excepción (que la responsabilidad penal se exonera si se da la causa de justificación E) se inserta un elemento imprevisto y sorprendente: aun no concurriendo la causa de justificación E (ni ninguna otra causa de justificación prevista) la regla puede ser excepcionada. ¿Cuándo? Cuando, pese a concurrir todos los requisitos para la imposición de la pena por el correspondiente delito y no darse causa de justificación, la imposición de la correspondiente pena resulte *desproporcionada* en cuanto carga o traba para el derecho fundamental en cuestión; por ejemplo, porque tendrá un efecto de desaliento para otros sujetos que en el futuro se planteen el ejercicio de ese derecho.

Con esto último hallamos otro aspecto curioso, una nueva inversión del razonamiento. En lugar de pensar en el «desaliento» que la pena está llamada a producir en quienes puedan verse tentados para ejercer ilegítimamente el derecho de marras, es decir, para rebasar los límites de su ejercicio legítimo y en perjuicio de otros derechos de otros, se toma en cuenta ese efecto de «desaliento» que puede la pena tener sobre quienes quieren ejercer el

derecho legítima o ilegítimamente, y todo ello por la importancia abstracta o genérica de ese derecho de referencia. Se acaba, así, en una especie de ponderación entre la ilegitimidad de la vulneración del bien jurídico que el correspondiente delito protege y la legitimidad de un derecho fundamental en sí y que, sin embargo, en el caso no se ha ejercido legítimamente.

c) Entre los propios derechos fundamentales se señala una relación que podríamos por analogía denominar como de dinámica de fluidos. Por un lado, cuanta mayor sea la dificultad para su legítimo ejercicio, menores son los requisitos para la legitimidad de tal ejercicio. Por otro lado, cuantos más obstáculos encuentre el ejercicio legítimo de un derecho, mayor deberá ser la tolerancia con la vulneración de otros derechos, al menos en lo que tiene que ver con la protección penal de tales derechos en cuanto bienes jurídico-penales de los correspondientes delitos. No hay vía más expedita para la plena y radical politización de la jurisprudencia penal.

Ilustremos lo anterior con un ejemplo caricaturesco o de reducción al absurdo. Supongamos que cierto grupo social se topa con serias dificultades para hacer oír sus opiniones y demandas, tal vez porque los medios de comunicación están enteramente en manos del grupo opuesto, que sistemáticamente margina a los de ese otro. Un comando salido de ese grupo discriminado me secuestra a mí y aprovecha el eco mediático de la noticia para exigir que, a cambio de mi liberación, se lea en todas las radios y televisiones un comunicado que contiene sus quejas y reclamaciones ante la situación inicua que ese grupo vive. ¿Consideraríamos que, aun cuando no se trate de un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, no procede la condena penal de los autores de mi secuestro, dada la importancia de la libertad de expresión como derecho igual de los ciudadanos y ante las trabas que los de aquel grupo encuentran para hacer que oiga la sociedad sus opiniones y reivindicaciones? Y, por cierto, ¿qué hay de mi derecho a la libertad, amparado como bien jurídico-penal por la norma que tipifica el secuestro como delito?

En mi opinión, o es típica la conducta o no lo es; y si lo es, o es antijurídica porque no concurre causa de justificación tasada o concurre tal causa y no es antijurídica, procediendo entonces la absolución. Cuando la causa de justificación es esa de ejercicio legítimo de un derecho, o damos caracterizaciones generales y universalizables del ejercicio del derecho de que se trate o nos abocamos, en lo penal también, a un radical casuismo y una sorprendente y revolucionaria justicia penal del caso concreto. Lo penal y su precisión y taxatividad se difumina en un mar de ponderaciones y proporcionalidades que conducirán a que pueda haber condenas allí donde las causas de justificación claramente concurren y absoluciones allá donde no hay tales causas

de justificación pero no parece conveniente ni proporcionado el castigo legalmente previsto, a la luz de los valores que se quieran considerar.

d) En el razonamiento de la Audiencia Nacional se insinúa una confusión entre fines y medios y terminan los fines por justificar los medios. Primero se recalca la importancia del derecho fundamental de reunión y manifestación. Como si en verdad fuera tan relevante destacar que cualquier derecho fundamental es, precisamente, «fundamental». Después se explica que hay un derecho fundamental, el de libertad de expresión, en cuanto medio de las personas y grupos para exponer sus ideas y defender sus intereses en la esfera pública, que está resultando restringido para determinados grupos vulnerables por causa de la propiedad privada de la mayoría de los medios de comunicación y el partidismo de los medios de titularidad pública. Y a partir de ese diagnóstico se concluye que semejante restricción de la libertad de expresión debe ser compensada o contrapesada con la admisibilidad del exceso en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación. De nuevo aquello que denomino dinámica de fluidos iusfundamentales: la deficiente protección de la libertad de expresión se compensa con la justificación del exceso en el ejercicio de la libertad de manifestación y por los efectos «expresivos» de tal exceso. Vendría a ser, *mutatis mutandis*, como si, en una hipotética situación inversa, ante las restricciones que se aplicasen a la libertad de reunión y manifestación se juzgase que cabe compensar dichas restricciones permitiendo abiertamente el insulto y la calumnia, ejercicios de la libertad de expresión que se tildarían de «excesivos», pero que no constituirían delitos, en virtud de ese juego retorcido y curioso del principio de proporcionalidad.

e) ¿Estaría la Audiencia Nacional haciendo un ejercicio de uso alternativo del derecho? Podría pensarse así. Su veredicto sobre la realidad social y política española del presente apenas podría ser más rotundo. Derechos como el de libertad de expresión son reducidos a su mínima plasmación por la acción combinada de la propiedad privada de la mayoría de los medios de comunicación y el partidismo desaforado de los públicos; los partidos políticos traicionan al electorado porque cuando acceden al gobierno hacen recortes en recursos y derechos sociales, recortes que no habían anunciado en sus programas; el Derecho penal amenaza con convertir en delictivas las acciones que constituyen explicable reacción ante tanta opresión de los derechos y semejante pauperización de muchos ciudadanos. Los jueces penales, entonces, deben obrar como contrapeso frente a tanta perversión o degeneración de lo político y lo gubernamental, justamente a base de darle un abierto cariz político a sus decisiones y de forzar los conceptos y las interpretaciones cuanto sea necesario para dicho fin político y «alternativo».

Ante ese diagnóstico que de la situación política hace la Audiencia Nacional, habría que preguntarse varias cosas. Una, si en verdad en los medios de comunicación opera esa exclusión de la voz de las personas y grupos socialmente más desfavorecidos y perjudicados por los recortes en derechos sociales y servicios públicos; dos, si la transmisión de las protestas legítimas y, al parecer, sistemáticamente ocultadas en los medios tiene su cauce adecuado en los «excesos» en el ejercicio de derechos como el de manifestación y si no ocurrirá exactamente lo contrario, es decir, que resulte socialmente deslegitimado el mensaje de protesta como consecuencia de esas maneras en que se expresa. Si algo de esto último hubiera, escaso favor le estaría haciendo la Audiencia Nacional a la libertad de expresión de tales grupos oprimidos al legitimar penalmente el «exceso» en el ejercicio de la libertad de reunión y manifestación.

f) Llamativa es también la sutil manera de cargar responsabilidad sobre el Estado. A juicio de la Audiencia, es plenamente legítimo que los manifestantes formen piquetes, buscando «un espacio de confrontación física y simbólica» con los parlamentarios, piquetes cuyo cometido puede ser el de ubicarse en la puerta del Parlamento para evitar la entrada de los parlamentarios. Esos piquetes, al parecer, serían aquí legítimos, aun cuando su finalidad patentemente se oponga al artículo 498 del Código Penal, que tipifica como delito el impedir mediante fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave a parlamentarios la asistencia a reuniones de la cámara legislativa. Pero, con ser legítimos los piquetes así conformados, el Estado estaría llamado a poner los medios para que no consumen sus propósitos, en este caso los de impedir el acceso de los diputados al Parlamento de Cataluña. Puesto que la ley permite al Estado tomar las correspondientes medidas, si no lo hace abocará a los propios piquetes a alcanzar el contacto físico que buscaban y, de tal modo, quedará desprotegido el mismísimo derecho de reunión. Curiosísimo razonamiento. Al final resulta que el pretendido encuentro de los manifestantes o sus piquetes con los diputados se consumó, pero no cabe reproche ni puede haber delito porque el Estado no puso los medios para frustrar tal encuentro físico. Es legítimo que los manifestantes quieran impedir el paso de los parlamentarios, pero si lo consiguen será por culpa de la imprevisión del Estado y no podrán esos hechos constituir delito, aunque encajen a la perfección en la dicción del artículo 498 y el ejercicio del derecho de reunión y manifestación acabe resultando «excesivo».

g) Para la teoría del derecho y de los derechos son todo un hallazgo las «zonas intermedias» entre el ejercicio legítimo de un derecho y el ejercicio no legítimo pero que penalmente excusa de la responsabilidad penal como si fuera legítimo. Se vuelve trimembre la clasificación que parecía dual. A

las alternativas que pensábamos, las de ejercicio legítimo (causa de justificación penal) *versus* ejercicio no legítimo de un derecho (no causa de justificación penal), se agrega una tercera, la del ejercicio abusivo o excesivo del derecho, pero que sí excusa de responsabilidad penal. Al mismo tiempo, mientras que para la aplicación o la inaplicación de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20, 7º del Código Penal) jugaría un razonamiento de tipo subsuntivo, en este sorprendente territorio intermedio o tierra de nadie se aplicará el principio de proporcionalidad. Que se aplique el principio de proporcionalidad supone que la solución sobre si el comportamiento es penalmente sancionable o no en el caso concreto ya no depende de una descripción típica del delito y de la causa de justificación y del contenido del derecho al que esa causa de justificación respectivamente remita, sino de un análisis de las circunstancias y el contexto del caso. Por ejemplo, y como en este mismo supuesto comprobamos, el que las acciones de impedir que los diputados accedan al Parlamento sean o no antijurídicas no depende del contenido estable o definido del derecho de reunión y manifestación, sino de las circunstancias políticas del momento: que los medios de comunicación sean mayoritariamente privados y los públicos apliquen estrategias informativas partidistas, que haya habido recortes sociales, que los partidos no se comporten en el gobierno con lealtad a sus programas electorales, etc. También el Derecho penal se vuelve dúctil y muy casuístico por ese camino, más etéreo que sólido, más indeterminado que previsible.

Téngase en cuenta también que no estamos hablando de una sentencia del Tribunal Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad del tipo penal en cuestión, sino de una sentencia de la jurisdicción penal que absuelve porque considera desproporcionado castigar el comportamiento que pueda corresponderse con la descripción del tipo penal, y que no se afirma como ejercicio legítimo del derecho de reunión y manifestación, sino abusivo o «excesivo» (¿desproporcionado?). Se ha dado, así, con el camino para excepcionar tranquilamente la imposición de pena para la conducta encuadrable bajo el tipo penal y para la que no concurre causa de justificación; es cuestión de tiempo el que algún tribunal penal se anime a dar el paso siguiente, el de castigar la conducta para la que sí concorra con toda claridad eximente, con el mismo argumento de que resulte desproporcionada la impunidad de esa conducta en las peculiares circunstancias del caso concreto y de su contexto social y político. Lo difícil no es abrir ese tipo de puertas, sino cerrarlas.

h) Y todo para qué. Acaba la Audiencia Nacional afirmando que aunque «formalmente esas conductas pudieran parecer como coactivas», «materialmente carecían de la idoneidad necesaria y de la entidad suficiente como

para ser consideradas típicas». Acabáramos. Si no hay acción típica, no hay delito. Sobra, pues, toda divagación sobre la concurrencia o no de causa de justificación. Ahora las piezas encajan al fin, pero de otra forma: las anteriores apreciaciones sobre la importancia del derecho y de su ejercicio en la actual coyuntura iban dirigidas a justificar una interpretación restrictiva del tipo penal. Lo podrían haber aclarado mucho antes. Pero si lo dirimente es la interpretación del tipo penal del artículo 498, ¿a qué viene y para qué vale tanta alusión al principio de proporcionalidad? Posiblemente, para lo habitual: para no tener que abordar una justificación seria, rigurosa y general de esa interpretación aplicada a dicho artículo. En estos tiempos, siempre que un tribunal no quiere argumentar la interpretación rectora de su fallo, se pone a hablar de hechos y circunstancias del caso y dice que aplica el principio de proporcionalidad y que pondera. Así es como se va imponiendo, paso a paso y en los más variados ámbitos, la actual jurisprudencia, esencialmente desproporcionada (en el sentido de carente de proporción o metro preestablecido y cognoscible) y cada día más reñida con la seguridad jurídica.

6. En su sentencia, el Tribunal Supremo embrolla todavía más la situación y añade oscuridad metodológica a la ya muy notable oscuridad metodológica de la Audiencia Nacional. Pronto se deja ver en toda su intensidad la actual obsesión de nuestros magistrados con la dichosa ponderación. Interpreta el Tribunal Supremo del siguiente modo la posición de la Audiencia Nacional: «La línea argumental que anima la sentencia recurrida, concluye con un juicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto que proclama la escasa lesividad de las acciones imputadas a los acusados y, al propio tiempo, la concurrencia de una causa de justificación amparada en el ejercicio legítimo de un derecho, tal y como se establece en el artículo 20.7 del Código Penal. La absolución resulta obligada con el fin —se razona— de evitar lo que los Jueces de instancia denominan “*el efecto desaliento*”».

¿Fue ese el juicio de ponderación? No estamos seguros. Pero, sea como sea, para qué ponderar si se afirma que concurre la causa de justificación del artículo 20.7º? ¿O acaso cabría que concurriera y que a base de ponderar concluyéramos que habría que castigar de todos modos?

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Nacional, condena por delito del artículo 498 y fundamenta también con a base de ponderación. Si en el caso de la referida sentencia de la Audiencia Nacional nos quedábamos sin saber qué era exactamente lo que se ponderaba o balanceaba, lo que el Tribunal Supremo nos dice ahora es que la Audiencia Nacional no ponderó lo que debía ni como debía. Y, en efecto, una de las claves de la famosa ponderación es que cada uno elige lo que quiere poner en cada pla-

tillo de la balanza, en función de cuál desea que sea el derecho o principio ganador y cuál el perdedor.

Según el Tribunal Supremo, la ponderación, en el caso de autos, tiene que darse entre el derecho de reunión (y el de libertad de expresión a él anejo) y el derecho de participación política de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo. Dado que el caso se plantea ahora como de conflicto entre esos dos derechos, y puesto que no lo había presentado así la sentencia de instancia, quedan descontextualizadas y faltas de aplicación al caso las sentencias del Tribunal Constitucional que la Audiencia Nacional había citado como precedentes y como base de su doctrina, y así lo hace ver el Tribunal Supremo. Se insiste en que en la resolución de instancia no se encuentra ni rastro de la «argumentación ponderativa singular» entre libertades de expresión y reunión, por un lado, y derecho de participación, por otro. Y, en efecto, no hay tal ponderación en la decisión del Tribunal *a quo*, por la sencilla razón de que no se planteó el caso como de conflicto entre esos derechos.

Aparece en escena el artículo 23 de la Constitución, que abarca tanto «el derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad», como «la necesidad de que los representantes designados puedan permanecer y ejercer libremente sus cargos». Al obstaculizar el ejercicio de las funciones de los parlamentarios se obstaculiza el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes.

Podríamos entender cabalmente que lo que el Tribunal Supremo está haciendo es justificar una cierta interpretación extensiva o, al menos, no restrictiva del artículo 498 del Código Penal, en virtud de la gran importancia del bien protegido por ese tipo penal, que viene a ser, a fin de cuentas, nada menos que uno de los componentes básicos del derecho de los ciudadanos a su participación política en democracia y a través de sus representantes libremente elegidos. Hasta a los valores superiores del artículo 1 de la Constitución, y en especial al pluralismo, apela el Tribunal para respaldar esa interpretación suya. Pero, entonces, ¿para qué hablar de ponderación? Bastaría decir que no puede ser ejercicio ilegítimo del derecho de reunión y manifestación el que viniera a dañar gravemente la sustancia misma del derecho de participación política. No en vano, y a fin de cuentas, hasta la sentencia de instancia había afirmado que, como ejercicio del derecho de reunión y manifestación, las acciones enjuiciadas resultaban un tanto excesivas o abusivas.

Restablezcamos nosotros la auténtica índole del caso y de lo que para el caso viene a cuento. Hay una acusación por delito contra la inmunidad de los parlamentarios, de conformidad con el artículo 498 del Código. Las defen-

sas alegan la concurrencia de la causa de justificación del artículo 20.7º, en su variante de ejercicio legítimo de un derecho. Tal derecho en cuestión sería el de reunión y manifestación (artículo 21 CE). La sentencia de instancia divaga grandemente, pues no se anima a mantener con todas las palabras que lo acontecido y juzgado suponga un ejercicio legítimo de tal derecho. Así que la sentencia de instancia explica que no es legítimo del todo el ejercicio de ese derecho, sino más bien excesivo o un tanto abusivo, pero que no se debe punir porque entonces se fomentará un «efecto desaliento» en el ejercicio de dicho derecho, tan necesario en estos tiempos de injusticia y ostracismo de los oprimidos. No llegamos a saber si se ponderó o no se ponderó, pero parece que aquella es la solución que respalda el principio de proporcionalidad bien aplicado, ponderando, intuendo o como sea que se haya averiguado qué es lo proporcional en el caso.

En la sentencia suya, el Tribunal Supremo sí que pondera, pero no sabemos muy bien por qué. El argumento esencial de esta resolución se halla en la afirmación de que la lectura de los hechos probados «evidencia, sin duda, que algunos de los partícipes en los incidentes desarrollados durante los días 14 y 15 de junio, a raíz de la concentración convocada ante el Parlament de Catalunya, incurrieron en el delito previsto en el artículo 498», que es un delito de tendencia. Que, como delito de tendencia, el delito se consuma, parece obvio, según la sentencia, vistos los hechos y el fin con el que se realizaron, fin que ya quedaba bien patente en el tenor mismo de la convocatoria («Paremos el Parlamento. No permitiremos que aprueben recortes»). Afirma el Tribunal que es claro el «juicio de subsunción». Además, y en contra de lo insinuado en la sentencia de instancia, «el juicio de tipicidad no se ve alterado por el mayor o menor acierto de los agentes de la autoridad en el momento de fijar los perímetros de seguridad que podría haber aconsejado la aglomeración de ciudadanos en las inmediaciones del Parlament».

En opinión del Tribunal, según los hechos probados «la lesión del bien jurídico —el normal funcionamiento del órgano parlamentario— se dibuja con absoluta nitidez». Uno por uno repasa la sentencia el comportamiento de los acusados y su encaje nítido bajo el delito del artículo 498. A lo largo de ese repaso y para uno u otro acusado, insiste nuevamente en que «el juicio de subsunción se manifiesta con absoluta nitidez».

¿Dónde estuvo la ponderación del Tribunal Supremo y en qué consistió? Sienta, paso a paso, que las conductas examinadas son plenamente subsuimibles en el tipo el artículo 498. Quedaría por ver si, con todo, es aplicable la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. Lo niega el Tribunal. ¿Con qué argumento? ¿Acaso con el de la ponderación? Eso parece, pero de una ponderación metódicamente llevada, paso a paso, no encontramos huella en

la sentencia. Solamente se dijo aquello que ya se ha reseñado, que no puede ser ejercicio legítimo del derecho de reunión y manifestación el que implique tan grave atentado al derecho de participación política, derecho que constituye el bien jurídico que el artículo 498 del Código Penal ampara. Pero eso no es ponderar y más si consideramos que, como el mismo Tribunal *a quo* admitía, el ejercicio de la libertad de reunión, antes que legítimo, resultaba en el caso «excesivo» o con un componente de «abuso» de ese derecho.

¿Ponderan? No, dice que ponderan. ¿Por qué? Una vez más para no tener que *explayarse* sobre lo más difícil, sobre la naturaleza jurídica del delito en cuestión, sobre las modalidades posibles de su comisión y sobre la interpretación del tipo penal del artículo 498.

Sinteticemos las acciones de cada concreto condenado, tal como la sentencia misma las describe, de conformidad con la declaración de hechos probados en primera instancia:

- Marco Antonio le pintó por la espalda la chaqueta a una diputada, valiéndose de un spray. Pero, según la sentencia que vemos, «Marco Antonio es (...) uno de los manifestantes que quiere paralizar el Parlamento impidiendo la aprobación de lo que considera recortes presupuestarios». Así que, por eso, su acción sería típica a tenor del referido artículo 498. En palabras del Tribunal «entendemos que el acusado no hizo sino ejecutar una acción que es la concreción exacta del fin colectivo perseguido por los manifestantes». Basta ver el lema de la convocatoria para conocer la intención de los participantes, Marco Antonio entre ellos.

- Edemiro, según los hechos probados «se interpuso con los brazos en cruz ante los parlamentarios (...) y siguió al diputado autonómico Sr. Luis Pablo con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión». Ya estamos al corriente de que el delito sobre el que se debate es descrito en el artículo 498 del Código Penal como empleo de la fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un parlamentario la asistencia a una reunión de la cámara legislativa. ¿Se cumple con esa descripción cuando el acusado no se interpone ante el diputado, sino que lo sigue con las manos en alto y gritando? Según el Tribunal, sí, pero por razón del «entorno tumultuario» en el que ocurrían cosas tales como que a un diputado alguien (no Edelmiro, ciertamente) le arrebató un bolso, a otros les impidieron el paso (pero no se lo impidió Edelmiro, eso no) o sobre las ropas de otros algún manifestante (no Edelmiro) derramó «algún líquido».

- Estela persiguió a un diputado «con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación». Esa conducta supondría acoso al representante de los ciudadanos y, en suma, Estela «ejecuta su particular aportación al acto colectivo de obstaculización de las tareas parla-

mentarias», contribuyendo, el igual que Edelmiro, «a reforzar la violencia e intimidación sufrida por los Diputados autonómicos Iván y Luis Pablo, impidiéndoles el normal desarrollo de sus respectivas funciones representativas».

- Leopoldo «sabe que está acosando a dos Diputados, en unión de otras personas que no han sido identificadas», «pide expresamente que se les impida el paso» y «para rubricar la motivación de sus actos», exhibe una pancarta. Se añade que «los dos Diputados, después de un altercado *con otras personas* no identificadas, piden amparo a los agentes de policía. Sólo el traslado en helicóptero hizo posible que ambos representantes pudieran llegar al Parlament». El subrayado es nuestro y vale para resaltar que no consta ni que fuera Leopoldo el que impidiera el paso a los parlamentarios, ni el que tuviera el altercado con ellos. Leopoldo sabía, sí, en qué acción colectiva participaba y cuáles eran los objetivos de esa acción. Pero de su conducta en concreto, consta nada más que exhibió una pancarta, ni siquiera que con ella cerrara el paso a los diputados ni cosa por el estilo. Para el Tribunal «[e]l juicio de subsunción se manifiesta con absoluta nitidez». El juicio de subsunción bajo el delito del artículo 498 del Código. Por esto: porque el acusado «se vale de la atmósfera de coacción ejercida por otras cien personas, cuya identidad no ha quedado acreditada, y pide a otros manifestantes que obstaculicen el paso de los Diputados Raimundo y Baltasar para que, por su obligada ausencia, no puedan votar. El desenlace no es otro que la necesidad de sobrevolar en un helicóptero los obstáculos creados por los manifestantes». Sería muy interesante analizar ese razonamiento desde el punto de vista de la relación causal entre la conducta de Leopoldo y el acaecimiento del daño al bien protegido por el tipo penal que se le aplica.

- Eugenio, con la misma finalidad que los anteriores, «empeñó sus esfuerzos en que el Diputado Romualdo no accediera al Parlament», concretamente por estar entre los que rodeaban al representante popular con las manos abiertas y los brazos en alto, pero «siempre a su espalda». Era uno de los que lo rodeaban por detrás para que no avanzara hacia adelante, como se ve.

- También Rosario, Tomás y José Luis entorpecieron el libre tránsito de un diputado que se dirigía al Parlament. Están en el grupo de personas que se interponen en su camino, lo interpelan y lo obligan a escuchar sus razones hasta que «agentes de policía acompañaron al diputado para que superara a los manifestantes. No consta que fuera agredido, ni empujado».

Esos son, en lo esencial y sin hurtar detalles relevantes, los motivos que el Tribunal alega para justificar la condena de todos los mencionados como autores del delito en cuestión, el del artículo 498 del Código Penal en su primera variante (empleo de *«fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave*

para impedir a un miembro (...) de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones».

El razonamiento subyacente no es difícil de captar y se podría resumir según el siguiente esquema: a) por tratarse de un delito de tendencia, lo comenten todos los integrantes del grupo de manifestantes o reunidos que comparten esa «tendencia», es decir, la finalidad ilícita de la convocatoria, por lo que podría decirse que, pese a estar autorizada la concentración por la autoridad gubernativa, se trata de una concentración delictiva; b) cualquiera que, de la forma que sea (por ejemplo, impidiendo a un diputado el avance a base de situarse detrás de él, no delante), haya formado parte de esa concentración es reo del delito, haya hecho lo que haya hecho y por la simple razón de que si estaba allí es porque comparte el ilícito objetivo común; c) los acusados y condenados son solamente esos porque únicamente de esos consta en los hechos probados que estuvieran presentes en la reunión y se comportaran en consonancia con el objetivo aglutinador, pero potencialmente todos son culpables por estar y por estar para lo que estaban, e idealmente a todos se les podría haber condenado si de todos constara la identidad y la presencia⁴.

⁴ En su voto particular, escribe el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez que el del artículo 498 «[s]e configura como un tipo delictivo generalmente caracterizado como de peligro abstracto. Por tanto, aplicable ya solo con que se dé el *empleo* —de alguna de aquellas [fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave]— para el fin contemplado, con independencia del resultado, en el primer supuesto; o cuando las formas de comportamiento previstas fueran aptas para ocasionar una *perturbación del estado de ánimo del sujeto*, que pudiese incidir en el sentido del voto». Así que «lo requerido es que *exista* “fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave”, aplicada, además, directa y materialmente sobre un sujeto o sujetos concretos investidos de aquella calidad». Concluye el magistrado discrepante que «[s]ituados en este plano, no cabe afirmar que las acciones descritas (seguir, interpelar, corear consignas, etc., o manchar la ropa) (...) y que la sala de instancia consideró impunes a la luz del art. 498 Cpenal, respondan a las exigencias típicas de ese precepto. Ni siquiera por el hecho de haber tenido lugar en el marco y ambiente de referencia: un dato de contexto que no pudo *transformarlas* al margen de la voluntad de sus autores, hasta el punto de alterar de manera esencial su naturaleza, inscribiendo en ellas rasgos y un marchamo de violentas o intimidantes que *en sí mismas no tenían*». Y todavía más: «El hecho de haber participado en la concentración-manifestación no tiene en sí mismo carácter típico, por falta de encaje en el campo semántico de cualquiera de los verbos utilizados por el legislador. Por otra parte, la circunstancia de que un grupo de los que se manifestaron lo hubiera hecho de forma violenta, incidiendo de este modo (de manera directa e inequívocamente criminal) sobre alguno de los parlamentarios, no puede convertir en violentos comportamientos que *objetivamente* no lo fueron, cuyos responsables carecieron *subjétivamente* del propósito de obrar de ese modo, y *prácticamente* realizaron acciones ayunas por completo de tal connotación. Por eso, desplazar sobre ellos la responsabilidad de unas conductas que no cabe atribuirles como *suyas propias*, es algo que está reñido con el principio de culpabilidad».

No se antoja fácil una justificación doctrinal de esa autoría delictiva ni de las peculiaridades de un delito que de esa manera se comete, aunque se opte por considerarlo delito de tendencia. Tampoco sería sencillo correlacionar los hechos probados con una bien argumentada interpretación de la norma. Por eso, según mi tesis, se tira por el camino de en medio, el de la ponderación. Se dice que se pesaron aquellos dos derechos (libertad de reunión y manifestación —artículo 21 CE— y participación política —artículo 23 CE) y que salió mayor el peso del de participación, por lo que no pueden quedar impunes los comportamientos de los acusados, al margen de que su subsunción bajo la norma sea más o menos problemática o de cómo deba el precepto interpretarse para que esa subsunción quepa, y al margen de que otro día y en otro caso algo diferente el pesaje de esos mismos derechos en competencia pueda dar un resultado distinto. Como casi siempre en este tipo de resoluciones ponderadoras, cada derecho tiene el peso que tiene porque el tribunal de turno dice que lo tiene. De ahí que ponderar sea tan práctico y tan cómodo. La balanza no se enseña, se indica nada más que el peso, pero no se ve por ningún lado el «ponderómetro». Cuando se corrige el «balanceo» del Tribunal de instancia, se subraya que no pesó como es debido o que no pesó lo debido. Nuevos derechos o principios aparecen cuando se los necesita y para derrotar a quien se les mande.

A mi modo de ver, que otras jurisdicciones se pierdan por esos esotéricos caminos de la ponderación es altamente preocupante, pero que sean los altos tribunales de lo Penal los que por ahí se embarquen puede acabar resultando trágico para nuestros derechos (precisamente) y garantías ante el sistema penal y ante el Leviatán que lo respalda. Y, entretanto, esa manera de razonar echa por tierra sin piedad siglos de sutil y aguda dogmática penal y de exigencia a la hora de motivar con esmero y sin trampa las decisiones judiciales, en particular las penales condenatorias.

Por cierto, la pena para los ocho acusados condenados será de tres años de prisión.

Sentencia 161/2015, de 17 de marzo

ENCABEZAMIENTO:
Recurso N°: 1828/2014
TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 161/2015
Fecha Sentencia : 17/03/2015
Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Marchena Gómez

Segunda Sentencia
Voto Particular
RECURSO CASACION N° : 1828/2014
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Señalamiento: 18/02/2015
Procedencia: Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sección Primera

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

VOTO PARTICULAR

Nº: 1828/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Vista: 18/02/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 161/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Primera, de fecha 7 de julio de 2014 en causa seguida contra Ezequiel, Luciano; Tomás, Marco Antonio, Raimunda, Emma, Artemio, Paulina, Eusebio, Leopoldo, Urbano, Rosalia, Teófilo, Arcadio, Estela, Eugenio, Landelino, Rosario y Jose Luis, por delitos contra las Instituciones del Estado, atentado, asociación ilícita y una falta de daños, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Han intervenido como recurrentes, el Ministerio Fiscal, la Generalitat de Cataluña, representada por el procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuellar y el Parlament de Cataluña representado por el procurador Sr. Montero Reiter; y como partes recu-

rridas: Eusebio, representado por la procuradora Sra. Liceras Vallina; Landelino, representado por la procuradora Sra. González Díaz; Luciano, Marco Antonio, Raimunda, Emma, Paulina, Teófilo, Eugenio, representados todos ellos por el procurador Sr. Fernández Estrada; Leopoldo y Urbano, representados por la procuradora Sra. Rodríguez Buesa; Ezequiel, Tomás, Artemio, Rosalia, Arcadio, Estela, Rosario, Jose Luis, representados estos por la procuradora Sra. Alfonso Rodríguez. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- El Juzgado Central de instrucción número 6, instruyó diligencias previas número 124/2011, por delito contra las instituciones del Estado, de atentado, asociación ilícita y una falta de daños, contra Ezequiel, Luciano, Tomás, Marco Antonio, Raimunda, Emma, Artemio, Paulina, Eusebio, Leopoldo, Urbano, Rosalia, Teófilo, Arcadio, Estela, Eugenio, Landelino, Rosario y Jose Luis y, conculsas las remitió a la Audiencia Nacional, cuya Sección Primera de la Sala de lo Penal, dictó en el Rollo de Sala número 6/2013 sentencia en fecha 7 de julio de 2014, con los siguientes Hechos Probados:

«1.- *El movimiento de protesta surgido en las plazas de las grandes ciudades a lo largo de la primavera del año 2011, conocido como 15m, convocó los días 14 y 15 de junio una concentración ante el Parlament de Catalunya con ocasión de la aprobación de los presupuestos de la Comunidad para aquel año, en protesta por la reducción del gasto social. El lema de la movilización era «Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades» (Paremos allet Parlament, no permitiremos que aprueben recortes). La manifestación fue comunicada a la autoridad por las organizaciones que la convocaban, el movimiento L'Acampada de Barcelona y las Asociaciones de vecinos de la ciudad, y publicitada por varios medios, entre otros una rueda de prensa, celebrada el 10 de junio, en la que dos portavoces de los movimientos sociales declararon que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos*

sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar. La autoridad gubernativa no adoptó medida alguna para regular la manifestación.

2.- La tarde del 14 de junio unas mil personas se reunieron junto al Parc de la Ciutadella, pero la policía les impidió acceder a dicho espacio, que se cerró durante la noche. Los manifestantes acamparon en un lugar próximo, en la encrucijada del Pasaje Picasso y la avenida del Marqués de Argentera. A primera hora de la mañana, la policía disolvió por la fuerza, en varias ocasiones, a los manifestantes para abrir la puerta 7, situada frente al número 37 de la calle Pujades, única que se había decidido dejar franca para que accedieran los parlamentarios. En ningún momento se acotó un perímetro o se levantó un cordón policial para garantizar el tránsito por aquella vía.

3.- A partir de las 8.00 h. los diputados fueron entrando, algunos encontraron problemas debido al número de personas allí congregadas, que en ciertos momentos ascendía a más de seiscientas. El inicio de la sesión estaba señalado para las 10 h.

4.- Hacia las 9.25 h. el *President* de la Generalitat D. Geronimo ocupaba el vehículo oficial, junto a los diputados de Convergència i Unió (Ciu) D. Raimundo y D. Luis Carlos, en una comitiva de cuatro vehículos —en uno de ellos iba la *Presidenta* del Parlament— y otras tantas motocicletas conducidas por agentes de policía. Circulaban, por la avenida Meridiana en dirección al Parc de la Ciutadella con la intención de atravesar por la puerta 7; antes de llegar se encontraron con un grupo de manifestantes que ocupaban la calzada y obstaculizaban su marcha. Los automóviles no llevaban distintivo alguno. Al constatar la dificultad para atravesar por aquella puerta, rectificaron su dirección y regresaron por la misma vía, alejándose del lugar.

En el momento que cambiaban de sentido de marcha para eludir a la manifestación, un grupo de personas —ignorantes de qué autoridades viajaban en los vehículos— se aproximó a la comitiva. El encuentro entre los manifestantes y la cadena de coches duró escasos segundos. Un individuo levantó la mano y el brazo derecho

cuando el automóvil presidencial giraba, otros se acercaron al vehículo, llegando a tocar la carrocería, alguien intentó abrir las puertas —que se hallaban aseguradas— y lanzó varios golpes. Cuando la comitiva abandonaba el cruce, un individuo arrojó un cono de plástico de señalización a la calzada.

No se ha acreditado que D. Ezequiel fuera la persona que levantó un brazo, ni que D. Luciano se acercara al vehículo oficial, ni que D. Tomás se interpusiera en la progresión de la comitiva ni que lanzara la señal cónica.

5.- Hacia las 8.30 h. la diputada del grupo parlamentario del Partit dels Socialistes de Catalunya (Psc) D^a. Salome caminaba por el parque hacia el Parlament, dialogando con una mujer que allí se manifestaba y que le comunicaba la situación de sus hijos, universitarios y en paro, cuando D. Marco Antonio se le acercó por detrás y le pintó en la espalda de la chaqueta dos trazos negros con un *espray*, que ensuciaron también el bolso que llevaba en bandolera. La Sra. Salome reparó en el incidente una vez que entró en el edificio del Parlament y se quitó la prenda.

6.- El diputado D. Aureliano, de Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida (Icv-Eu), se vio obligado a variar de rumbo al encontrarse, hacia las 9.00 h., la puerta 7 taponada por un grupo de manifestantes que le impidieron el paso, le increparon y siguieron. Al final, acompañado por varios agentes de la Guardia Urbana pudo ganar el cordón policial.

No consta que D^a. Raimunda increpara al parlamentario, ni siquiera que se interpusiera en su camino. Tampoco consta que D. Tomás hubiera perseguido, bloqueado, acometido ni empujado al Sr. Aureliano.

7.- Los diputados D. Iván, de Convergència i Unió, y D. Luis Pablo, de Solidaritat Catalana, también se vieron incapaces de entrar por la puerta 7 del parque. Unas cien personas les impidieron el paso, les increparon y derramaron sobre sus ropas líquidos. Ambos decidieron explorar otra vía, momento en que alguien arrebató al Sr. Iván un bolso de mano; los diputados se separaron, siguiendo caminos distintos (al Sr. Luis Pablo le quitaron unos papeles que llevaba

en las manos, así como un paquete de tabaco y un mechero, que guardaba en el bolsillo). Desde ese momento fueron seguidos por manifestantes, que chillaban consignas contra los representantes políticos, hasta que fueron atendidos por agentes de policía que los trasladaron en coche a la sede del Parlament.

D. Edemiro se interpuso con los brazos en cruz ante los parlamentarios, en un momento dado. No consta que les escupiera. Siguió al diputado autonómico Sr. Luis Pablo con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión.

No consta que D^a. Emma, quien participó en la protesta, empujara e insultara a los parlamentarios.

D^a. Paulina estuvo cerca de los dos diputados, junto a otros manifestantes, en algún momento, pero no se ha acreditado que les hubiera impedido el paso ni que les hubiera agredido.

D. Luciano interpelló a los diputados, entablando un diálogo con el Sr. Luis Pablo. No se ha acreditado que hubiera empujado o golpeado a alguno de ellos.

D. Eusebio portaba una cámara, de vídeo y grabó durante la jornada escenas de la protesta, en concreto de la confrontación de algunos manifestantes con los diputados Sr. Iván y Sr. Luis Pablo. Trabajaba como colaborador en medios digitales. No se ha acreditado que hubiera interrumpido adrede el paso de los parlamentarios, ni que realizara conductas distintas de las propias de un reportero gráfico.

No consta que D. Urbano se confrontara con el Sr. Luis Pablo, después de que este desistiera de entrar por la puerta 7, ni que introdujera su mano en el bolsillo de la chaqueta y se apoderara de su paquete de tabaco y de un mechero.

D^a. Rosalía estuvo cerca del diputado Sr. Luis Pablo, cuando este caminaba alejándose de la puerta 7, pero no consta que le agrediera, le impidiera el paso o le arrebatara unos documentos de papel que llevaba en la mano.

No consta que D. Teofilo hubiera arremetido o empujado al Sr. Luis Pablo, cuando buscaba otra vía para llegar al Parlament, ni que se hubiera apropiado de sus papeles.

Tampoco se ha acreditado que D. Arcadio hubiera derramado sobre el Sr. Luis Pablo el líquido que contenía una botella de refresco, que manchó la espalda de su chaqueta.

D^a. Estela siguió, en algún momento, al Sr. Luis Pablo con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación. No consta que le hubiera empujado.

8.- Los diputados de Ciu D. Raimundo y D. Baltasar caminaban hacia el Parlament cuando varios manifestantes se confrontaron con ellos. D. Leopoldo pedía que no les dejaran pasar, para que no votaran, al tiempo que desplegaba una pancarta para exhibir una leyenda; otros manifestantes le contestaron que solo había que hablar con los parlamentarios. Los señores Raimundo y Baltasar evitaron al grupo y se retiraron con sus acompañantes, un conductor y una secretaria. Posteriormente, tuvieron un altercado con otros manifestantes, que les rodearon en la puerta de un garaje, y decidieron buscar la protección de agentes de policía. Llegaron al Parlament en un helicóptero, hacia las 10.20 h.

9.- El diputado del Psc D. Romualdo se vio obligado a atravesar entre un grupo nutrido de manifestantes, que con las manos abiertas y los brazos en alto trataban de que no llegara al Parlament. Fue ayudado por dos mossos d'esquadra que le escoltaron hasta el cordón policial. Entre las personas que le rodeaban y coreaban los lemas de la manifestación se hallaba D. Eugenio, siempre a su espalda. No se ha acreditado que D. Landelino se encontrara cerca del diputado.

10.- La diputada de Ciu D^a. Coro se encontró con un grupo de manifestantes cuando intentaba entrar al parque con otras dos parlamentarias, quienes salieron corriendo. Algunas personas le dirigieron gritos y le rociaron un líquido por encima, al tiempo que un desconocido la sujetaba del brazo. La escena fue filmada por D. Eusebio con su cámara de vídeo. Cuando la diputada reaccionó, regresó por la misma calle y fue trasladada al Parlament en un coche policial. La Sra. Coro sufrió una crisis de ansiedad y precisó de ansiolíticos.

11.- D. Aquilino, diputado de Icv-Eu, intercambió opiniones con varios manifestaciones mientras

caminaba por el parque hacia el edificio legislativo. Algunos le recriminaron que entrara a votar al Parlament. No se ha acreditado que fuera agredido, ni empujado por Dª. Emma ni por Dª. Raimunda, que protestaban en el parque.

12.- El diputado D. Julián, de Ciu, se encontró con un grupo de manifestantes cuando se dirigía al Parlament, quienes le recriminaron las políticas de recortes de gasto público y le dijeron que no les representaba. Entre los que protestaban estaban Dª. Rosario, D. Tomás y D. Jose Luis. Agentes de policía acompañaron al diputado para que superara a los manifestantes. No consta que fuera agredido, ni empujado».

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

«1.- ABSOLVEMOS a D. Ezequiel, a D. Luciano, a D. Tomás, a D. Marco Antonio, a Dª. Raimunda, a Dª. Emma, a D. Artemio, a Dª. Paulina, a D. Eusebio, a D. Leopoldo, a D. Urbano, a Dª. Rosalia, a D. Teofilo, a D. Arcadio, a Dª. Estela, D. Eugenio, a D. Landelino, a Dª. Rosario y a D. Jose Luis de los delitos contra las Instituciones del Estado, atentado y de asociación ilícita que se les imputaron, declarando las costas de oficio.

2.- CONDENAMOS a D. Marco Antonio como autor de una falta de daños a la pena de cuatro días de localización permanente. Para su cumplimiento se le abonará el día que estuvo privado de libertad.

Se levantan las medidas cautelares de carácter personal y real acordadas durante la tramitación de la causa».

Segundo. 1.- La resolución referida incorpora el **voto particular** que formalizó el Excmo. Sr. Presidente de la Sección Primera, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, en relación a la sentencia dictada en la presente causa rollo de Sala 6/2013, procedimiento abreviado 124/2001 del Juzgado Central de Instrucción nº 6.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon los recursos de casación por el Ministerio Fiscal y las representaciones procesales de la Generalitat y Parlament de Catalunya, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala

Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1º de la LECrim, por denegación de prueba, que afecta asimismo al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de utilización de los medios de prueba pertinentes, recogido en el art. 24 de la CE. Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes proclamados en el art. 24.1 y 2 de la CE. Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim. Cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por indebida inaplicación de los arts. 498, 550, 551.2, y 77 del CP, e indebida aplicación de la causa de justificación del art. 20.7 del mismo texto legal.

Quinto.- La representación procesal de la Generalitat de Catalunya, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, por error en la valoración de la prueba. Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por indebida inaplicación de los arts. 27 y 28 en relación con el art. 498 todos ellos del CP. Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. y del art. 852 de la LECrim por vulneración del artículo 24 de la CE.

Sexto.- La representación procesal del Parlament de Catalunya, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Se interpone al amparo del art. 849, nº 2 de la LECrim, por infracción de ley. Segundo.- Se interpone al amparo del art. 849 nº1 de la LECrim, por inaplicación del art. 498 del CP. Tercero.- Se renuncia a la formulación de este motivo.

Séptimo.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos por la Generalitat de Catalunya y del Parlament de Catalunya, interesa

la estimación de todos los motivos aducidos por dichos recurrentes.

Instruidas las partes recurridas de los recursos interpuestos, interesan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos y subsidiariamente su desestimación. La Sala lo admitió quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo.

Octavo.- Hecho el señalamiento de la vista prevenida, se celebró la misma el día 18 de febrero de 2015, a la hora señalada a la que compareció el Ministerio Fiscal que mantiene los motivos del recurso e informó solicitando una sentencia conforme a sus pedimentos.

Informa el Letrado D. Javier Selva Prieto en defensa del Parlamento de Cataluña que da por reproducido su escrito, solicitando una sentencia que case la recurrida.

Concedida la palabra a la Letrada de la Generalitat de Cataluña D^a Silvia Grau Beltrán que informa sobre su recurso solicitando la casación de la sentencia.

Informa el Letrado D. Gonzalo Boye en defensa de Paulina, Teofilo, Emma; Luciano, Eugenio, Raimunda y Marco Antonio, recurridos en este recurso, solicitando la confirmación de la sentencia y desestimando los recursos.

Concedida la palabra al Letrado D. Benet Salellas Villar en defensa de los recurridos Ezequiel, Tomás, Artemio, Rosalia, Estela, Rosario y Jose Luis, así como en defensa de Urbano y Leopoldo, informa solicitando la confirmación de la sentencia.

Informa la Letrada D^a Eva Labarta Ferrer en defensa de Landelino dando por reproducido su escrito como recurrido.

Seguidamente informa la Letrada D^a Ester Muñoz en defensa del recurrido Eusebio, solicitando la desestimación de los recursos.

Noveno.- El ponente inicialmente designado, Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, declinó la ponencia al quedar su propuesta en minoría durante el acto de la deliberación.

En cumplimiento de lo prevenido en el art. 206.1 de la LOPJ y de la norma de reparto recogida en el apartado A), último párrafo, publicada en el BOE nº 41 del lunes 17 de febrero de 2014, la

ponencia fue asumida por el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.- La sentencia núm. 31/1214, de 7 de julio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, absolvió a los acusados Ezequiel, Luciano, Tomás, Marco Antonio, Raimunda, Emma, Artemio, Paulina, Eusebio, Leopoldo, Urbano, Rosalia, Teofilo, Arcadio, Estela, Eugenio, Landelino, Rosario y a Jose Luis de los delitos contra las instituciones del Estado, atentado y asociación ilícita que les habían sido imputados. Y condenó a Marco Antonio como autor de una falta de daños a la pena de cuatro días de localización permanente.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal, la Generalitat y el Parlament de Catalunya. La coincidencia argumental de algunos de los motivos formalizados, no exenta de matices, va a permitir a la Sala un tratamiento conjunto, con el fin de evitar innecesarias reiteraciones. El Ministerio Fiscal formaliza cuatro motivos de casación. Los dos primeros no son compartidos por las otras dos acusaciones. De ahí que su análisis se hará de forma individualizada.

2.- El primero de los motivos del Ministerio Fiscal denuncia, al amparo del art. 850.1 de la LECrim, quebrantamiento de forma, por denegación de prueba, que afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24 CE).

A) Argumenta el Fiscal que propuso como prueba testifical, para su práctica en el plenario, la comparecencia de trece diputados autonómicos que en su escrito de acusación figuraban como directamente perjudicados, al haber sufrido el ataque de los manifestantes. También la testifical de seis agentes policiales y la pericial de tres de estos. Las diligencias fueron admitidas en la forma en que habían sido propuestas, las acusaciones particulares de la Generalitat y el Parlament de Catalunya interesaron que el Presidente del órgano autonómico de gobierno declarase por escrito y los Diputados autonómicos por videoconferencia; y el Tribunal acordó —mediante

auto de 3 de marzo de 2014— que todos los testigos que lo solicitasen pudieran acogerse a esta última modalidad, opción que, al fin, se extendió también al resto de los testigos y a los peritos. El Fiscal objetó nuevamente la vulneración de su derecho. La Audiencia, mediante auto de 28 de marzo de 2014, mantuvo el mismo criterio; y aquél hizo constar su protesta en el trámite de cuestiones previas, también sin éxito. De este modo, los testigos y peritos que lo solicitaron declararon por el sistema de videoconferencia. En la vista solo comparecieron tres diputados autonómicos.

El Fiscal considera que el criterio del órgano de enjuiciamiento le privó de un esencial instrumento procesal, necesario para hacer posible la identificación de las personas acusadas como responsables de los hechos objeto de persecución. De este modo —se aduce— no fue posible que los perjudicados señalasen directamente en la sala a los implicados que, eventualmente, pudieran haber cometido alguna acción ilícita relacionada con ellos. Y esto —concluye el Fiscal— hizo que la sentencia fuera absolutoria en varios de los supuestos.

En apoyo de su pretensión el recurrente anota diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda, de la que se seguiría que la opción por la videoconferencia tendría un carácter subsidiario y sólo estaría justificada en caso de imposibilidad real de presencia física de los testigos y peritos en la sala, que es el sentido en el que —a su juicio— debería interpretarse el art. 731 bis LECrim.

Objeta asimismo que la decisión que se cuestiona se adoptó de una forma genérica, sin examinar las circunstancias de cada caso, partiendo de la idea —que no comparte— de que el procedimiento acogido tendría un carácter ordinario y habitual. Y que las acusaciones particulares no dieron ninguna razón concreta fundada en las funciones y ocupaciones políticas de los testigos parlamentarios que pudieran impedir su desplazamiento a Madrid; lo que excluye la existencia de causas de utilidad, seguridad o de orden público, únicas legales que habrían habilitado la decisión adoptada.

Por otra parte, se hace valer también el hecho de que el examen de los testigos por ese procedimiento privó de calidad expresiva a sus aportaciones e impidió al Fiscal solicitar eventuales reconocimientos de los acusados por parte de aquéllos; algo posible y válido según conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala que igualmente cita; y que —explica— solo sería viable en virtud de una relación presencial.

La conclusión es que, como resultado de la decisión objeto de crítica, la prueba de la acusación pública se vio devaluada, y, con ello, menoscabado su derecho a la tutela judicial efectiva. Y es por lo que pide que, con estimación del motivo, se declare la nulidad del juicio, para la celebración de otro con distinto Tribunal y con respeto de la legalidad que considera infringida.

B) La Sala no comparte la idea de que la decisión del Tribunal de instancia, que llevó a la generalización del interrogatorio por videoconferencia, haya implicado una denegación de prueba en sentido propio. De hecho, las pruebas propuestas por el Fiscal se practicaron, la acusación pública pudo interrogar y no hay constancia de que hubiera tenido que dejar de hacer alguna pregunta a los testigos y peritos examinados por videoconferencia. La misma posibilidad de interrogatorio real tuvieron a su alcance las restantes acusaciones y las defensas. Y esta actividad comunicativa en su totalidad pudo ser seguida por el Tribunal, en los mismos términos en que se produjo y en tiempo real.

No se trata tanto de afirmar la existencia de una posible denegación de prueba, lo que habría incidido directamente en el derecho a valerse de las pruebas pertinentes (art. 24.2 CE), cuanto de discernir si la forma en que aquélla se practicó, por su denunciada irregularidad, pudo generar un menoscabo en las posibilidades alegatorias del Fiscal, con la consiguiente indefensión (art. 24.1 CE). Pues bien, desde esta perspectiva, según resulta de abundantísima y muy consolidada jurisprudencia, en particular de esta Sala, la resolución de un conflicto como el que suscita el motivo no debe producirse en virtud de una exclusiva consideración abstracta de los argumentos en

presencia; sino que hay que estar también a lo que resulte de la ponderación de las consecuencias reales del *modus operandi* que se cuestiona, es decir, de sus reales efectos para la materialidad del derecho o derechos fundamentales que se hubieran visto afectados. En este supuesto, el derecho a la prueba, y, más en general, a la tutela judicial efectiva del acusador público.

De acuerdo con esta idea, el Fiscal no ilustra acerca de ningún preciso supuesto en el que la exposición al examen de alguno de los testigos o peritos y del Tribunal, de un material gráfico susceptible de exhibición para su contraste con la imagen de alguno de los acusados, hubiera resultado objetivamente imposible. Por el contrario, en alguno de los interrogatorios se produjo la exhibición de un vídeo a un testigo no presente en la sala de vistas —Julián— y no puede tampoco afirmarse diferencia alguna apreciable entre el tipo de interrogatorio dirigido a quienes declararon directamente y el formulado a los que lo hicieron desde Barcelona. Además —admitiendo como se admite la posible diferencia de calidad en la intermediación que propician uno y otro de los dos procedimientos considerados— tampoco debe perderse de vista que el tratamiento digital de todo el material probatorio disponible y las facilidades de aproximación y ampliación de la imagen que proporcionaban los medios técnicos de uso, habrían permitido en medida no desdeñable interrogar a los testigos acerca de la posible intervención de alguno de los acusados en las precisas acciones enjuiciadas que tuvieron que ver con ellos.

C) El proceso penal no ha podido sustraerse al avance de las nuevas tecnologías. Y la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de actos procesales de indudable relevancia probatoria, forma parte ya de la práctica habitual de los Tribunales de justicia.

No han faltado, sin embargo, dudas bien expresivas de la habitual resistencia frente a todo cambio mediante el que se resienten prácticas rutinarias cuya superación no siempre es bien entendida. La Instrucción núm. 1/2002, 7 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, alentaba a los Fiscales a no asistir a aquellos procesos

penales a los que fueran citados para su celebración mediante videoconferencia. Nuestro sistema no contenía —se razonaba entonces— una regulación suficientemente detallada de los presupuestos y garantías para lo que denominaba *juicios virtuales*. No deja de ser significativo que meses después, la misma institución dictara la Instrucción núm. 3/2002, 1 de marzo, en la que se matizaba que *«la preocupación del Ministerio Fiscal ante la posibilidad de que, sin las debidas cautelas, todos y cada uno de los sucesivos actos procesales que integran el juicio oral adaptaran su esquema de desarrollo a un modelo virtual, ha llevado a expresar un criterio contrario a esa alternativa, mientras no se encuentre dotada de la necesaria cobertura legal. Ahora bien, ello no debe interpretarse como una negativa generalizada al uso de los medios técnicos, singularmente la videoconferencia, en el ámbito de la Administración de Justicia. Resultaría así un (...) un desconocimiento de la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, que contempla la posibilidad de su utilización, tanto de forma genérica como sectorialmente»*.

La normalidad de su utilización aparece expresada en preceptos legales que ofrecen cobertura a la decisión adoptada por la Audiencia Nacional. En efecto, los apartados 2 y 3 del art. 229 de la LOPJ recuerdan que *«las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, (...) podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal»*. En desarrollo de este principio general, el art. 731 bis de la LECrim, reiterando para el juicio oral lo prevenido en el art. 325 en fase de instrucción, dispone que *«el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en*

cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido».

La lectura contrastada de estos preceptos evidencia que mientras el art. 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa, el art. 731 bis de la LECrim rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato.

La creación de un espacio judicial europeo ha hecho de la videoconferencia un medio reglado de extendida aplicación en los distintos instrumentos jurídicos llamados a regular la cooperación judicial entre Estados.

De forma bien reciente, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, regula en los apartados 5 a 7 del art. 24 las condiciones para la utilización de videoconferencia, descartando cualquier género de dudas referidas a la identidad del declarante y el respeto a los derechos que como tal le asisten. En línea similar, la *Información 2014/C 182/02 del Plan de Acción plurianual 2014-2018*, relativo a la Justicia en red europea incluye entre los objetivos de la red la ampliación del empleo de videoconferencias, teleconferencias u otros medios adecuados de comunicación a distancia para las vistas orales, con el fin de evitar los desplazamientos a la sede del Tribunal ante el que se practiquen las pruebas (epígrafe B, apartado 1.25).

No es ajena a esta tendencia la *Directiva 2013/48/UE de 22 Octubre*, relativa al *derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en procedimientos relativos a la orden de detención europea, y derecho a que se informe*

a un tercero en el momento de la privación de libertad. También ahora la videoconferencia aparece como un instrumento técnico susceptible de hacer posible la asistencia letrada, si bien adoptando las debidas prevenciones con el fin de que su utilización no vaya en detrimento del contenido material de aquel derecho. Así se expresa el considerando 23, en el que se proclama que «*los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas sobre la duración, la frecuencia y los medios de dicha comunicación, incluido el uso de la videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas a comunicarse con sus letrados*».

La videoconferencia aparece también como la fórmula técnica para hacer oír a la víctima residente en el extranjero, según dispone el art. 17.1.b) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*.

En definitiva, la pionera regulación adoptada en su día por el art. 10 del *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, aprobado en Bruselas el 29 de mayo de 2000, ha inspirado en el ámbito europeo otras normas que no han hecho sino profundizar en las ventajas que ofrece aquella solución técnica para salvar, con las debidas garantías, la distancia geográfica entre el declarante y el órgano jurisdiccional que ha de valorar el significado probatorio de ese testimonio.

D) Descartada cualquier duda acerca de la existencia de una cobertura jurídica de respaldo a la decisión de la Audiencia Nacional de que los testigos y peritos que lo desearan pudieran hacerlo por videoconferencia, resta decidir si esa decisión, en las circunstancias del caso concreto que es objeto de recurso, pudo conllevar algún tipo de indefensión para el Fiscal.

Es cierto, con carácter general, que tanto los arts. 229.3 de la LOPJ y 731 bis de la LECrim, evocan una idea de justificada excepcionalidad. Con meridiana claridad acerca de la conveniencia de una utilización no generalizada de la videoconferencia, el primer instrumento jurídico de la Unión Europea que abordó una regulación detallada de esa posibilidad tecnológica al alcance de los Tribunales —Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000—, exigía que no fuera *posible* u *oportuno* el desplazamiento del testigo para comparecer personalmente ante la autoridad judicial que está llevando a cabo el procedimiento. El informe explicativo del Convenio (publicado en el DO C 379, de 29 de diciembre de 2000, págs. 7-29) se esforzaba en ofrecer ejemplos de casos susceptibles de ser etiquetados en la indeterminación de lo *imposible* o *inoportuno*. Conforme a esta idea, no sería «oportuno» el desplazamiento en el caso de un testigo especialmente joven, de edad muy avanzada, o que no gozase de buena salud; y que no sería «posible» cuando la comparecencia del testigo en el Estado requirente implicara un grave riesgo para su persona. Obviamente, se trata sólo de una proclamación *ad exemplum* que no excluye la existencia de otros presupuestos de *posibilidad* u *oportunidad* que, lo que resulta decisivo, han de ser valorados por el Tribunal ante el que se suscite la utilización de la videoconferencia.

La casuística jurisprudencial ha visto plenamente justificada la videoconferencia, por ejemplo, cuando un testigo residente en la península tiene que declarar en Mallorca (STS 172/2007, de 27 de febrero de 2007), o cuando unos peritos de A Coruña tienen que declarar en Las Palmas de Gran Canaria (ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006). Con mayor motivo, por tanto, cuando el testigo reside en Gran Bretaña (ATS 2171/2006, de 26 de octubre de 2006). El ATS de 19 de septiembre de 2002 contempla el supuesto de un testigo que está de baja médica durante un período de seis meses, y concluye que en tal caso es razonable acudir a la videoconferencia. En la STS 971/2004, de 23 de julio

de 2004, por ejemplo, admitimos la validez de la declaración de un testigo prestada mediante videoconferencia desde Estados Unidos, antes incluso de su regulación expresa en nuestras leyes procesales.

Sobre su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, hemos reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción (cfr. SSTS 641/2009, de 16 de junio; AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006; 1462/2006, de 21 de junio de 2006; SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006; 1351/2007, de 5 de enero de 2007). El ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006, subraya que el interrogatorio de testigos mediante videoconferencia no vulnera los derechos de contradicción e inmediación de la prueba, «sino lo contrario».

Pese a todo ello, la progresiva familiarización del proceso penal con las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, no se ha despojado de cierto aroma de subsidiaria excepcionalidad. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 120/2009, 18 de mayo de 2009, FJ 6º y 2/2010, 11 de enero, FJ 3º ha proclamado que, si bien es cierto que «e *n* nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», no es menos cierto que «cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista».

Esa idea restrictiva bebe sus fuentes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso *Marcello Viola c. Italia*, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso *Zagaría c.*

Italia, § 29, ha admitido el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos —tales como «*la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable*»—, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado.

La restricción tampoco es ajena a la literalidad del art. 731 bis de la LECrim, que, desde luego, no sugiere una relación de absoluta equivalencia. El recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado —en lo que aquí interesa, a tenor de los términos de la impugnación— a la concurrencia de razones de «*utilidad*» o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario «*resulte gravosa o perjudicial*». Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados. Lo pone de relieve la STS 779 / 2012, 10 de diciembre, que, saliendo al paso del reproche de existencia de vulneración del principio de intermediación por el uso de la videoconferencia, niega que se hubiera producido, debido a que ese recurso técnico permitió «*someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el fiscal*» y «*las declaraciones de [los] testigos [fueron] percibidas directamente por los miembros del tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas*»; por la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido que aquella hace posible.

Cuestión distinta, ajena al recurso que nos ocupa, es la prevención referida a la utilización de la videoconferencia para el interrogatorio del acusado. En este caso, parece evidente que el sacrificio de la comunicación directa de aquél con

su Abogado puede encerrar, como regla general, una inevitable erosión del derecho de defensa. De ahí que, pese a la mención específica que el art. 731 bis de la LECrim hace al *imputado* entre aquellos cuyo testimonio puede ser ofrecido mediante videoconferencia, es lógica la exigencia de fundadas razones de excepcionalidad que, mediante el adecuado juicio de proporcionalidad, respalden la decisión de impedir el contacto visualmente directo del órgano de enjuiciamiento con el imputado (cfr. STS 678/2005, 16 de mayo).

E) El ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de intermediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurren razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas.

Se ha dicho, con razón, que el principio de intermediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos, a saber, el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas, las partes y la opinión pública. Respecto del primero de sus destinatarios, el principio de intermediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba. La intermediación mira también a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción. De hecho, la intermediación es presupuesto *sine qua non* para la contradicción. Y no falta un nexo —no siempre subrayado en la configuración histórica de este principio— entre la intermediación y la opinión pública. Y es que su significado posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia.

Pues bien, en el caso concreto, la Sala entiende que la decisión de la Audiencia Nacional de ofrecer a testigos y peritos la utilización de la

videoconferencia como medio adecuado para la práctica y la constancia de su declaración, no fue arbitraria y, lo que resulta decisivo, no introdujo ninguna distorsión perceptiva o valorativa que pudiera afectar a los sujetos destinatarios de la intermediación y que pudiera, en fin, contravenir el contenido material alguno de los derechos invocados por el Fiscal en su recurso. Es cierto que en la actualidad la distancia geográfica —en este caso, entre Madrid y Barcelona— es más que relativa. Es un hecho notorio la existencia de medios de transporte que permiten el desplazamiento en breve tiempo. Sin embargo, en el presente caso, la relevante función pública desempeñada por los testigos y su dedicación a las tareas legislativas hacía aconsejable que la celebración del juicio no implicara un entorpecimiento de esa tarea, cuya perturbación, por cierto, está en el origen del presente proceso penal. Por otra parte, la línea de impugnación hecha valer por las defensas frente a las objeciones que esgrime el Fiscal en el motivo, ofrece argumentos de respuesta para rechazar cualquier menoscabo del principio de intermediación o, desde la óptica del Ministerio Público, de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En efecto, el sistema técnico empleado permitía, en general, la comunicación bidireccional y simultánea. Y, precisamente por ello, habría permitido también la exhibición de vídeos y fotografías con la máxima eficacia, ya que todo ese material estaba digitalizado, de modo que la exposición de las imágenes a los testigos podría haberse llevado a cabo en términos de gran calidad, de manera que habría hecho posible cualquier interrogatorio al respecto. Además, la grabación de la vista permite comprobar que el Fiscal no hizo notar en ningún momento la existencia de limitación alguna concreta. Incluso se precisa que al interrogar al diputado Julián (p. 123 de la transcripción del juicio), se le exhibió un vídeo, por cuya correspondencia con la realidad de lo ocurrido fue preguntado, y acerca de lo que pudo responder sin dificultad; como también a similares preguntas de las defensas.

A la objeción del Fiscal relativa a que no le fue posible tratar de hacer reconocer a alguno de

los acusados por los testigos, se responde que es algo que ni siquiera se intentó en ningún momento. Y que, comparando el interrogatorio de los parlamentarios que sí comparecieron directamente con el de los examinados por videoconferencia, es posible observar que no existió diferencia alguna en la técnica del examen y la naturaleza de las preguntas. En definitiva, el Tribunal no denegó la práctica de medio alguno de prueba y advirtió al Fiscal que el utilizado es un medio de uso común en las vistas de la Audiencia Nacional que, precisamente, por ser competente para conocer de hechos cometidos en todo el territorio español, se sirve de manera regular de la videoconferencia para la declaración de testigos y peritos (no de los acusados) desde «*dependencias oficiales, como comisarías, cuarteles y laboratorios*», sin objeción por parte del Fiscal. En definitiva, la hipótesis de que el examen de los testigos en la propia vista pudiera haber modificado el sentido del fallo carece de sustento, cuando lo cierto es que el Fiscal no hizo constar ni una sola pregunta a los testigos relativa a la identificación de siquiera alguno de los acusados, con lo que el perjuicio alegado adolece de patente falta de concreción. De este modo, la estimación del motivo tendría como único fundamento el, general, de la diferencia en la clase de contacto de la sala y de las partes con las fuentes de prueba que facilitan los dos medios de examen objeto de consideración. Esto cuando la consecuencia de acceder a su solicitud de nulidad del juicio llevaría a la celebración de uno nuevo a una distancia de más de cinco años de los hechos, con el indudable deterioro de los contenidos de memoria de los testigos. Y, con ello, a unos resultados, desde el punto de vista de la pretensión acusatoria, que no podrían dejar de influir en la calidad del nuevo enjuiciamiento. Todo sin contar con que la identificación directa en la audiencia, por más que formalmente admitida —según resulta de la jurisprudencia recogida en el desarrollo del motivo— presenta siempre indudables problemas de fiabilidad en la calidad del conocimiento que proporciona, por las reducidas opciones de identificación que ofrece al testigo y por la indudable influencia

implícita en el hecho de que los expuestos a la observación, aun cuando presuntos inocentes, son sujetos sobre los que pesa ya la acusación formal, con la potente carga de sugestión para el llamado a reconocer, que ello comporta.

En definitiva, y por todo, se ha de concluir que el examen por videoconferencia de testigos y peritos no afectó de manera sustancial a la materialidad del derecho a la tutela judicial efectiva del Fiscal. La motivación expresada en el auto de 3 de marzo de 2014, mediante el que la Audiencia Nacional expresó las razones que justificaban el recurso a los medios tecnológicos al alcance de la Sala, no es arbitraria ni verifica un caprichoso sacrificio de alguno de los principios y valores que convergen en la práctica, mediante una comunicación telemática, de una prueba de esa naturaleza.

El motivo, por tanto, ha de desestimarse.

3.- El segundo de los motivos formalizados por el Fiscal denuncia, por la vía del art. 852 de la LECrim, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24,1 y 2 CE).

A) Considera el recurrente que el Tribunal de instancia excluyó indebidamente del material probatorio las fotografías obtenidas a quince de los acusados, que iban a ser comparadas con imágenes tomadas el día de los hechos; y lo hizo porque tal diligencia se había producido sin asistencia de Letrado, a pesar de que aquellos se hallaban detenidos. Esa prueba, pericial fisonómica, era de particular importancia para el recurrente.

En apoyo de la impugnación se argumenta que, no obstante lo afirmado por la Audiencia Nacional, la asistencia letrada sí existió, según resulta del dato de que a los afectados les fueron leídos sus derechos y firmaron las hojas correspondientes. Además, ninguno de los letrados formuló protesta. Asimismo se objeta que la realización de las instantáneas no constituía un reconocimiento de identidad, sino una reseña fotográfica, para luego hacer los correspondientes informes periciales (en un total de 19).

En fin, se censura la actitud del órgano de enjuiciamiento que —se dice— primero anula las

pruebas, que luego valora para concluir que no aportaron nada relevante. Un modo de operar arbitrario y, por tanto, contrario a derecho y, por ello, proscrito a tenor de lo que dispone el art. 9,3 CE, al entender del recurrente, que ve en él una estrategia destinada a impedir al Fiscal el ejercicio del derecho a la segunda instancia; lo que le lleva a concluir en el mismo sentido que en el caso del motivo anterior.

Las defensas han formulado distintas objeciones al modo de razonar que acaba de sintetizarse. La primera es lo contradictorio que resulta argumentar en el sentido de que hubo asistencia de Letrado para luego discurrir acerca de su falta de necesidad legal, cuando al tiempo se reconoce que la policía no extendió acta o diligencia de las correspondientes actuaciones. En segundo término se hace ver que, de las detenciones en cuestión, unas se produjeron a raíz de los hechos del 15 de junio, cuando algunos participantes en las concentraciones comparecieron voluntariamente en el Juzgado de Guardia de Barcelona; y otras ya en el otoño siguiente, por decisión judicial emitida luego de que tales diligencias se hubieran producido en la mayoría de los supuestos. Además, no habrían tenido por objeto saber de la identidad de los afectados por ellas, que era conocida; sino indagar acerca de la posible responsabilidad de los interesados en las acciones violentas denunciadas, analizando pormenorizadamente algunos de sus rasgos.

Por último, se subraya por las defensas que impugnan el motivo de la acusación pública que el Tribunal examinó las pruebas de que se trata y concluyó en el sentido de que no aportaban nada concluyente, ya porque la imagen estuviera tomada en un escenario diferente de aquel en que tuvieron lugar las conductas incriminables; ya porque en las grabaciones no se observaba ninguna acción delictiva; o bien porque en ciertos supuestos la imagen no coincidía con la del acusado.

El motivo no es acogible.

B) Conviene anticipar que la Sala no puede suscribir el razonamiento del Fiscal que atribuye a la Audiencia Nacional una maniobra dirigida, pura y simplemente, a defraudar su derecho. Se trata

de un juicio de intenciones inaceptable, en llamativo contraste con los elogios que en la vista del presente recurso fueron proclamados a la excelencia técnica de los Magistrados que suscriben el criterio mayoritario de la Sala de instancia. El examen de la resolución recurrida despeja cualquier duda, no ya respecto de la solvencia jurídica de quienes la han dictado —hecho de sobra conocido por esta Sala—, sino respecto de cualquier intención ajena a los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional. Esa descalificación, en fin, no se compadece con la calidad del razonamiento de los Jueces de instancia respecto de la cuestión suscitada. En definitiva, lo que resulta de la lectura de la resolución impugnada es un discurso elaborado, bien construido y que se enfrenta, sin rehuir su análisis, a los interesantes nudos polémicos de un asunto proteico, realmente cargado de implicaciones.

A nuestro juicio, la diligencia por la que los acusados —ya detenidos— fueron obligados a ofrecer distintas poses para la práctica de un reportaje fotográfico fisonómico que sirviera de base para la ulterior confección de un dictamen pericial, puede incluso considerarse algo más que una diligencia de identificación. Así se desprende con claridad del razonamiento de la Audiencia Nacional cuando explica en qué consistieron realmente las tomas fotográficas: «... *la actividad indagatoria de reportaje fisonómico, como se denominaba por los investigadores y por el juez, significaba una auténtica inspección y reconocimiento sobre el cuerpo del sospechoso, a la búsqueda y localización de señas sobre la piel y acerca de la fisonomía del sujeto: rasgos —forma del cabello—, marcas —lunares, tatuajes, agujeros de objetos colgantes o cicatrices, también podría pensarse en marcas de nacimiento o manchas— y detalles diversos de su constitución. [...] Se procedió, como ponen de manifiesto los informes periciales, a un estudio detenido de pabellones auriculares, fosas nasales, ojos y cejas, así como de otras partes anatómicas. En algunos casos se les obligó a cambiar de aspecto externo, colocándoles gorras o prendas de vestir (camisetas), o a adoptar determinadas posturas y posiciones, según interesaba para su confron-*

tación con las imágenes dubitadas. Por ejemplo, los pendientes que llevaba la Sra. Rosario en las aletas nasales y en la oreja derecha, así como tres lunares en el cuello (p. 1.560 y 1.561); en el caso del Sr. Laureano —en rebeldía— se le tomó una imagen del detalle de un tatuaje que llevaba dibujado en la cara posterior del brazo derecho, para ello aparece en la foto con el torso desnudo, superficie sobre la que asienta otro tatuaje (página 1.642); el Sr. Ezequiel era mostrado con una gorra en posiciones de semiperfil derecho e izquierdo, mirando hacia arriba y hacia abajo, con inclinaciones diferentes de la visera (p. 1.663, los peritos informaban, incluso, acerca de la similitud con la prenda que el sospechoso llevaba en la cabeza en dos de las imágenes incriminadas); el Sr. Luciano fue objeto de estudio por una perforación artificial en el lóbulo de la oreja izquierda y por una marca tipo lunar en la zona infra-zigomática (p. 1.683 y siguientes); respecto al Sr. Eusebio, los agentes analizaron el detalle de ciertos rasgos cuya representación gráfica obtuvieron, deteniéndose en la configuración de sus cejas y en el abultamiento caroso bajo la barbilla (p. 1.703). Por fin, se tomaron diversas imágenes fotográficas de todos los inculcados, que eran objeto de estudio, clasificación y archivo».

Partimos de la base de que, a la vista de la descripción de esa diligencia policial, su grado de injerencia en el espacio de privacidad y/o dignidad reconocible a todo imputado fue mucho más intenso que el que se produce, por ejemplo, en el momento de una reseña dactiloscópica o la toma de fotografías destinadas a su incorporación a un archivo o registro automatizado a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La sentencia de instancia se detiene en la cuestionable cobertura legislativa de la diligencia finalmente practicada, y glosa en términos críticos la suficiencia de la resolución judicial habilitante —auto de 25 de octubre de 2011, dictado por el Juez Central de instrucción— desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad.

La naturaleza real de la actuación policial, tal y como ha quedado descrita, permite afirmar que carece de una regla específica de sustento

en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, la mejor prueba de que así es, la ofrece el propio auto del instructor (de 25 de octubre de 2010) que busca apoyo en los arts. 373, 374 y 762.7 LE-Crim, cuyas previsiones resultaron ampliamente desbordadas por las actuaciones policiales de referencia; de donde se sigue, claramente, el déficit de regulación constatado por la Sala de instancia, que, puesta a buscar algún referente normativo al respecto, halla la mayor analogía entre aquellas y la formación del cuerpo de escritura propia de la pericia dactiloscópica; pues lo requerido, en algunos casos (los de los acusados Teofilo, Marco Antonio, Landelino y Paulina), incluso impuesto contra su voluntad manifestada, exigió la colaboración activa de los implicados, consistente en la ejecución de algunos actos o la adopción de ciertas actitudes, en la indagación que negativamente los concernía.

Pues bien, en vista de lo expuesto, esto es, de la naturaleza de las intervenciones, de la finalidad pericial a la que estaban preordenadas y con la que se integraron formando un todo, y de la ausencia de una previsión legal específica, la Audiencia Nacional se pregunta con razonable fundamento si su ejecución requería o no autorización judicial. Y la respuesta es, al fin, negativa, en atención a la menor entidad de la injerencia. Ahora bien, con la precisión de que, dado el régimen de privación de libertad de los imputados, sí era exigible la asistencia letrada, prevista en el art. 520. 2 c) LECrim para «*todo reconocimiento de identidad*». Y, en efecto, tal era el caso, porque aun estando la identidad personal de aquellos, en sí misma, fuera de duda, se trataba de verificar si era también la correspondiente en los distintos supuestos a los sujetos captados en las imágenes dubitadas. Una comprobación que, por lo demás, no importa insistir, tendría que llevarse a cabo a través de la clase de examen de rasgos y particularidades de los sujetos, de la que ya se ha dejado constancia.

En el caso que nos ocupa, la validez de este razonamiento no queda afectada por el hecho de que la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los

procesos penales (...) durante la privación de libertad, limite en su art. 3.3.c) esa exigencia a los supuestos de práctica de ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones del hecho. No ya por su carácter de enumeración de mínimos, tal y como se desprende de la expresión «*al menos*» que incorpora el propio precepto, sino porque esas instantáneas constituían elementos de una prueba pericial que, aun confeccionada en fase de investigación, iba a resultar decisiva para la identificación de los responsables durante el desarrollo del plenario. Entra en juego así la vigencia del art. 476 de la LECrim, que garantiza la contradicción —al menos la posibilidad de hacer valer la contradicción— en la elaboración del dictamen pericial. Y es ahora cuando cobra valor argumental el hecho de que se hubiera prescindido de esa asistencia letrada cuando los profesionales llamados al asesoramiento de los detenidos habían sido ya designados y estaban perfectamente localizados y a disposición de la fuerza policial. El legislador no ha querido que el informe pericial sea el resultado de una diligencia que, en la mayoría de las ocasiones, se incorpora a la causa sin el saludable filtro de la contradicción. Es cierto que este principio adquiere su verdadera dimensión en el acto del juicio oral. Sin embargo, el principio de contradicción, con todas las modulaciones que se quiera, no tiene por qué ser desterrado de las diligencias sumariales que luego resultan trascendentes en el plenario. El propio TEDH ha recordado la relevancia del principio de contradicción, incluso en la fase de investigación, en aquellas ocasiones en las que el dictamen pericial elaborado durante la instrucción, haya desplegado luego una influencia decisiva en la apreciación probatoria llevada a cabo por el Tribunal, llegando a estimar violación del derecho a un proceso justo la privación de la posibilidad de contradecir el informe de los expertos (cfr. S. 18 marzo 1997, *Case of Mantovanelli v France*).

En definitiva, la exigencia de una asistencia letrada efectiva, no puramente nominal, en las diligencias policiales de identificación que vayan más allá de una simple reseña fotográfica o dactiloscópica y que exijan del detenido una colabo-

ración activa con los agentes que están acopiando los elementos de investigación indispensables para el esclarecimiento del hecho, constituye un requerimiento esencial, de modo singular, en aquellos casos en los que mediante esas instantáneas se realizan los primeros actos llamados a integrar el posterior dictamen pericial. Prescindir de ella puede conllevar, en función de las circunstancias que definan el caso concreto, el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

La reciente sentencia de esta Sala 835/2014, 21 de noviembre, resuelve una alegación referida a la posible vulneración de los derechos de asistencia letrada y presunción de inocencia de un detenido, responsable de dos asesinatos intentados y una agresión sexual, cuya identificación, entre otros elementos de prueba, estuvo respaldada por una fotografía obtenida en comisaría del pene del detenido, cuya morfología había sido descrita por la víctima. Entonces descartáramos la vulneración de derechos. Y lo hacíamos en atención, no ya al consentimiento prestado para la toma de esas fotografías, sino al hecho de que «...en su declaración judicial ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Ciudad Real (...), con asistencia de letrado, admitió que era cierto que tiene tatuajes en el pecho, en el brazo y en el pene. (...) Una vez declarada la existencia de los tatuajes, con asistencia de letrado y ante el juez, lo que, por cierto, fue puesto también de manifiesto por sus más próximos parientes, no se alcanza a entender (...) la vulneración constitucional que ahora se denuncia». Este precedente enseña, en fin, que sólo el análisis del caso concreto puede ofrecer los elementos de juicio precisos para concluir la validez del acto pericial sobre el que el Fiscal o cualquiera de las partes acusadoras pretende fundar el juicio de autoría.

C) La Sala también quiere precisar que no es cierto que el acto probatorio que fue declarado nulo por la Audiencia Nacional —pericial fisionómica—, haya sido luego objeto de valoración por parte del órgano de enjuiciamiento. No existe tal contradicción. Lo que la Audiencia cuestiona es la capacidad probatoria de un dictamen pericial elaborado de forma unilateral

e interesada por parte de los agentes que habían asumido la investigación de los hechos. Se trata de un documento que, en la metodología con el que fue elaborado, quebrantó las posibilidades de contradicción y defensa. De ahí la prevención excluyente del órgano de instancia. Pero esa constatación no impide que el material fotográfico acogido en el informe pericial, debidamente filtrado por el resultado ofrecido por las demás fuentes de prueba —ésta sí, sometidas a contradicción— pueda ser valorado como elemento determinante de la presencia o ausencia de uno u otro acusado. No es censurable, por tanto, el razonamiento que acoge el FJ 1.1.5 de la resolución combatida. Allí puede leerse lo siguiente: «... en el caso, la falta absoluta de control judicial de la fuente de prueba impidió la contradicción posterior y limitó el derecho de defensa. Parece obligado poner en cuestión el aprovechamiento de dichas grabaciones e imágenes aportadas al cuadro de la prueba. La Sala entiende, no obstante la constatación de esa ausencia de interposición judicial, que las grabaciones empleadas por los investigadores policiales fueron aportadas a la causa, por lo tanto todo el material estuvo a disposición de las partes, aunque eso dificultara sobre manera la posibilidad de defensa, frente a la acusación pública que cuenta para realizar la tarea de selección con el auxilio de servicios policiales especializados. Además, hay que hacer notar que no se ha puesto en cuestión la alteración o manipulación de las imágenes. Y que una cosa es la facultad de la imagen para comprobar la presencia de un acusado en el tiempo y lugar de la acción inculpada, y otra la reconstrucción del hecho con base en ese documento visual. Se trata de distinguir la capacidad identificativa de la imagen de su eficacia narrativa. La irregularidad detectada en la preparación del medio probatorio a partir de su fuente, debe tener consecuencias en cuanto a su capacidad cognoscitiva y eficacia reconstructiva, pero puede utilizarse a los fines de afirmar, exclusivamente, que un acusado estaba en un lugar y en un momento».

La Audiencia, en fin, tuvo en cuenta la propia percepción de la imagen de los acusados en el

juicio y la grabación de éste, para valorar por sí mismo aquel material gráfico (filmaciones e imágenes del suceso, reportajes fisonómicos y pericias de identificación), en el contexto de las restantes pruebas. Algo que luego, en efecto, llevó a cabo (folios 31 a 54), combinando los datos de esa procedencia con las manifestaciones testificales escuchadas en cada caso. Para ello partió de ciertas consideraciones relativas a las pericias fisonómicas, que le llevan a cuestionar, siempre muy razonadamente, su calidad técnica, por razón del método. Primero, porque no se dejó constancia, ni, por tanto, se evaluó la probabilidad de error de éste (dato de obligada presencia en las pericias sujetas a un serio protocolo de actuación). Y después, porque se usó como instrumento, no un programa informático de reconocimiento automático, sino un tratamiento comercial de imágenes, la observación empírica de los agentes y la individualización en términos meramente aproximativos; lo que el Tribunal entendió obligaba a relativizar la fiabilidad de los resultados.

Concluye la Audiencia anunciando la valoración restringida y limitada de algunos de los elementos de prueba incorporados a un informe pericial cuya génesis estuvo lastrada por la ausencia de contradicción y la limitación de las posibilidades de defensa: *«no obstante, dejamos constancia que vamos a atender, con carácter subsidiario, a todas las pruebas producidas en juicio, tanto las filmaciones e imágenes del suceso, como a los reportajes fisonómicos y a las pericias de identificación, analizando críticamente su rendimiento»*.

4.- El Ministerio Fiscal y las acusaciones, ahora por la vía del art. 849.2 de la LECrim, cada uno de ellos en los términos en que han sido formalizados los respectivos recursos, invocan infracción de ley por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos que acreditarían la equivocación del juzgador, y que no habrían sido desmentidos por otras pruebas.

A) Al respecto, el Ministerio Fiscal señala *«el CD que consta al folio 3168 de las actuaciones, así como los particulares del mismo, el apartado 3 denominado Bloques, que contiene diversos ví-*

deos y fotografías, referidos a cada uno de los hechos».

La representación legal del Parlament, en el primero de sus motivos, invoca como documentos que demostrarían la equivocación del Juzgado de instancia, además del CD en el que se contienen las imágenes a que se refiere el Fiscal, *«... los testimonios prestados ante el Tribunal sentenciador con todas las garantías de inmediatez, oralidad, contradicción y publicidad»*.

La defensa de la Generalitat, en el primero de los motivos interpuestos, hace valer en respaldo de su impugnación las imágenes a que se refieren los otros dos recurrentes, incorporadas al CD ya mencionado. También se mencionan algunos particulares del atestado elaborado por los agentes de los Mossos d'Esquadra, así como el orden del día del Parlament de Catalunya, incorporado a los folios 1835 a 1837.

El Fiscal es consciente *«de la dificultad que entraña convertir una sentencia absolutoria en condenatoria por la vía del error facti del art. 849.2 de la LECrim, máxime a la luz de la última jurisprudencia del TEDH, del TC y de la propia Sala 2ª del TS»*. Salvo —concluye— en los casos en los que *«la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba»*.

Ninguno de los motivos es viable.

B) Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849.2 de la LECrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde *«documento»* es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la

decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

Desde esta perspectiva, es evidente que concurren razones más que fundadas para rechazar el motivo. Hay que tener en cuenta que, como regla, los informes periciales carecen de la calidad de documentos (en sentido técnico-procesal) a los efectos del art. 849.2, por más que puedan acogerse como tales en algún caso, como cuando existiendo una sola pericia o varias coincidentes, el tribunal se hubiera apartado sin motivación razonable del contenido de los mismos. Y que tampoco tienen esa condición las declaraciones de imputados y testigos que, regularmente aparecen transcritas en las causas, ni las diligencias policiales con manifestaciones de los propios agentes o de otras personas, recogidas por ellos e incorporadas al atestado (cfr. SSTs 341/2008, 16 de junio; 2076/2002, 23 de enero; 993/2002, 27 de mayo; 1606/2001, 7 de septiembre; 1388/1997, 10 de noviembre y 114/1995, 10 de noviembre).

Tiene razón el Fiscal al constatar la dificultad que presenta la estimación de un motivo de esta clase dotado de un fundamento como el que lo acompaña. Y no por la naturaleza del soporte documental, sino porque lo pretendido a su amparo es —como insistentemente se expresa— una valoración de parte de la prueba, que, incluso de seguirle en su propio curso argumental, no bastaría por sí misma, cuando, como es el caso, concurren pruebas que contrastan con la que se coloca en la base del motivo. Lo que, además, refuerza hasta el límite la inviabilidad de éste, debido a que las últimas aludidas son de carácter personal (de los agentes policiales, de los acusados y de distintos parlamentarios) y, obviamente, no han sido vistas, ni podrían serlo ahora, por esta Sala.

B) Pero a esa dificultad asociada a los requerimientos técnicos del recurso de casación como vía extraordinaria para rebatir la sentencia de instancia, se añade el actual estado de cosas en relación con los obstáculos asociados a la jurisprudencia que previene y define los límites de la revocación de una sentencia absolutoria. En efecto, el examen de toda impugnación casacio-

nal que, por la vía del art. 849.2 de la LECrim, tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio.

Bien es cierto que esa misma jurisprudencia —decíamos en nuestras SSTs 976/2013, 30 de diciembre y 91/2013, 1 de febrero— no ha contado con la uniformidad que habría sido deseable, sobre todo, en una materia de tanta repercusión e importancia en el desenlace de cualquier proceso penal. Inicialmente fueron las exigencias derivadas del principio de inmediación las que llevaron a rechazar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que no se habían desarrollado las pruebas personales pudiera valorar éstas para neutralizar el fallo absoluto, sustituyéndolo por un pronunciamiento de condena (STC 142/2011, de 26 de septiembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 213/2007, de 8 de octubre; 64/2008, de 26 de mayo; 115/2008, de 29 de septiembre; 49/2009, de 23 de febrero; 120/2009, de 18 de mayo; 184/2009, de 7 de septiembre; 215/2009, de 30 de noviembre y 127/2010, de 29 de noviembre). Otras resoluciones han completado esa línea argumental, acentuando la necesidad de excluir cualquier quiebra de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 de la CE), que podrían verse afectados si quien ha resultado absuelto en la instancia es luego condenado en virtud de un recurso que no prevé su audiencia o si los medios de prueba personales valorados en la instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 3 y 4). Y la jurisprudencia del TEDH añade en su análisis —como recuerda la STC 45/2011,

de 11 de abril— que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27 y 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31), entre otras).

A partir de esas premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el art. 849 de la LECrim.

En efecto, en aquellas ocasiones en las que por la vía que ofrece el apartado 1º de ese precepto se postule la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado, ningún obstáculo existirá para que, sin alterar la resultancia fáctica, los hechos encajables en un tipo penal indebidamente inaplicado, den pie a una sentencia condenatoria, casando y anulando aquella que erróneamente absuelva en la instancia al acusado. El debate jurídico sobre el que convergen líneas argumentales que se construyen a partir de la observancia del *factum* permite un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria.

Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim, esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que «... demuestran la equivocación del juzgador», ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embar-

go, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado art. 849.2 de la LECrim. En él se exige que esos documentos no resulten «... *contradichos por otros elementos probatorios*». Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales —aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado— que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio. Todo indica, por tanto, que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio.

No es éste el caso. La valoración probatoria de la Audiencia Nacional —más allá del acuerdo o rechazo que genere en el Fiscal y los demás recurrentes— no puede considerarse arbitraria. La Sala no detecta razones, no ya para sustituir el relato fáctico proclamado en la instancia, sino para afirmar que su resultado es la consecuencia de un ejercicio de arbitrariedad por parte de los Magistrados que integran el órgano decisorio. Se impone, en consecuencia, la desestimación de los motivos esgrimidos por el Fiscal y la representación legal del Parlament y la Generalitat que, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, aspi-

ran a una rectificación del hecho probado, tal y como ha sido proclamado por el Tribunal a *quo*.

5.- El cuarto motivo de los formalizados por el Ministerio Fiscal, con cita del art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción de ley, error de derecho por la indebida inaplicación de los arts. 498, 550, 551.2 y 77 del CP, error que se extiende a la errónea aplicación de la causa de justificación prevista en el art. 20.7 del CP.

A) A juicio del Fiscal, los hechos, tal y como han sido narrados en el *factum*, encierran todos los elementos típicos del delito que castiga, entre los ataques contra las instituciones del Estado, a quienes mediante violencia, intimidación o amenazas graves, impidieran a un miembro de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, asistir a las reuniones propias del órgano o, por los mismos medios, coartara la libertad de opinión o de emisión de voto de sus integrantes (art. 498 CP). Estima, asimismo, que los hechos son constitutivos de un delito de atentado, a la vista de la condición de autoridad de los parlamentarios autonómicos sobre los que se ejerció fuerza e intimidación (arts. 24 y 551.2 CP). Estos delitos se encontrarían en una relación de concurso medial, ya que, de conformidad con el art. 77 del CP, «... *el ataque a los diputados, el atentado, era un medio para cometer el delito del art. 498 del CP*». Descarta el Fiscal, además, la apreciación de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, al entender que «... *la conducta de los acusados fue más allá de la simple participación en una manifestación pacífica como ejercicio del derecho de reunión (...). Una manifestación pacífica no trata de impedir el acceso a los parlamentarios a su sede, ni les obliga a acceder en helicóptero, ni necesita golpear los vehículos en los que viajaban, ni les increpa de forma amenazante, ni se físicamente con ellos*». Concluye el Fiscal que tampoco pueden entenderse amparados los hechos en una pretendida tolerancia con los excesos de la libertad de expresión, justificados, a criterio del Tribunal, por la titularidad privada de los medios de comunicación y el carácter partidista con el que se lleva adelante la gestión de los de carácter público.

Las respectivas representaciones legales del Parlamento y de la Generalitat también se acogen a la vía casacional que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, si bien, a diferencia del Fiscal, estiman que el error de subsunción se limitaría a la errónea inaplicación del art. 498 del CP, en relación con los acusados en los que centran sus recursos. No extienden su desacuerdo, sin embargo, a la condena de aquéllos como autores de un delito de atentado, tal y como reivindica el Fiscal.

El motivo ha de ser parcialmente estimado.

B) La sentencia de instancia descarta la aplicación del art. 498 del CP. Y lo hace a partir de un discurso metodológico que se inicia con un intento de delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación y del significado de los piquetes como instrumentos de confrontación frente al poder político (apartados 2.1 y 2.1.1). Le sigue una reflexión sobre los límites a la intervención penal ante conductas relacionadas con el ejercicio de un derecho fundamental (art. 2.1.2).

Los Jueces de instancia que suscriben el criterio mayoritario, antes de resolver acerca del juicio de subsunción, se consideran obligados a definir el alcance de la protección constitucional de los derechos de reunión y manifestación, así como de la libertad de expresión. Y ello como paso previo para justificar la necesidad de admitir excesos en el ejercicio de aquellos derechos que, en el caso concreto, habrían de conducir de forma necesaria a la exclusión de la antijuridicidad de los hechos por los que se formuló acusación. Con una minuciosa cita de la jurisprudencia constitucional y del TEDH, se razona en los siguientes términos: «... *en la medida que el conflicto de autos se produjo en ejercicio del derecho de reunión y manifestación, proclamado en el artículo 21 de la Constitución, antes de analizar el ámbito de lo prohibido en esos tipos penales que proponen las acusaciones, que operan como límites externos del derecho fundamental, la cláusula del estado de derecho obliga a determinar el contenido constitucionalmente protegido de los mencionados derechos. Porque es la Constitución la que identifica los bienes jurídicos merecedores de protección penal y la que, por razones*

de jerarquía normativa, delimita la intervención penal y la aplicación de los tipos definidos por la ley como delitos. Como se ha dicho, no es el derecho penal el que limita los derechos fundamentales, sino la Constitución».

A juicio del Tribunal a quo, el actual régimen de titularidad de los medios de comunicación —privados algunos, públicos otros, pero gestionados con criterios partidistas— conduce a los sectores más marginados a una situación de exclusión social que convierte la reunión y manifestación en el único medio posible a su alcance para poder transmitir sus quejas y reivindicaciones. En palabras de la Audiencia Nacional —según puede leerse en el FJ 2.1—: «... porque la democracia se sustenta en un debate público auténtico, en la crítica a quienes detentan el poder, aunque transitoriamente y sometido a elecciones periódicas, estas libertades que suponen una expresión pública de la ciudadanía deben ser objeto de especial atención y protección. Desde el punto de vista de la dimensión subjetiva, la doctrina constitucional ha puesto de relieve que para muchos grupos sociales el derecho de manifestación es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones (STC 66/1995, Fj 3). Aparece la cuestión, fundamental en un orden constitucional democrático —donde los derechos limitan a los poderes—, de la posibilidad de las personas de hacerse oír, del acceso ciudadano al espacio público —delimitado y controlado por los medios de comunicación, en manos privadas, o, pocos, de titularidad estatal pero gestionados con criterios partidistas— y de la sistemática marginación de las voces críticas de minorías o de sectores sociales débiles. La realidad pone de manifiesto la invisibilidad de ciertas realidades dramáticas por la dificultad, cuando no, en muchos casos, de la más absoluta imposibilidad de quienes las sufren de acceder a la opinión pública para difundir y hacer sus proclamas y opiniones. Para muchos sectores sociales la reunión y la manifestación es el único medio por el que expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, el único espacio en el que puede ejercer

su libertad de palabra. De ahí su importancia en la sociedad democrática».

El pluralismo como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico obliga al Estado a garantizar la visibilidad de las distintas opiniones presentes en la sociedad, sobre todo de las voces silenciadas —mas cuando soportan mensajes sobre violaciones graves de derechos humanos básicos— frente a las voces habitualmente sobre-representadas, si se quiere un debate público «sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta» (expresión acuñada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en la época del presidente Warren, en el paradigmático caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 1964, sentencia redactada por el juez Brennan, que recordaba cómo la libertad de expresión, a pesar de excesos y abusos, es esencial en una democracia). Las libertades de reunión y manifestación son expresión de la participación de las personas en la vida común, ponen a prueba la existencia de una auténtica autonomía de la sociedad civil que el aislamiento en la vida privada y la pasividad social, cuando menos, debilita».

La idea de un exceso en el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de expresión, justificado por el actual régimen jurídico de la titularidad de los medios de comunicación, vuelve a hacer acto de presencia en otro de los fragmentos acogidos en el mismo fundamento jurídico: «... en conclusión, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación, íntimamente vinculados como cauces de la democracia participativa, gozan de una posición preferente en el orden constitucional, por lo que han de ser objeto de una especial protección y necesitan «de un amplio espacio exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez ni temor» (STC 110/2000, Fj 5). Cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social, resulta obligado admitir cierto exceso

en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia que se sustenta sobre el pluralismo, valor esencial, y que promueve la libre igualdad de personas y grupos para que los derechos sean reales y efectivos, como enuncia la Constitución en su título preliminar».

En otros pasajes del razonamiento que ha llevado a la absolución de los acusados, la Audiencia interpreta y valora el objetivo de la protesta como una defensa de la Constitución frente a lo que etiqueta como su «vaciamiento «originado por las «políticas de austeridad», puestas al servicio de la defensa de la «Constitución formal». Los Magistrados que conforman el voto mayoritario ven en la jornada de protesta que está en el origen de los incidentes enjuiciados, lo que históricamente se ha conocido como una «acción revocatoria de mandatos», como forma de reacción frente a los límites derivados del mandato representativo —no imperativo— sobre el que se articula nuestro sistema democrático. En sus propias palabras: «...el lema de la convocatoria de la manifestación contenía dos mensajes precisos. Quienes protestaban no querían las restricciones económicas de las prestaciones y de los servicios públicos; y quienes adoptaban tales decisiones ya no les representaban. Mensajes directamente relacionados con la Constitución social, que protege los derechos fundamentales sociales, económicos y culturales (el acceso a la salud, a la enseñanza, a la vivienda y al trabajo, la protección frente al desempleo, la enfermedad y la vejez), y con la Constitución democrática, en la medida que requerían a los representantes políticos, a los diputados, para que respondieran a los intereses generales, a los de la mayoría de la sociedad, y cuestionaban la legitimidad de ejercicio de su propia representación. Desde esa perspectiva conviene hacer notar que la protesta suponía la defensa de la Constitución y de sus contenidos básicos. No trataban de cambiar el marco de relaciones jurídico-políticas, sino plantear que se estaba operando un vaciamiento de

los derechos fundamentales y hacer resistentes las garantías de los derechos.

Por sus elementos y contenidos, la acción colectiva de protesta se hallaba dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación. Estaba dirigida a configurar un espacio público que tuviera en cuenta la voz de los desfavorecidos por las políticas denominadas de austeridad, en defensa de la Constitución formal.

Pero, la leyenda de la convocatoria era problemática, por los términos en que estaba planteada («Aturem el Parlament», Paremos el/al Parlamento) y por los métodos de protesta que se podían emplear para alcanzar tal objetivo. Problemática, también, en una sociedad poco acostumbrada a la reacción frente a las decisiones de los parlamentos y de los representantes políticos de la ciudadanía. Nuestra Constitución no reconoce el mandato imperativo y prohíbe la presentación de peticiones colectivas por medio de manifestaciones (art. 67.2 y 77.1). En alguna medida, la protesta se dirigía al corazón del concepto y del modo de ejercicio de la democracia en nuestros sistemas, porque meses antes —el 28.11.2010— se habían celebrado elecciones en las que, al decir de quienes convocaban la manifestación, los partidos de gobierno, que habían conseguido la mayoría, no habían planteado ni propuesto en sus programas el recorte del gasto social que ahora iban a acometer. La protesta que ejercían moldeaba algo parecido a lo que, bien es cierto que en pocos momentos de la historia de las sociedades, se ha conocido como acción de revocatoria de mandatos, una forma de intervención democrática directa para el control de la representación.

La protesta autorizada ante el Parlament de Catalunya se iba a desarrollar bajo dos formas de acción colectiva. Por un lado, la manifestación frente a la institución donde se iban a tomar determinadas decisiones, mediante la presencia de ciudadanos que querían hacer visible su indignación y oposición a las políticas de recorte del gasto social. De otro lado, la confrontación con los diputados, personalmente, para hacerles

llegar el malestar ciudadano y su propia responsabilidad por el voto que iban a emitir».

Concluye el razonamiento que ve en la protesta desarrollada los días 14 y 15 de junio de 2011, ante el Parlament de Catalunya, una legítima expresión de la acción ciudadana encaminada a remover los obstáculos que se opongan a la libertad e igualdad efectivas, con una teorización acerca del significado y la funcionalidad de los piquetes como forma de oposición a determinadas políticas o decisiones de alcance social: «... esa segunda fase de la protesta actualizaba el derecho de reunión en la modalidad de concentración o reunión estática, lo que conocemos como piquete. La figura del piquete, en el contexto de las modalidades de protesta social, significa el establecimiento de un espacio de confrontación física y simbólica entre quienes disienten y las personas a las que se quiere hacer llegar el mensaje (de modo paradigmático los piquetes de extensión de la huelga, que buscan convencer a otros empleados de las buenas razones de la protesta y neutralizar el poder del empresario sobre ellos para influir en que no ingresen en el lugar de trabajo y se unan al conflicto). Esa forma de acción colectiva supone un enfrentamiento político y moral entre los sujetos. Quienes participan en el piquete plantean una estrategia de oposición frente a ciertas políticas o decisiones, públicas o privadas, y asumen un sacrificio o incomodidad que conlleva la pérdida de salario, en el caso de la huelga, el empleo del tiempo exigido para la protesta, el desplazamiento hasta el lugar, la exposición pública, incluso, el riesgo de ser objeto de persecución policial o de sanción de algún tipo. Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de los foros públicos, la especificidad de la conducta del piquete es su concreta ubicación (a la puerta de la fábrica, del Parlamento o del domicilio de quienes toman las decisiones, en el caso del llamado escrache).

Porque el piquete propone una confrontación personal, física y moral, entre el objeto y el destinatario del requerimiento (el que decide, aquel al que se dirige de modo directo el mensaje de la protesta) el Estado está obligado a intervenir para regular esa modalidad de conflicto. No

puede admitirse la supresión de la protesta, pero hay que evitar la intimidación o el hostigamiento, confiriendo una oportunidad razonable al enfrentamiento, como ha dicho el filósofo del derecho Owen Fiss, comentarista de la libertad de expresión y del derecho a la protesta. El poder público ha de intervenir para establecer los límites, incluso físicos, de la confrontación, con la finalidad de proteger el ejercicio del derecho fundamental de reunión y, al tiempo, preservar los legítimos intereses de las partes concernidas. La ley que regula el derecho de reunión y manifestación permite al Estado decidir ese tipo de injerencia, para ordenar una forma de protesta que genera incomodidades y sacrificios. La autoridad gubernativa, cuando concurren razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, tiene la potestad de proponer a los organizadores una modificación en el lugar o itinerario de la manifestación (art. 10 Ley 9/1983)».

La línea argumental que anima la sentencia recurrida, concluye con un juicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto que proclama la escasa lesividad de las acciones imputadas a los acusados y, al propio tiempo, la concurrencia de una causa de justificación amparada en el ejercicio legítimo de un derecho, tal y como se establece en el art. 20.7 del CP. La absolución resulta obligada con el fin —se razona— de evitar lo que los Jueces de instancia denominan «el efecto desaliento», cuya extensión podría conducir a desincentivar el dinamismo de los movimientos sociales de protesta: «... es aquí donde la doctrina del efecto desaliento, pauta del juicio de proporcionalidad penal cuando se afectan derechos fundamentales, despliega sus efectos. Porque la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política. Porque las acciones que las acusaciones pretenden incriminar consistían en la expresión pública de la crítica a quienes ostentaban en aquel momento la representación popular, por parte de

un grupo de personas que se confrontaban con sus parlamentarios —en los términos que la autoridad gubernativa había considerado—, para trasladarles un comunicado de repulsa ante las decisiones que iban adoptar en la sesión plenaria, algo que se integra en el núcleo de la democracia, en el corazón del sistema, en la medida que expresa participación ciudadana directa, libertad de expresión, pluralismo político y acceso al espacio público de las voces de disenso de los desfavorecidos por las políticas públicas de austeridad, es decir, remoción de los obstáculos a la igualdad. La prohibición de exceso aconseja una interpretación estricta del tipo penal ante una acción íntimamente relacionada, por su contenido y fines, con el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental, dejando fuera de lo prohibido conductas de escasa lesividad, que carecen de la capacidad suficiente como para comprometer el bien jurídico, ya que no tenían idoneidad para impedir a los diputados la asistencia a la reunión del Parlament o para coartar, siquiera influir, su libertad de opinión o de voto».

C) La Sala no puede identificarse con este discurso. A nuestro juicio la sentencia de instancia incurre en un patente error a la hora de solucionar el conflicto surgido por la convergencia de bienes jurídicos constitucionalmente protegibles. Este error está originado por un llamativo desenfoco acerca del rango axiológico de los valores constitucionales en juego. A él contribuye, sin duda, la cita de precedentes constitucionales descontextualizados que, como efecto inevitable, separa al analista de las técnicas de balanceo exigidas por nuestro sistema constitucional. Y es que la colisión entre principios y valores constitucionales —en el presente caso, la libertad de expresión y el derecho de reunión colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo—, no puede ser contemplada como una patológica colisión, sino como una realidad necesitada de un juicio ponderativo que defina el alcance de los derechos en conflicto. Delimitar derechos, precisar su alcance, exige resolver las tensiones derivadas de su respectiva

convergencia mediante una dosificación que, en la medida de lo posible, no imponga el sacrificio gratuito de unos frente a otros. La sentencia de instancia, sin embargo, altera las claves constitucionales que ha de presidir la tarea jurisdiccional de ponderación. Y lo hace recurriendo a una errónea y traumática desjerarquización de uno de los derechos convergentes —el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes en el órgano legislativo— que, pese al esfuerzo argumental empeñado, se aparta de las claves definitorias de nuestro sistema.

Como ya hemos apuntado, contribuye al equívoco desenlace que anima la sentencia de instancia, una cita de precedentes de la jurisprudencia constitucional que, fuera del contexto que justificó la proclamación de esa doctrina, no pueden servir de pauta ponderativa. Así acontece, por ejemplo, con la alusión a la STC 66/1995, 8 de mayo (FJ 3º), cuando se invoca como precedente para subrayar la idea de que el ejercicio del derecho de manifestación es, en la práctica, «... uno de los pocos medios de los que [ciudadanos] disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones». Tan cierta como esa afirmación lo es la referencia —de la que también se hace eco la sentencia recurrida— a la *finalidad* y al *lugar* de celebración como elementos configuradores del derecho subjetivo de reunión, así como el carácter no absoluto de ese derecho. En palabras del Tribunal Constitucional: «... el derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria depersonas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo —agrupación de personas—, el temporal —duración transitoria—, el finalista —licitud de la finalidad— y el real u objetivo —lugar de celebración— (por todas STC85/1988). También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho «cauce del principio democrático participativo»

posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, el uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones. (...) No obstante, también hemos tenido ocasión de afirmar que, al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El propio texto constitucional en su art. 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes».

Más allá de la claridad que la cita completa de ese fragmento puede ofrecer desde la perspectiva de lo que el propio Tribunal Constitucional denomina «elementos configuradores» del derecho de reunión, conviene dejar constancia de que el recurso de amparo promovido para reivindicar aquel derecho fundamental nada tenía que ver con la colisión entre el derecho a reunirse y el derecho de participación. En efecto, lo que estaba entonces en juego —y que, por cierto, determinó la desestimación del recurso de amparo— era la queja presentada por la Federación de Banca, Seguros y Oficinas (FEBASO) UGT contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había confirmado una resolución de la Delegación del Gobierno, prohibiendo la concentración prevista por dicho sindicato en la zona de Canalejas, Puerta del Sol, Alcalá, Gran Vía, Cibeles en atención a que la Plaza de Canalejas en aquellas fechas, constituía una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos, reforzada por los cortes de tráfico que por dicha fecha —5 de junio de 1992— se producían por obras en la Carrera de San Jerónimo y zonas adyacentes.

Algo similar sucede con la cita extractada de la STC 110/2000, 5 de mayo, cuando da pie a los Jueces de instancia a recordar que «... la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión

impone «la necesidad de que se deje un amplio espacio», es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor».

Esta Sala se identifica con el recordatorio —proclamado también en numerosos precedentes de nuestra jurisprudencia—, del papel decisivo de la libertad de expresión, sin cuya reforzada vigencia se desmorona el Estado de derecho. Sin embargo, compartir la trascendencia constitucional del derecho reconocido en el art. 20.1 de la CE no implica aceptar acríticamente ese precedente jurisprudencial como fuente inspiradora de una mimética solución para un supuesto en el que la colisión de derechos presenta una singularidad que nada tiene que ver con la que fue entonces objeto de análisis y solución por el Tribunal Constitucional. En efecto, la STC 110/2000, dio respuesta a un recurso de amparo cuyo objeto era totalmente ajeno a la tensión entre los derechos fundamentales que, en el caso que nos ocupa, convergen y se interfieren. Entonces se reaccionaba frente a la condena judicial impuesta a un periodista que había publicado en un periódico regional un artículo de contenido crítico contra un representante político al que denominaba «el Senador rompenidos». Que el conflicto entre la libertad de expresión y el honor personal del recurrente en amparo fuera resuelto a favor del primero de los derechos, forma parte de las reglas ya asentadas jurisprudencialmente para resolver la convergencia entre ambos derechos. Sin embargo, que esas reglas inspiren el desenlace entre las libertades de expresión y reunión y el derecho de participación, habría exigido una argumentación ponderativa singular, de la que no encontramos rastro en la resolución de instancia. El mismo error metodológico detectamos en la invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 1964, aludió a la necesidad de aceptar un debate público «sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta», que reafirme la vigencia de la libertad de expresión, a pesar de sus excesos y abusos, como presupuesto de todo sistema democrático.

La Sala ha de coincidir necesariamente con el valor histórico del precedente representado por la sentencia *New York Times Co. v. Sullivan*. Aquella resolución —ponencia del Juez William Brennan— fijó una doctrina que ha venido inspirando otros muchos precedentes de la Corte Suprema Americana (cfr. *Rossenblatt v. Baer* —1964—; *Curtis Publishing Co v. Butts* —1967—; *Associated Press v. Nalker* —1967—; *Time Inc. v. Hill* —1967— o *Rosenbloom v. Metromedia* —1971—. Incluso, buena parte de sus argumentos han servido para la solución por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de reclamaciones frente a la vulneración de la libertad de expresión (cfr. STEDH sentencia 8 de junio de 1986, caso *Lingens*).

Sin embargo, ninguno de esos precedentes ofrece una solución a la colisión de derechos surgida a raíz de los acontecimientos desarrollados los días 14 y 15 de junio de 2011, en los alrededores del Parlament de Catalunya. Lo que constituye su objeto está relacionado con los límites de la libertad de expresión frente a la honorabilidad de los personajes públicos o, en otros casos, personajes privados. Que el Juez Brennan resolviera el conflicto entre la libertad de expresión de un relevante medio de comunicación —*New York Times*— y la honorabilidad de *L.B. Sullivan* —comisario de policía en Alabama, afectado por un anuncio publicitario pagado por las asociaciones activistas de los derechos de los negros durante la lucha encabezada por *Martin Luther King*—, nada resuelve cuando el conflicto, como en el caso que nos ocupa, se suscita, no entre la libertad de expresión de los manifestantes y el honor de los Diputados a los que se impidió el desarrollo de su tarea, sino entre esa libertad y el derecho de participación proclamado por el art. 23 de la CE.

La Sala no puede sino identificarse con la necesidad de una acotación expansiva del derecho a la libertad de expresión, como garantía de la pervivencia misma del Estado de Derecho. Son numerosos los ejemplos de nuestra jurisprudencia en los que venimos propugnando una delimitación *in extenso* de ese derecho, de modo reiterado, cuando contiene con el derecho al honor

de los personajes públicos o privados (cfr. SSTs 587/2013, 28 de junio; 843/2014, 4 de diciembre y AATS 7 noviembre 2014, 23 mayo 2014, 12 marzo 2014 y 28 junio 2013, todos ellos dictados en causas especiales contra aforados). Sin embargo, nuestra identificación con ese criterio de delimitación de la libertad de expresión, no nos libera de exigir al Tribunal de instancia una tarea ponderativa singular y específica, cuando la convergencia de los valores en juego se desplaza desde la honorabilidad del afectado por una información que le concierne, al libre desarrollo de sus tareas legislativas por los representantes políticos democráticamente elegidos y a todos los ciudadanos que confían en el normal desarrollo de las actividades del *Parlament* como presupuesto *sine qua non* para el ejercicio de su derecho de participación.

El art. 23 de la CE —y así lo ha recordado el reciente STC 1/2015, 19 de enero— incluye en el contenido de su apartado 2º, no sólo el derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, sino la necesidad de que los representantes designados puedan permanecer y ejercer libremente sus cargos (cfr. SSTC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3; 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2; 28/1984, de 28 de febrero, FJ 2; 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3; 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6 y 40/2003, FJ 2, entre otras). Y cuando la perturbación de su ejercicio tiene como destinatarios a los representantes parlamentarios, la obstaculización de sus funciones afecta, no sólo a éstos, sino también al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el apartado 1º del mismo art. 23 de la CE (SSTC 161/1988, FJ 6; 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 4; 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 4; 177/2002, FJ 3 y 40/2003, FJ 2).

La idea de que el libre ejercicio de la función parlamentaria es presupuesto del derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, por medio de sus representantes, forma parte de una consolidada jurisprudencia constitucional. La ya citada STC 1/2015, insiste en la necesidad de una interpretación restrictiva de todas aquellas normas emanadas de los ór-

ganos legislativos que impliquen una limitación de la función parlamentaria, así como en la exigencia de una estricta motivación de los criterios de excepcionalidad, «... bajo pena, no sólo de vulnerar el derecho fundamental del representante de los ciudadanos a ejercer su cargo (art. 23.2 CE), sino también de infringir el de estos a participar en los asuntos públicos, ex art. 23.1 CE (SSTC 38/1999, FJ 2; 107/2001, FJ 3 y 40/2003, FJ 2, entre otras muchas)».

D) Así delimitado el contenido material del derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23 CE), un primer error de la sentencia de instancia se hace patente. Y es que los acontecimientos violentos acaecidos como consecuencia del movimiento de protesta que llevó a la convocatoria, los días 14 y 15 de junio, de una concentración en el Parlament de Catalunya bajo el lema «*Aturem el Parlament, no dexiarem que aprovin retallades*» —*paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes*—, no pueden ser degradados a un simple problema de convergencia antinómica entre los derechos de expresión y reunión y el derecho al honor de los representantes de los ciudadanos. Tampoco implicó exclusivamente un menoscabo de la capacidad de los Diputados autonómicos para el libre ejercicio de sus funciones representativas (art. 23.2 CE). El conflicto fue más intenso, pues no sólo afectó a los derechos de los que quisieron reunirse y expresar libremente su desacuerdo con las políticas aprobadas por el Parlament, frente el derecho de los parlamentarios a ejercer su función pública sin cortapisas; antes al contrario, el libre ejercicio de las funciones legislativas por los legítimos representantes del pueblo catalán era también presupuesto del derecho de todos sus ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23 de la CE y art. 29.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Esta dimensión del derecho de participación Enriquece su significado instrumental como medio para hacer valer otros bienes constitucionales del máximo rango axiológico. Bienes que conectan con principios como la libertad y el pluralismo político, que el art. 1 de la CE —precepto califi-

cado certeramente como *norma de apertura* que constituye al Estado, que lo configura, normativa e institucionalmente— proclama como *valores superiores* del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión, no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional. Paralizar el trabajo ordinario del órgano legislativo supone afectar, no ya el derecho fundamental de participación política de los representantes políticos y, en general, de los ciudadanos catalanes, sino atacar los valores superiores del orden democrático. Cuando el art. 1 de la Constitución proclama entre ellos la libertad y el pluralismo político, está sintetizando los principios y elementos constitutivos de nuestro edificio constitucional. Ese precepto tiene una función normativa clara, fundamenta el Estado y proporciona criterios para la interpretación global del texto constitucional, hasta el punto de que la vigencia de nuestro sistema constitucional ha de obtenerse a partir del significado profundo y expreso de esta norma de apertura. La historia europea ofrece elocuentes ejemplos en los que la destrucción del régimen democrático y la locura totalitaria se inició con un acto violento contra el órgano legislativo. Relativizar el significado jurídico de los acontecimientos desarrollados ante el *Parlament* los días 14 y 15 de junio de 2011, y hacerlo mediante una tan hábil como equivocada ponderación jurisdiccional de los bienes en conflicto, supone banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático. El *Parlament* —según proclama el art. 55 del Estatuto de Autonomía— «*representa al pueblo de Cataluña (...) ejerce la potestad legislativa, aprueba los presupuestos de la Generalitat y controla e impulsa la acción política y de gobierno. Es la sede donde se expresa preferentemente el pluralismo y se hace público el debate político. El Parlamento es inviolable*». Y cuando el ejercicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto prescinde de los pilares sobre los que se sustenta el equilibrio de nuestro sistema democrático, el desenlace, sin quererlo, puede resultar llamativo. Así acontece

con la sentencia objeto de recurso, en la que los Magistrados que suscriben el criterio mayoritario no tienen objeción alguna en admitir la negación del derecho de participación por la necesidad de tolerar excesos en el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión y, sin embargo, no dudan en sancionar penalmente al único manifestante que lesionó la propiedad individual de una de las Diputadas. En efecto, la condena de Marco Antonio a una pena privativa de libertad, como autor de una falta de daños del art. 625.1 del CP, por haber manchado con un spray la prenda de vestir de la diputada Salome, encierra la paradójica condena por la ofensa a un bien jurídico —la propiedad individual— que se alzaprima frente a las libertades de expresión y el derecho de reunión. La tesis que anima la resolución de instancia admite excesos que menoscaban el derecho de participación de los Diputados autonómicos y de los ciudadanos catalanes que les eligieron, pero no tolera ninguna extralimitación cuando lo que está en juego es la propiedad individual (art. 33 CE). Con arreglo a ese discurso, la función constitucional para la que había sido designada la Diputada Salome sí podía convertirse en objetivo de los excesos de los manifestantes, pero su propiedad individual, expresada en la chaqueta que vestía, había de quedar a salvo frente a cualquier ataque. Llevado a sus últimas consecuencias el razonamiento de los Jueces de instancia, los actos destructivos, cuando afectan al pluralismo político, pueden estar justificados en función de la titularidad de los medios de comunicación, pero cuando menoscaban la propiedad individual, desbordan toda causa de justificación y han de ser irremediabilmente penados. El Tribunal *a quo*, en fin, no descarta la retribución penal frente al ataque a la propiedad individual. Y ello pese a la escasa significancia en la ofensa al bien jurídico protegido y que la propia perjudicada había renunciado expresamente a toda reparación económica.

La Sala estima, en consecuencia, que los hechos declarados probados no pueden ser amparados en la causa de justificación prevista en el art. 20.7 del CP —*ejercicio legítimo de un derecho*—. Su apreciación es el resultado de un equivocado

juicio ponderativo que confunde y distorsiona el significado constitucional de los principios, valores y derechos en juego.

E) Estiman el Fiscal y las restantes acusaciones que la sentencia de la Audiencia Nacional incurre en un error jurídico en la subsunción de los hechos. Para el Ministerio Público, el relato de hechos probados incluye los elementos típicos que permitirían la condena por los delitos previstos en los arts. 498, 550 y 551.2 del CP, en concurso ideal del art. 77 del CP. Las acusaciones ejercidas en nombre de la Generalitat y del Parlament limitan el error de derecho a la indebida aplicación del art. 498 del CP.

Tienen razón el Fiscal y las acusaciones cuando califican los hechos como constitutivos de un delito del art. 498 del CP.

Una precisión inicial resulta obligada. Como hemos señalado *supra* (FJ 4, apartado B), la anulación de una sentencia absolutoria y su sustitución por otra de condena está sometida, en el estado actual de la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala, a los límites derivados de la necesidad de no transgredir el significado del principio de inmediación y la vigencia del derecho de defensa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado —en relación con la posibilidad de revocar sentencias absolutorias mediante la estimación de un recurso de apelación— que cuando el Tribunal *ad quem* ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general el tema de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa. La STC 157/2013, 23 de septiembre, recuerda que «... desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, (...) cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos indica que tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates' (entre otras SSTEDH de 16 noviembre 2010, caso García Hernández c. España § 24; 16 diciembre 2008, caso Bazo González c. España § 30). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que «los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados.» (§ 36)».(STC 45/2011, FJ 3).

En dicha sentencia precisamos que «si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso —como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal—, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente

sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.» (STC 45/2011, FJ 3)».

Con carácter general, por tanto, sólo por la vía casacional que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, que exige como presupuesto metodológico el mantenimiento del hecho probado, es posible sustituir el pronunciamiento absolutorio del Tribunal de instancia por una decisión de condena. Es el debate estrictamente jurídico el que autoriza la anulación de la sentencia absolutoria. Cuando la controversia que integra el objeto del recurso de casación se centra en el juicio de tipicidad, nada impide a esta Sala apreciar la concurrencia de los elementos del tipo penal por el que se formuló acusación, incluso cuando el Tribunal a quo ha estimado, ya sea por los términos en que se ha proclamado el juicio histórico, ya por la concurrencia de una causa de justificación, que los hechos no conllevan la exigencia de responsabilidad criminal. Y esto es, precisamente, lo que acontece en el presente caso.

El error jurídico de la Audiencia Nacional a la hora de ponderar los valores constitucionales en conflicto y decidir, en nombre de los excesos que el sistema ha de tolerar, como consecuencia de la titularidad de los medios de comunicación, el sacrificio del derecho de participación, así como de los valores superiores de la libertad y el pluralismo político, nos lleva a un análisis del relato de hechos probados conforme a lo que en el mismo se describe. Y su lectura evidencia, sin duda, que algunos de los partícipes en los incidentes desarrollados durante los días 14 y 15 de junio, a raíz de la concentración convocada ante el Parlament de Catalunya, incurrieron en el delito previsto en el art. 498 del CP.

F) Este precepto sanciona a «los que emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro (...) de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, asistir a sus reuniones o, por los mismos medios, coar-

tares la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto».

Se trata de un delito de tendencia, como se desprende del empleo de la locución «para impedir». Si bien no falta alguna propuesta dogmática minoritaria que estima que estamos ante un delito de resultado, el entendimiento más extendido considera que el art. 498 no exige para su consumación que, como efecto de los medios empleados, el Diputado no haya podido asistir a las reuniones, no haya votado efectivamente o haya experimentado una restricción efectiva de su libertad de expresión. Basta convertir a aquél en destinatario del acto violento o intimidatorio, emplear la fuerza o amenazarle gravemente, para que el delito se consuma. Siempre, claro es, que el fin perseguido sea impedir la asistencia del Diputado a las sesiones o, en el transcurso de éstas, coartar su libertad de expresión o de voto. Estamos en presencia, por tanto, de un delito pluriofensivo, en la medida en que implica, por razón del medio ejecutivo empleado, un atentado a la libertad de los Diputados. Pero es algo más. Como ya hemos apuntado *supra*, se dirige a perturbar el normal funcionamiento del órgano parlamentario, con el consiguiente menoscabo del derecho de participación reconocido en el art. 23 de la CE. Se vulnera, no sólo el derecho del Diputado electo al ejercicio del cargo público para el cual fue designado, sino que, además, se afecta de forma indirecta el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes.

Esta Sala sólo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del bien jurídico del delito previsto en el art. 498 del CP, en el ATS 8 de noviembre de 2012, recaído en la cuestión de competencia suscitada entre los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional y el Juzgado de Instrucción de Barcelona. Allí decíamos que «... la competencia de la Audiencia Nacional de los delitos contra las Instituciones del Estado requiere de la concurrencia de dos requisitos: a) que el sujeto pasivo del delito sea un Alto Organismo de la Nación o, en terminología del Código Penal, una Institución del Estado; y b) que el bien jurídico protegido lo constituya la dignidad

y normal funcionamiento de esas Instituciones. Ambos requisitos concurren en el caso que nos ocupa: relevancia constitucional de los Parlamentos autonómicos, asimilada y cercana al de las Cortes Generales, y que, en el tipo del art. 498 se tutela y protege el normal funcionamiento de las Cámaras Legislativas, sean estatales o autonómicas, como órganos de representación y manifestación de la soberanía popular y titulares de la potestad legislativa, y ello porque ese normal funcionamiento tiene como presupuesto básico el que los parlamentarios puedan acceder con normalidad y libertad a las sedes parlamentarias y así ejercer sus funciones emitiendo opiniones, participando en los debates o emitiendo su voto. Aunque la conducta típica de fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave se dirija directamente contra la persona del parlamentario, la finalidad es la perturbación del funcionamiento de la propia Institución, que se ve alterada cuando se impide o coarta a éstos su asistencia a las reuniones, la manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto. Se trata, en definitiva, de un tipo penal de naturaleza pluriofensiva en el que se ve afectada la libertad y seguridad del parlamentario, pero también y fundamentalmente, en el que se ataca y cuestiona el funcionamiento de la propia Institución parlamentaria. En este sentido, el sujeto pasivo de la acción podrá serlo el parlamentario, pero el sujeto pasivo del delito como titular del bien jurídico es la misma Asamblealegislativa. Esto es lo que cualifica este delito respecto a las coacciones o amenazas genéricas o respecto al delito genérico de atentado cometido sobre miembros de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que expresamente se tipifica en el art. 551.2 del Código Penal».

G) Delimitado así el bien jurídico, la Sala descarta la autoría de todos aquellos respecto de los que la Audiencia Nacional sólo ha estimado probada su presencia en el lugar de los hechos, sin relación directa con los incidentes que en el juicio histórico se describen. Sin embargo, consideramos que son autores del delito previsto en el art. 498 los siguientes acusados: Marco Antonio,

Edemiro, Estela, Leopoldo, Eugenio, Rosario, Tomás y Jose Luis.

Sobre el contexto en el que esos altercados se produjeron, el primero de los apartados de los hechos probados describe que «... *el movimiento de protesta surgido en las plazas de las grandes ciudades a lo largo de la primavera del año 2011, conocido como 15m, convocó los días 14 y 15 de junio una concentración ante el Parlament de Catalunya con ocasión de la aprobación de los presupuestos de la Comunidad para aquel año, en protesta por la reducción del gasto social. El lema de la movilización era «Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades» (Paremos al el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes). La manifestación fue comunicada a la autoridad por las organizaciones que la convocaban, el movimiento L'Acampada de Barcelona y las Asociaciones de vecinos de la ciudad, y publicitada por varios medios, entre otros una rueda de prensa, celebrada el 10 de junio...».*

La concentración tenía, pues, un objetivo bien claro. Así lo proclamaba el lema de su convocatoria: «*autrem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades (paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes)*».

Como expresa su significado gramatical, «*parar*» es «*detener*», «*impedir*» el normal desarrollo de la función parlamentaria. Y hacerlo además con ocasión del debate previsto para reformas presupuestarias que, a juicio de los acusados, iban a implicar un recorte de los derechos sociales y los servicios públicos. No se trataba, por tanto, de expresar el desacuerdo con las políticas presupuestarias restrictivas mediante una concentración en las proximidades del Parlament. Tampoco tenía aquella manifestación como objetivo servir de vehículo para proclamar la indignación colectiva frente a esas políticas. Su finalidad no era otra —así lo describe el hecho probado— que provocar que el órgano de representación política del pueblo catalán se viera incapacitado para el debate y la acción política mediante la conformación de las mayorías que siguen al ejercicio del derecho al voto. No se trataba, en fin, de valerse de formas directas de decisión política

como fórmula alternativa a los dictados de la representación parlamentaria. Lo que perseguían los allí concentrados era atacar las raíces mismas del sistema democrático. Despojar al órgano que expresa la voluntad popular de toda posibilidad de creación normativa («...*no deixarem que aprovin/no permitiremos que aprueben*»).

Y esta finalidad no queda oscurecida, desde luego, por el hecho de que en una rueda de prensa celebrada días antes «... *dos portavoces de los movimientos sociales (declararan) que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar*».

Ninguna interferencia provoca esa proclamación fáctica para el juicio de subsunción. De una parte, porque esa afirmación acerca de la finalidad que animaba la convocatoria se pone en boca de dos portavoces no identificados, de cuya participación en los hechos nada dice el juicio histórico. De otra parte, porque encierra una contradicción insalvable afirmar que no se pretende impedir el funcionamiento del *Parlament* y añadir inmediatamente después que lo que verdaderamente se persigue es «... *detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos (...)* que se iban a aprobar». Y es que mal se puede evitar la aprobación de unas medidas legislativas sin impedir u obstaculizar el funcionamiento del órgano parlamentario en el que aquéllas van a ser aprobadas.

Sobre el fin que perseguían los acusados, es también claro el relato de hechos probados cuando explica que «... *a primera hora de la mañana, la policía disolvió por la fuerza, en varias ocasiones, a los manifestantes para abrir la puerta 7, situada frente al número 37 de la calle Pujades, única que se había decidido dejar franca para que accedieran los parlamentarios*». Fue necesario, en consecuencia, el empleo de la compulsión personal por parte de los agentes para alejar a los manifestantes y dejar expedita una vía de tránsito que permitiera el acceso de los parlamentarios al edificio que constituye la sede del órgano legislativo.

El ataque al bien jurídico protegido por el art. 498 del CP no puede verse minimizado por la comprensión que algunos de los Diputados llegaron a mostrar, durante su declaración como testigos, a la acción desplegada por los acusados. Estamos en presencia de un bien jurídico que, al menos en su dimensión de derecho de los ciudadanos a la participación política que, como tal, es indisponible por quien no es titular del mismo. Tampoco afecta a la consumación del hecho delictivo, tal y como hemos delimitado el alcance típico del art. 498, el dato de que la práctica totalidad de los Diputados no padeciera en su integridad física o porque los daños a la propiedad causados fueran de escasa relevancia. Y, por supuesto, el juicio de tipicidad no se ve alterado por el mayor o menor acierto de los agentes de la autoridad en el momento de fijar los perímetros de seguridad que podría haber aconsejado la aglomeración de ciudadanos en las inmediaciones del Parlament.

Son muchos los fragmentos del juicio histórico en los que la lesión del bien jurídico —el normal funcionamiento del órgano parlamentario— se dibuja con absoluta nitidez. Así, en el apartado 3º se apunta el temprano inicio de la acción obstaculizadora por parte de los manifestantes, que generó problemas para algunos de los representantes: «... a partir de las 8.00 h. los diputados fueron entrando, algunos encontraron problemas debido al número de personas allí congregadas, que en ciertos momentos ascendía a más de seiscientas. El inicio de la sesión estaba señalado para las 10.00 h».

Especialmente descriptivo es el pasaje en el que se narra el intento frustrado del President de la Generalitat y de otros Diputados de acceder por la puerta que había sido habilitada por los agentes. En este caso, pese a la declarada falta de pruebas acerca de quiénes fueron los autores de los incidentes violentos, el episodio descrito es buena muestra del clima coactivo creado para llevar a buen fin el lema de la convocatoria que, como venimos insistiendo, incluía una llamada a parar el Parlament e impedir la aprobación de medidas presupuestarias de carácter restrictivo: «... hacia las 9.25 h. el President de

la Generalitat D. Geronimo ocupaba el vehículo oficial, junto a los diputados de Convergencia i Unió (Ciu) D. Raimundo y D. Luis Carlos, en una comitiva de cuatro vehículos —en uno de ellos iba la Presidenta del Parlament— y otras tantas motocicletas conducidas por agentes de policía. Circulaban, por la avenida Meridiana en dirección al Parc de la Ciutadella con la intención de atravesar por la puerta 7; antes de llegar se encontraron con un grupo de manifestantes que ocupaban la calzada y obstaculizaban su marcha. Los automóviles no llevaban distintivo alguno. Al constatar la dificultad para atravesar por aquella puerta, rectificaron su dirección y regresaron por la misma vía, alejándose del lugar. En el momento que cambiaban de sentido de marcha para eludir a la manifestación, un grupo de personas —ignorantes de qué autoridades viajaban en los vehículos— se aproximó a la comitiva. El encuentro entre los manifestantes y la cadena de coches duró escasos segundos. Un individuo levantó la mano y el brazo derecho cuando el automóvil presidencial giraba, otros se acercaron al vehículo, llegando a tocar la carrocería, alguien intentó abrir las puertas —que se hallaban aseguradas— y lanzó varios golpes. Cuando la comitiva abandonaba el cruce, un individuo arrojó un cono de plástico de señalización a la calzada».

Es, por tanto, en ese clima coactivo, en esa atmósfera intimidatoria descrita en el hecho probado, en el que se desarrollan varios intentos frustrados por acceder en condiciones de normalidad a la sede parlamentaria, entre ellos el del President de la Generalitat y varios Diputados. Y es en ese contexto en el que las acciones protagonizadas por algunos de los acusados adquieren significación penal.

a) Es el caso de Marco Antonio, quien en un momento determinado, mientras la Diputada Salome caminaba en dirección al Parlament dialogando con uno de los manifestantes, le pintó por la espalda su chaqueta, valiéndose para ello de un spray: «... hacia las 8.30 h. la diputada del grupo parlamentario del Partit dels Socialistes de Catalunya (Psc) Dª. Salome caminaba por el parque hacia el Parlament, dialogando con una mu-

jer que allí se manifestaba y que le comunicaba la situación de sus hijos, universitarios y en paro, cuando D. Marco Antonio se le acercó por detrás y le pintó en la espalda de la chaqueta dos trazos negros con un espray, que ensuciaron también el bolso que llevaba en bandolera. La Sra. Salome reparó en el incidente una vez que entró en el edificio del Parlament y se quitó la prenda».

En el FJ 1.2.3, de la sentencia recurrida, bajo el epígrafe «Hecho 2. Acción sobre la diputada Sra. Salome», la Audiencia Nacional explica las razones por las que entiende que esa conducta no es constitutiva del delito previsto en el art. 498 del CP: «... la conducta no tiene la relevancia que se pretende, ya que el sujeto pasivo se dio cuenta cuando en el parlamento se quitó la prenda, y no era idónea la acción para impedir, limitar o constreñir la voluntad de la diputada. Su conducta se produce en ese contexto de la manifestación en el parque, pero en un momento en que la diputada no era objeto de hostigamiento alguno». De entrada, la consumación del delito no depende del momento en el que el sujeto pasivo se percata de que la prenda que viste ha sido intencionadamente manchada. La propia sentencia reconoce que esa conducta se produjo «... en el contexto de la manifestación del parque», pero en un momento en el que la Diputada no estaba sufriendo actos de hostigamiento.

La Sala estima, sin embargo, que lo que los Jueces de instancia denominan «el contexto de la manifestación» ya ha sido descrito por ellos mismos en pasajes anteriores. Se trata de una manifestación convocada para paralizar las actividades parlamentarias que preveían la aprobación de medidas presupuestarias de restricción del gasto público. El lema no podía ser más explícito («Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades/Paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes»). La tarde del día anterior unas mil personas se reunieron junto al Parc de la Ciutadella, obligando a la Policía a cerrar ese recinto durante la noche, impidiendo así el libre acceso a ese espacio. A primera hora de la mañana, los agentes tuvieron que emplear la fuerza para disolver, en varias ocasiones, a los manifestantes, intentado dejar abierta la puer-

ta 7 como vía franca de acceso. En el momento en el que la Diputada Salome intenta acceder al inmueble en el que se desarrolla su función hay más de 600 personas congregadas en los alrededores.

La acción llevada a cabo por Marco Antonio — pintar en la espalda de la chaqueta de la Diputada dos trazos negros con un spray y ensuciar el bolso que portaba en bandolera— no puede interpretarse de forma descontextualizada como un simple ataque intencionado contra el patrimonio de Salome. Y eso es lo que hace precisamente la sentencia de instancia. Primero explica que ese ataque se verifica en el contexto de la manifestación convocada — Marco Antonio es, por tanto, uno de los manifestantes que quiere paralizar el Parlamento impidiendo la aprobación de lo que considera recortes presupuestarios— y luego relativiza su alcance con el argumento de que en ese momento no se está realizando ningún acto de hostigamiento.

Sin embargo, entendemos que el acusado no hizo sino ejecutar una acción que es la concreción exacta del fin colectivo perseguido por los manifestantes. Y para ello ni siquiera es necesario subrayar el párrafo de la fundamentación jurídica en el que la testigo narra lo sucedido, narración que, por cierto, la Audiencia califica de «relato completo»: «... la testigo dio un relato completo: sobre sus conversaciones con algunos manifestantes mientras se acercaba al parque, de las críticas que le dirigieron (algunos tildaban a los diputados de «inútiles»), del lanzamiento de objetos, como un pequeño tetrabrik con zumo de frutas, así como de algún empujón, lo que tuvo lugar en la puerta de acceso al parque, donde había gran densidad de gente, que aumentaba según se adentraba hasta el edificio parlamentario. En el momento no se dio cuenta de que le pintaban la chaqueta».

La autoría que declaramos respecto del acusado Marco Antonio no necesita apoyarse en ese relato de la fundamentación jurídica, en el que se incluyen insultos, lanzamiento de objetos, empujones y una aglomeración que impedía el libre tránsito hacia el edificio. Lo prohíbe la jurisprudencia de esta Sala, que no permite integrar

el factum con frases no incluidas en el juicio histórico. Pero es que esa integración resulta absolutamente innecesaria. En efecto, la ofensa al bien jurídico y el entorpecimiento intimidatorio de las labores parlamentarias de los representantes ciudadanos, no precisa de otros añadidos ajenos al factum. Se ha hecho ya patente en el lema de la convocatoria, que llama a parar la actividad parlamentaria; en la concentración multitudinaria que se produce en el Parc de la Ciutadella, que hubo de ser disuelta repetidamente para abrir una puerta de acceso al recinto parlamentario y, en fin, en la presencia de más de 600 personas en el momento en el que la Diputada se dirige hacia el lugar de ejercicio de sus derechos como representante ciudadana. Es en ese momento en el que, mientras dialoga con una de las manifestantes que le relata su situación personal cuando Marco Antonio ejecuta su particular aportación al lema de la convocatoria.

b) También consideramos que Edemiro es autor del delito previsto en el art. 498 del CP. El escenario intimidatorio y coactivo en el que el acusado desplegó la acción típica está descrito con claridad en el apartado 7 del juicio histórico: «...—los diputados D. Iván, de Convergencia i Unió, y Luis Pablo, de Solidaritat Catalana, también se vieron incapaces de entrar por la puerta 7 del parque. Unas cien personas les impidieron el paso, les increparon y derramaron sobre sus ropas líquidos. Ambos decidieron explorar otra vía, momento en que alguien arrebató al Sr. Iván un bolso de mano; los diputados se separaron, siguiendo caminos distintos (al Sr. Luis Pablo le quitaron unos papeles que llevaba en las manos, así como un paquete de tabaco y un mechero, que guardaba en el bolsillo). Desde ese momento fueron seguidos por manifestantes, que chillaban consignas contra los representantes políticos, hasta que fueron atendidos por agentes de policía que los trasladaron en coche a la sede del Parlament».

Como puede apreciarse, dos de los Diputados que intentaban acceder al recinto por la única vía expedita, sufren el acoso de un centenar de personas, que les impide el paso, que les increpa y que derrama sobre sus ropas algún líquido. Alguno de los manifestantes, que persigue a los re-

presentantes electos de la ciudadanía, aprovecha para sustraer distintos objetos que portaban. Y sólo cuando los agentes de policía acuden en su auxilio y les proporcionan un vehículo, los Diputados pueden ser trasladados a la sede del órgano legislativo.

Pues bien, es en ese entorno tumultuario en el que Edemiro «... se interpuso con los brazos en cruz ante los parlamentarios (...) y siguió al diputado autonómico Sr. Luis Pablo con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión». La Audiencia considera atípica esta conducta. Sin embargo, esta Sala estima que interponerse en el camino de dos Diputados que sólo pretendían acceder al órgano en el que habían de desplegar su función representativa, y hacerlo con los brazos en cruz, supone ejecutar un acto intimidatorio, que no es otra cosa que la materialización de las consignas difundidas por los convocantes de la manifestación. Artemio hace realidad su propósito de paralizar el Parlament e impedir la aprobación de las medidas de recorte. Y lo hace como puede, aprovechando el escenario que le brinda la actuación concertada de cien personas que se han propuesto entorpecer las tareas legislativas. Sólo así puede encontrar sentido el contumaz seguimiento que, respecto de uno de los Diputados, protagonizó el acusado mientras gritaba las consignas de la manifestación: «... siguió al diputado autonómico Sr. Luis Pablo con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión».

En el desarrollo de esta secuencia, también ha de ser proclamada la autoría de Estela. En esa situación de acorralamiento que están padeciendo los dos Diputados, en el momento en que están sufriendo el hostigamiento de unas cien personas, algunas de las cuales —no identificadas— les escupen, increpan y derraman sobre sus ropas líquidos, la acusada persiguió al Diputado Luis Pablo «... con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación».

Así descrita la acción imputada, la Sala no puede ver en ese seguimiento con los brazos en alto, al tiempo que se gritan las consignas de la manifestación, un simple alarde gestual por parte de Estela. La acusada sabe, porque forma parte

del grupo de los cien manifestantes a los que se refiere el hecho probado, que está acosando a un representante ciudadano democráticamente elegido para desempeñar sus tareas en el órgano legislativo. Conoce que mientras el Diputado está intentando acceder por la única vía que ha sido habilitada, ella le persigue y corea la consigna que da sentido a la acción ejecutada: «*Aturem el Parlament, no dexiàrem que aprovin retallades (paremosel Parlament, no permitiremos que aprueben recortes)*». En suma, ejecuta su particular aportación al acto colectivo de obstaculización de las tareas parlamentarias.

En definitiva, los acusados Edemiro y Estela contribuyeron con su acción a reforzar la violencia e intimidación sufrida por los Diputados autonómicos Iván y Luis Pablo, impidiéndoles el normal desarrollo de sus respectivas funciones representativas. Han de ser declarados autores del delito previsto en el art. 498 del CP.

c) Sobre la eficacia de la acción intimidatoria desplegada por algunos de los acusados y la finalidad de entorpecimiento de las tareas legislativas, habla por sí solo el apartado 8 del relato de hechos probados. En él puede leerse lo siguiente: «... los diputados de Ciu D. Raimundo y D. Baltasar caminaban hacia el Parlament cuando varios manifestantes se confrontaron con ellos. D. Leopoldo pedía que no les dejaran pasar, para que no votaran, al tiempo que desplegaba una pancarta para exhibir una leyenda; otros manifestantes le contestaron que solo había que hablar con los parlamentarios. Los señores Raimundo y Baltasar evitaron al grupo y se retiraron con sus acompañantes, un conductor y una secretaria. Posteriormente, tuvieron un altercado con otros manifestantes, que les rodearon en la puerta de un garaje, y decidieron buscar la protección de agentes de policía. Llegaron al Parlament en un helicóptero, hacia las 10.20 h».

El acusado Leopoldo sabe que está acosando a dos Diputados, en unión de otras personas que no han sido identificadas. Y pide expresamente que se les impida el paso. No lo hacía con cualquier finalidad ajena al lema de la convocatoria, sino «... para que no votaran». Para rubricar la motivación de sus actos, exhibe una pancarta.

Los dos Diputados, después de un altercado con otras personas no identificadas, piden amparo a los agentes de policía. Sólo el traslado en helicóptero hizo posible que ambos representantes pudieran llegar al Parlament.

El juicio de subsunción se manifiesta con absoluta nitidez. El acusado se vale de la atmósfera de coacción ejercida por otras cien personas, cuya identidad no ha quedado acreditada, y pide a otros manifestantes que obstaculicen el paso de los Diputados Raimundo y Baltasar para que, por su obligada ausencia, no puedan votar. El desenlace no es otro que la necesidad de sobrevolar en un helicóptero los obstáculos creados por los manifestantes.

Los hechos imputados a Leopoldo, por tanto, son encajables en el art. 498 del CP.

d) Con la misma finalidad que los acusados a los que nos hemos referido en los apartados anteriores, el acusado Eugenio empeñó sus esfuerzos en que el Diputado Romualdo no accediera al Parlament. Y lo hizo con el apoyo de un grupo de manifestantes que determinaron al Diputado a pedir ayuda policial. Así se expresa en el juicio histórico: «... el diputado del Psc D. Romualdo se vio obligado a atravesar entre un grupo nutrido de manifestantes, que con las manos abiertas y los brazos en alto trataban de que no llegara al Parlament. Fue ayudado por dos mossos d'esquadra que le escoltaron hasta el cordón policial. Entre las personas que le rodeaban y coreaban los lemas de la manifestación se hallaba D. Eugenio, siempre a su espalda».

En ese fragmento se condensan los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo previsto en el art. 498 del CP. El acusado Eugenio quiere impedir que el Diputado Romualdo acceda al Parlament. Para ello, en unión de otras personas («un grupo nutrido de manifestantes»), rodeó al representante político, al tiempo que, con las manos abiertas y los brazos en alto, coreaba el lema de la manifestación que —como venimos insistiendo y describe el hecho probado—, buscaba paralizar la actividad parlamentaria que tenía por objeto aprobar medidas presupuestarias restrictivas del gasto público.

El acusado, por tanto, fue autor del delito previsto en el art. 498 del CP.

e) El último de los apartados del *factum* ofrece los elementos que hacen posible el juicio de tipicidad. El Diputado Julián se encamina hacia el Parlament por la única vía practicable. En ese momento se topa con un grupo de manifestantes. Éstos le expresan su desacuerdo con las políticas de austeridad y le anuncian «... *que nos les representaba*». La superación del obstáculo representado por los manifestantes sólo es posible como consecuencia de la actuación policial que escolta al Diputado. No es consecuencia de la decisión de los manifestantes, una vez agotado su discurso de deslegitimación. Son los antidisturbios los que hacen posible el acceso del representante ciudadano al recinto del Parlament. Así se explica en el relato de hechos probados: «... *El diputado D. Julián, de Ciu, se encontró con un grupo de manifestantes cuando se dirigía al Parlament, quienes le recriminaron las políticas de recortes de gasto público y le dijeron que no les representaba. Entre los que protestaban estaban D^a. Rosario, D. Tomás y D. Jose Luis. Agentes de policía acompañaron al diputado para que superara a los manifestantes. No consta que fuera agredido, ni empujado*».

Esa labor entorpecedora del libre tránsito del Diputado que se dirige al Parlament a ejercer su funciones representativas, carece de relevancia penal para la Audiencia. Buena parte de la explicación justificadora se vierte en el apartado 1.2.10 de la sentencia recurrida. Allí puede leerse: «... *en el anexo fotográfico de dicho bloque se ve a las personas 21, 42 y 43: se limitan a confrontarse oralmente con el parlamentario. Se interponen en su camino, es cierto, y le obligan a escucharles. El diputado aguanta la lluvia de críticas, con paciencia, hasta que aparecen los agentes antidisturbios. Frente a decenas de manifestantes, cinco policías son fuerza suficiente no solo para contenerlos, también para apartarlos con un mínimo esfuerzo, lo que aquellos consienten sin responder*».

Sin embargo, con el exclusivo apoyo del juicio histórico, concluimos que Rosario, Tomás y Jose Luis, manifestantes concertados con un lema que

filtraba todos sus actos y que llamaba a paralizar las actividades parlamentarias encaminadas a la aprobación de determinadas medidas presupuestarias, impidieron de forma coactiva al Diputado Julián el libre tránsito hacia el órgano depositario de la representación del pueblo catalán. Y sólo la intervención de un grupo de agentes de policía, que acompañó al Diputado, permitió a éste superar a los manifestantes.

El hecho de que no fuera agredido ni empujado —dato que subraya el juicio histórico— no relativiza el alcance penal de la conducta de los acusados. El delito por el que se formuló acusación no protege la integridad física de los componentes del órgano parlamentario, sino el normal funcionamiento de éste, como expresión de los principios sobre los que se asienta el funcionamiento del sistema democrático.

Los hechos declarados probados, por tanto, son constitutivos del delito previsto en el art. 498 del CP.

6.- El Ministerio Fiscal entiende que la sentencia recurrida, además, incurre en un error de subsunción derivado de la inaplicación del delito de atentado previsto en los arts. 550 y 551.2 del CP. En el primero se castiga a «*los que acometan a la autoridad (...) o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas*». Y en el segundo, se agrava la pena en aquellos casos en que «... *la autoridad contra la que se atentare fuera miembro (...) de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas*».

En el desarrollo de su impugnación, se precisa por el Fiscal que, si bien la resolución cuestionada declara en muchos de los casos que los autores no llegaron a empujar ni agredir a los Diputados, sí existió un ataque de carácter personal, al menos, en los casos que centran la atención argumental del motivo. Se alega que «... *la actitud de ataque de los acusados ha de calificarse de grave, independientemente del resultado producido, pues hubo acometimientos físicos, aunque no se declaren probados los empujones, ni agarrones, ni sustracción de efectos, pero sí la limitación de la*

libertad ambulatoria. Pero es preciso también hacer referencia al contexto en el cual se producen estos hechos: no es lo mismo la actitud singular de un sujeto que se confronta con una autoridad en un entorno sereno, que en un acto masivo, de confrontación brutal con Autoridades (personas) que caminan por la calle solas entre insultos, escupitajos, empujones o golpes; en algún caso tratándose de una Autoridad (persona) invidente, que va con su perro guía y que soporta esa violencia con unas capacidades diferentes para ello. Todo ello no puede calificarse de resistencia no grave y tampoco, es obvio, de una simple falta de respeto. Se produjo una acción de ataque, una acción agresiva, hacia los diputados autonómicos y con una clara vulneración del principio de autoridad que encarnaban y con la finalidad de impedirles ejercer libremente sus funciones».

Los delitos por los que se formuló acusación —a juicio del Fiscal— estarían en una relación de concurso medial del art. 77 del CP. El ataque a los Diputados, el atentado, no era sino un medio para cometer el delito previsto en el art. 498 del CP.

La Sala no puede compartir el criterio del Fiscal. Por una parte, por cuanto que los art. 498 y 552.2 del CP comparten espacios de tipicidad que acercan la relación entre ambos preceptos a la que sería propia, no del concurso medial de delitos del art. 77 del CP, sino de la que define el concurso de normas. Y pese a la menor gravedad de las penas asociadas al art. 498 del CP, este precepto sería ley especial frente a la ley general representada por el art. 551.2 del CP. Afirmada la relación de concurso de normas, éste habría de resolverse con arreglo al principio fijado en el art. 8.1 del CP, con arreglo al cual, «*el precepto especial se aplicará con preferencia al general*». Pero incluso de aceptar la tesis del Fiscal que ve un concurso de delitos —medial— entre los arts. 498 y 551.2 del CP, la aceptación del hecho probado como presupuesto metodológico para el éxito de la vía casacional que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, nos lleva a descartar la existencia de actos típicos de acometimiento o resistencia graves. La integridad del *factum*, a la que nos obliga la desestimación del tercero de los moti-

vos formalizados, no permite enriquecer aquél con añadidos que no han sido expresamente proclamados en la instancia. Además, la fuerza, la intimidación y el acometimiento que se describen respecto de algunos de los acusados, fueron los indispensables para entorpecer el libre tránsito de los Diputados hasta la sede del órgano legislativo. De ahí que la hipotética sustantividad típica de esos hechos nunca llegaría a colmar las exigencias del art. 550 del CP. Se trata del empleo del medio ejecutivo indispensable para lograr el objetivo que animaba la convocatoria, a saber, la paralización de las actividades parlamentarias que deberían haber llevado, en los términos inicialmente previstos, a la aprobación de medidas presupuestarias restrictivas del gasto público.

7.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO:

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por el **MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia 31/2014, de fecha 7 de julio de 2014, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en causa seguida por los delitos de atentado, delito contra las instituciones del Estado y una falta de daños, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Perfecto Andrés Ibáñez.

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Vista: 18/02/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA:**Voto Segunda Sentencia:****FECHA:17/03/2015****Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia n.º 161/2015, de 17 de marzo, que resuelve el recurso de casación n.º 1828/2014**

Mi discrepancia de la mayoría versa, primero, sobre la forma en que interpreta las consideraciones del tribunal de instancia expresivas de su punto de vista acerca del modo de operar con los principios constitucionales e intereses en presencia y implicados en el caso de que se trata. Esto porque no me parece que allí se persiga alterar su rango y jerarquía, sino tan solo introducir un temperamento, no caprichoso, sino, precisamente, derivado de la actual situación y desarrollo de las vicisitudes de la política y del papel de las instituciones representativas en países como el nuestro, *que —por lo que diré— no pueden dejarse de lado, habida cuenta de la naturaleza de los hechos y de la conflictiva realidad social en la que se inscriben.*

Esta última, en este momento, y sobran los indicadores al respecto, tiene tintes especialmente dramáticos para millones de personas, muy duramente golpeadas en sus derechos básicos, los sociales: es decir, aquellos que —es ya un tópico del mejor constitucionalismo— son, además, un *prius, sine quo non*, del pleno disfrute de los derechos políticos y de participación. Es también una evidencia que no precisa especial demostración, que esto ocurre en virtud de medidas que, en cuanto tales, no han formado parte de los programas de gobierno expuestos al voto de la ciudadanía. De donde se sigue como una obviedad, que los integrantes de esas extensas franjas de población tienen motivos reales para no sentirse partícipes efectivos de las decisiones que, no solo les afectan en lo inmediato en su calidad de vida, sino que, además, están modificando en términos quizá irreversibles, sus posibilidades futuras de acceso a bienes elementales y, con ello, también su estatus de ciudadanos con derechos. Como se dice en la resolución impugnada, se da asimismo la circunstancia, nada banal, de que

tales sectores de población en situación de extrema vulnerabilidad, que sufren el aludido déficit material de representación, carecen, no diré del todo, pero sí en un grado significativo, de otra posibilidad de hacer trascender sus demandas y su explicable malestar, que no sea el recurso al derecho constitucional de manifestación en la calle.

Los sumariamente aludidos son datos que connotan de manera intensa «la realidad social del tiempo» actualmente en curso, es decir, la nuestra, y que el art. 3,1º del Código Civil impone, literalmente, tomar en consideración, en el plano interpretativo. Pues bien, tal es lo que creo ha hecho la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dotando de la máxima transparencia a la *ratio decidendi* de su resolución, (que ciertamente comparto, por lo que expondré enseguida).

Y lo ha hecho —en contra de lo que insidiosamente se ha sugerido en algún caso—, no para decir que dejen de perseguirse conductas inequívocamente previstas como tales en el Código Penal. Tampoco para dar alas a formas de protesta sin cabida en el marco constitucional. Y menos aún con desconocimiento —¡qué disparate!— del imprescindible y fundamental papel de las instancias representativas, sino para dejar constancia, con ejemplar honestidad intelectual, de elementos del contexto social que deben entrar en el acervo de referencias del intérprete, al valorar la posible aplicación de los arts. 498, 550 y 551 Cpenal. Por cierto, con la importantísima particularidad de que, según haré ver, estos, aun leídos al margen de las circunstancias a las que acaba de aludirse, tampoco permiten, a mi juicio, sancionar como criminales las conductas que ahora lo han sido en la sentencia de la que discrepo.

Las acusaciones coinciden en señalar que, según los hechos probados de la resolución impugnada, el marco general en el que se produjeron las acciones individuales de las que allí se habla, fue de violencia y de intimidación o al menos gravemente coactivo, con lo que —respondiendo a la convocatoria «Aturem el Parlament no deixarem que aprovin retallades» / «Paremos el Parlamen-

to no permitiremos que aprueben recortes») — se pretendía impedir al órgano legislativo autonómico ejercer su función esencial: debatir y, en su caso, aprobar alguna ley. Afirman que los acusados se encontraban en la manifestación y, aunque se diga que ellos no empujaron, escupieron o arrojaron cosas a los parlamentarios, sí participaban en la misma asumiendo su finalidad, exteriorizando conductas que afectaron a estos, al impedirles acudir a su sede y desarrollar su cometido con normalidad. Que es por lo que han de considerarse constitutivas de delito.

Los actos a los que haré mención, se produjeron, es cierto, en el ámbito de una concentración-manifestación de cientos de personas, organizada en Barcelona, ante la sede del Parlament, con el fin de «pararlo», de «no permitir la aprobación de los recortes» en derechos sociales.

De los acusados a los que ahora se condena, consta que figuraban entre los manifestantes y en la sentencia se les atribuyen estas acciones:

- Edemiro se *interpuso con los brazos en cruz* ante Iván y Luis Pablo y *siguió a este último gritando las consignas de la reunión*.

- Estela siguió en algún momento a Luis Pablo con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación.

- Leopoldo, *al tiempo que desplegaba una pancarta para exhibir una leyenda, pedía que no dejaran pasar a dos parlamentarios*, dirigiéndose a varios manifestantes.

- Eugenio fue una de las personas que *rodeaban a otro parlamentario, coreando lemas*.

- Rosario, Tomás y Jose Luis *recriminaron* las políticas de recortes de gasto y *dijeron a un parlamentario que no los representaba*.

- Marco Antonio, *pintó con un spray, ensuciándose*, la espalda de la chaqueta y el bolso de la diputada Salome, aproximándose a ella por detrás, mientras caminaba.

El lema de la manifestación es el transcrito. Las acusaciones y la mayoría de esta sala consideran que, en él, el verbo «aturar/parar» cuenta aquí con un solo significado: constreñir al Parlamento catalán a la inacción. Pero el término carece de la univocidad que se atribuye. Esto es algo que se comprueba tanto acudiendo al Diccionario (me-

yor si de español usual), como situando el vocablo en el contexto de los hechos de esta causa. Para lo primero basta la simple consulta. Lo segundo lo acredita el dato probado de que, mientras el grupo minoritario de manifestantes, formado por los desconocidos autores de actos efectivamente violentos y sin duda criminales, interpretó aquella consigna en un sentido, el resto lo hizo de un modo sensiblemente diverso. En efecto, pues la inmensa mayoría se mantuvo en la zona o se desplazó por ella sin llegar a relacionarse directamente con los diputados; y el reducido grupo de los ahora condenados realizó acciones que no son de las expresamente previstas en los preceptos citados.

Ninguno de los autores del primer tipo de actos resultó identificado. Los de las dos clases restantes tienen en común la circunstancia de haber expresado una forma de disenso y de oposición activa frente a la política coloquialmente conocida como de recortes, escenificada, sobre todo, mediante la presencia masiva ante la sede parlamentaria, descrita en los hechos. En el caso del mayor número de los concentrados su actuación se redujo a eso solo, pues no tomaron ninguna forma contacto personal con los parlamentarios. Y está el grupo de los que, en una cierta proximidad, desarrollaron los comportamientos consistentes en: seguirlos o rodearlos mientras se coreaban consignas; interpelarlos, entablando un diálogo; desplegar una pancarta; pedir a un grupo de personas que no dejaran pasar a dos de aquellos, o manchar subrepticamente unas prendas.

Pues bien, no pretendo privar de significación, y *menos aún disculpar* las acciones contempladas. En modo alguno. Aquí se trata *exclusivamente* de determinar *si son o no aptas para integrar el delito* contra las altas instituciones del Estado, del art. 498 Cpenal, o, en hipótesis de las acusaciones, el de atentado, de los arts. 550 y 551 Cpenal.

El primero de estos preceptos sanciona el *empleo* de «fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave» dirigidos a «impedir» a un parlamentario «asistir a sus reuniones», o a «coartar la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de

su voto». Se configura así un tipo delictivo generalmente caracterizado como de peligro abstracto. Por tanto, aplicable ya solo con que se dé *el empleo* —de alguna de aquellas— *para el fin* contemplado, con independencia del resultado, en el primer supuesto; o cuando las formas de comportamiento previstas fueran aptas para ocasionar *una perturbación del estado de ánimo del sujeto*, que pudiese incidir en el sentido del voto. Las acciones descritas en el art. 489 Cpenal tienen una doble proyección y, consiguientemente, un carácter pluriofensivo, por afectar, primero y necesariamente, a alguna de las personas investidas de la función parlamentaria y, de este modo, a la función misma. Por eso, debe darse la primera circunstancia para que la segunda adquiera relevancia penal a los efectos del precepto.

Así, lo requerido es que *exista* «fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave», aplicada, además, directa y materialmente sobre un sujeto o sujetos concretos investidos de aquella calidad. Donde hacer a alguien objeto de «fuerza» es presionarle físicamente para constreñirle a obrar o impedir que lo haga en un sentido, contra su voluntad («a la fuerza ahorcan» es un dicho popular con el que suele ejemplificarse ese uso de la misma). El término «violencia» denota una agresión física, que en la copiosa jurisprudencia al respecto, se ilustra con otros como sujetar, golpear, agarrar, arrastrar... «Intimidación» es la acción de intimidar, que es inducir temor, de una intensidad tal que lo haga apto para modificar de manera sensible el comportamiento del afectado, que, de otro modo, sería distinto. «Amenazar» es anunciar a alguien que se le va a inferir de modo inmediato un mal, en este caso «grave», es decir, importante, normalmente para conseguir de él que obre de una manera a la que, en otro caso, no estaría dispuesto.

A tenor de las precedentes consideraciones, aun cuando el delito pueda entenderse como de peligro abstracto para el normal desarrollo de la función parlamentaria, la aplicación del precepto estaría requiriendo siempre la *personal* puesta en acción por alguien de tales *concretos* actos de «fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave» *sobre alguno* de los titulares aquella. Y esto,

tanto para *impedirles* la asistencia a su sede institucional, como para *coartar* la libre emisión de sus opiniones o de su voto.

Situados en este plano, no cabe afirmar que las acciones descritas (seguir, interpelar, corear consignas, etc., o manchar la ropa), que acaban de relacionarse, y que la sala de instancia consideró impunes a la luz del art. 498 Cpenal, respondan a las exigencias típicas de ese precepto. Ni siquiera por el hecho de haber tenido lugar en el marco y el ambiente de referencia: un dato de contexto que no pudo *transformarlas* al margen de la voluntad de sus autores, hasta el punto de alterar de manera esencial su naturaleza, inscribiendo en ellas rasgos y un marchamo de violencias o intimidantes que *en sí mismas no tenían*. Y tampoco en atención al dato —subrayado con particular énfasis por el Fiscal— de que dentro de ese ámbito espacio-temporal «hubo acometimientos físicos». En efecto, pues ya el uso mismo de esta forma verbal impersonal (*hubo*), ilustra sobre la imposibilidad de ponerlos, de forma personalizada, a cargo de cualquiera de los acusados.

Una de las defensas, hace notar oportunamente que, en el Código Penal de la dictadura franquista, el art. 157,4º contenía un precepto similar al ahora considerado, pero dice bien que el mismo texto legal, en el artículo siguiente, preveía una forma atenuada de respuesta para las acciones inculadas, cuando no fuesen de carácter grave. Posibilidad que, en cambio, el legislador democrático, comprensiblemente más flexible, ha descartado. Lo que quiere decir que los actos de esta última clase no son susceptibles de encaje en el actual art. 498 Cpenal, cuya aplicación reclama conductas de un superior estándar de *gravedad*. Con la consecuencia de que lo querido por el legislador de 1995 no puede dejar de serlo igualmente por el juez-intérprete de 2015. *Máxime a tenor de las circunstancias del contexto de aplicación antes evocadas, que es aquí donde —según creo— deben jugar el papel ya señalado como pautas orientadoras de la interpretación de la ley penal.*

Tampoco serían aplicables a las acciones de que aquí se trata, los preceptos definidores del atentado (arts. 550 y 551 Cpenal), por la elemental

razón de que ninguno de los ahora condenados ejecutó actos de «acometimiento», «empleo de fuerza» o «intimidación grave». Que no se dio el primero (que en la jurisprudencia equivale a «embestida o arrojamiento con ímpetu sobre una persona»), no requiere particular ilustración; y de la ausencia de los segundos ya se ha dicho.

De todo lo expuesto resulta con la claridad necesaria que en ninguno de los supuestos descritos concurrió el elemento objetivo del tipo inherente a cualquiera de los preceptos considerados. Y del contenido de los hechos probados y su descripción de las acciones de los acusados absueltos en la instancia, se sigue la ausencia también del elemento subjetivo, pues la naturaleza de las acciones imputadas denota la falta de un propósito de *forzar, violentar, intimidar o amenazar gravemente*, y no se diga *acometer*. Elemento que tampoco cabe identificar en la acción —desde luego reprobable— consistente en manchar subrepticamente la ropa de una diputada.

El hecho de haber participado en la concentración-manifestación no tiene en sí mismo carácter típico, por falta de encaje en el campo semántico de cualquiera de los verbos utilizados por el legislador. Por otra parte, la circunstancia de que un grupo de los que se manifestaron lo hubiera hecho de forma violenta, incidiendo de este modo (de manera directa e inequívocamente criminal) sobre alguno de los parlamentarios, no puede convertir en violentos comportamientos que *objetivamente* no lo fueron, cuyos responsables carecieron *subjetivamente* del propósito de obrar de ese modo, y *prácticamente* realizaron acciones ayunas por completo de tal connotación. Por eso, desplazar sobre ellos la responsabilidad de unas conductas que no cabe atribuirles como *su- yas propias*, es algo que está reñido con el principio de culpabilidad.

Es cierto que el día de referencia, cuando menos durante algunas horas, se produjo una alteración de la dinámica de la cámara autonómica prevista para esa fecha, pero, estando, como es debido a lo que resulta de los hechos probados, no cabe afirmar que tal hubiera sido el efecto de acciones concretas y concretamente identificadas de las descritas en los arts. 498, 550 y 551 Cpenal, *atri-*

buibles a los ahora condenados. Por el contrario, fue el resultado objetivo de la interacción práctica de los distintos tipos de acciones aludidas: unas, multitudinarias, en sí mismas penalmente indiferentes; otras ciertamente criminales, pero de autores desconocidos; y otras, en fin, imputables sí a personas determinadas, pero que, como he explicado, carecen de aptitud para ser tenidas como típicas a tenor de aquellos preceptos. Es por lo que considero que la sentencia de instancia debería haberse mantenido en sus mismos términos.

Ya, en fin, una última consideración. El Fiscal, discurrendo de un modo francamente inusual en mi pluridecenal experiencia de juez, al inicio de su intervención en la vista del recurso, trató de descalificar *a limine* la sentencia de instancia por «cargada —dijo— de ideología». Y una de las defensas contraargumentó al respecto señalando algo que me parece importante: la diversidad esencial de valoración de los hechos (excluidos los de naturaleza inequívocamente criminal, imputables a desconocidos) por parte de los diputados-testigos, según la colocación de su partido de pertenencia en el espectro político; sugiriendo que el juicio de aquel expresaba asimismo una de posición de esa índole.

Esta sala, de un modo unánime, ha rechazado los tres primeros motivos del recurso de la acusación pública, por ser clarísimamente inviables a tenor de consideraciones que son exquisitamente de derecho; y, además, las mismas que el propio ministerio público mantiene regularmente en sus informes frente a impugnaciones del género. Siendo así, y dado que los motivos desestimados lucían una amplísima *fundamentación* en el informe escrito, ya que esta, en rigor, no puede ser considerada propiamente jurídica, resulta legítimo preguntarse, si bajo esa aparente cobertura, no sería acaso ideológica. Pues bien, tal es, dicho con toda sinceridad, mi punto de vista; que prolongaré, para concluir, en esta última afirmación: el objeto de esta causa tiene connotaciones políticas tan intensas, que difícilmente podría darse una aproximación de derecho que no comporte o traduzca también una previa toma de posición del intérprete en ese otro plano.

Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de

su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

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

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

MARÍA ARÁNZAZU GARCÍA SELLENS

Investigadora, Departamento de Derecho internacional «Adolfo Miaja de la Muela»
Universitat de València

(Tol 4740317)

Cabecera: Asilo. Constituir un peligro para la seguridad nacional no es causa de inadmisión sino de denegación de la solicitud de asilo, por lo que, si se aprecia que no concurre ese motivo de denegación aducido en la resolución. No procede retrotraer el procedimiento para que la administración examine la solicitud, sino que el órgano jurisdiccional debe resolver en cuanto al fondo. Ha lugar al recurso de casación y estimación del recurso contencioso-administrativo

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: Eduardo Calvo Rojas

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 23/02/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Tercera

Número Recurso: 2944/2014

COMENTARIO: ASILO POLÍTICO Y PELIGRO PARA LA SEGURIDAD NACIONAL

I. BASES FÁCTICAS DE LA DECISIÓN

El caso planteado en la resolución cuyo análisis aquí abordamos viene vinculado a una solicitud de asilo político¹. El solicitante, D. Alexandr Pavlov, es natural de Kazajistán y fundamenta su solicitud en la persecución política que sufre por parte de quienes ejercen el poder ejecutivo en su país. Los hechos se remontan a 1994, cuando el Sr. Pavlov trabajó, hasta 2005 (con una interrupción de tres años), de escolta y guardaespaldas del político kazajo D. Muktar Ablyazov, así como de jefe de seguridad del banco (Banco BTA) del

¹ Como indica la doctrina, en puridad teórica, hay que partir de que hay derecho a solicitar el asilo, no derecho al asilo en sí. *Vid.*, Yañez Velasco, R.: *Refugio y asilo político. Conceptos y problemas jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 37. Pese a que compartamos este razonamiento, al referirnos al derecho de/al asilo lo haremos por economía literaria.

que el Sr. Ablyazov era propietario en Kazajistán. El Sr. Ablyazov es político opositor al régimen del actual gobierno, presidido por el Sr. Nazarbayev. En 2002 se le condena, en Kazajistán, por abuso de poder, pero en 2003 queda en libertad debido a presiones internacionales. El Sr. Ablyazov entonces se traslada a Rusia, pero regresa posteriormente a Kazajistán como presidente del Banco BTA. Acusa entonces al presidente del país, el Sr. Nazarbayev, de haberse apropiado de la mitad del banco. En 2009 el banco le es expropiado al Sr. Ablyazov y declarado en quiebra, atribuyéndose la misma al Sr. Ablyazov y embargando todos sus bienes. Huye a Reino Unido y en 2011 consigue la condición de refugiado en ese país.

Mientras, en mayo de 2009, el Sr. Pavlov es citado por las fuerzas de seguridad de Kazajistán y sufre presiones para que declare contra el Sr. Ablyazov. Ante su negativa, recibe la amenaza de que va a ser objeto de acusaciones falsas, motivo que le lleva a contactar al Sr. Ablyazov y fijar su residencia en Reino Unido a partir de 2009. Cuando terminó su visado inglés, se trasladó a Letonia, donde residió por seis meses y, posteriormente, viajó a Francia y después a España, haciendo uso de un pasaporte moldavo falso. La policía española lo detiene en cumplimiento de una orden de busca y captura internacional.

En efecto, en abril de 2010 se decreta la busca y captura del Sr. Pavlov, basada en un delito de fraude bancario. En 2012, además, se le acusa un delito de terrorismo en grado de tentativa. Asegura que las acusaciones vertidas contra él son falsas y los procesos en los que se halla involucrado no garantizan los principios y garantías procesales debidas. Además, añade que tanto él como su familia han recibido amenazas y presiones para forzar su vuelta a Kazajistán y testificar contra el Sr. Ablyazov.

La sentencia a comentar ha sido dictada por el Tribunal Supremo², que conoce del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014³. A su vez, dicha sentencia de la Audiencia Nacional conoció del recurso de apelación contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha de 11 de junio de 2013, del Subdirector General de Asilo, que denegaba la solicitud de asilo efectuada.

Aclarado el *iter* procedimental seguido en el presente asunto, iremos desgranando, por orden cronológico, lo dispuesto por cada una de las instancias a las que el solicitante de asilo tuvo que recurrir. Anticipamos ya

² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a, de 23 de febrero de 2015 (Tol 4742659).

³ (Tol 4519524).

que, afortunadamente, su periplo terminó con el justo reconocimiento del derecho de asilo que correspondía al solicitante.

1. Proceso ante la Subdirección General de Asilo del Ministerio del Interior

El Sr. Pavlov presentó petición de protección internacional aludiendo a los hechos que acabamos de describir. La resolución administrativa del Ministerio del Interior denegó la solicitud del Sr. Pavlov. Tras constatar la veracidad del puesto de trabajo que el Sr. Pavlov había aducido que ostentaba en Kazajistán desde 1994, esto es, jefe de seguridad y guardaespaldas del Sr. Ablyazov, lo califica como «hombre de confianza» del Sr. Ablyazov, a quien describe como «oligarca ruso». Continúa la resolución afirmando que el Sr. Pavlov, por la labor que desempeñaba, «probablemente habría de estar involucrado en la retirada y destrucción de documentos y datos del banco BTA». Corroboraba también la resolución que el Sr. Ablyazov está acusado de la quiebra de dicho banco.

Constatado esto, prosigue la resolución aludiendo al informe del Centro Nacional de Inteligencia (en adelante, CNI), según el cual, el Sr. Pavlov «podría» suponer un riesgo para la seguridad nacional. Con base en ello, la resolución se apoya en el art. 9.a) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁴ (en adelante, Ley de Asilo) para la denegación de asilo al interesado. Dicho precepto, como apunta la propia resolución administrativa, permite denegar el derecho de asilo por causa de peligro para la seguridad nacional, siempre y cuando concurren razones fundadas para dicho peligro.

La resolución administrativa, al apreciar la concurrencia de peligro para la seguridad nacional, tampoco concede al interesado la protección subsidiaria, amparándose en el art. 12 de la mencionada Ley, el cual se expresa en los mismos términos.

Asimismo, añade que no concurren los requisitos de los arts. 2, 3, 4 y 10 de la Ley de Asilo, ni tampoco los contenidos en el Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951⁵, para la concesión del derecho de asilo ni del derecho a la protección subsidiaria.

⁴ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

⁵ BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

2. Proceso ante la Audiencia Nacional

Vista la negativa de concesión de asilo por parte del Ministerio del Interior, el Sr. Pavlov interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Nacional, solicitando la concesión del derecho de asilo en España y, subsidiariamente, que se ordenara la retroacción del procedimiento para dar cumplimiento a las normas procedimentales infringidas. El Sr. Pavlov, para fundamentar su recurso, alegó infracciones procedimentales y de fondo de la infracción recurrida. Respecto a las primeras, se basó en los siguientes argumentos, a saber: 1) La falta de audiencia al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), preceptiva conforme el art. 35 de la Ley de Asilo, dado que la solicitud se tramitó por el procedimiento de urgencia. 2) La falta de audiencia al interesado, infringiendo el art. 25 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo⁶ (en adelante, Reglamento de Asilo). 3) La falta de incorporación al expediente del interesado de ciertas actuaciones por él informadas, vulnerándose, por ello, el art. 24.1 y 2 del citado Reglamento.

En cuanto a las infracciones respecto al fondo, alegó las siguientes: 1) La información contenida en el informe del CNI procede de fuentes poco fiables, y así se hace constar en el propio informe. 2) La falta de determinación del peligro concreto para la seguridad nacional que supone la presencia en España del Sr. Pavlov. 3) La incorrecta apreciación de la prueba aportada por el solicitante. 4) La incorrecta valoración de las circunstancias, las cuales dan lugar al reconocimiento de, al menos, la protección subsidiaria, conforme al art. 4 de la Ley de Asilo.

El Abogado del Estado, por su parte, señala que los defectos procedimentales son inexistentes y que se ha de desestimar el recurso o, subsidiariamente, que se retrotraiga el procedimiento, de modo que se reexamine la solicitud de reconocimiento del derecho de asilo.

La Audiencia Nacional, al resolver sobre el asunto indica que la falta de informe de ACNUR y de audiencia al interesado carecen de relevancia invalidante. Respecto a las cuestiones de fondo, la Sala declara que la causa alegada para la denegación de asilo, esto es, que el Sr. Pavlov constituya un peligro para la seguridad de España, no puede conducir a dicha denegación, sino a «una suerte de inadmisión de la solicitud». La

⁶ BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

Audiencia Nacional declara, pues, nula la resolución y ordena la remisión de lo actuado al Ministerio del Interior para que reexamine la solicitud. Dicho órgano judicial razona su decisión basándose en que la Administración se ha limitado a evaluar el informe del CNI, sin analizar los hechos y circunstancias alegados por el Sr. Pavlov ni la legislación y reglamentación de su país de origen (Kazajistán). Indica que la Administración debe pronunciarse, fundadamente, sobre la concurrencia de persecución o daños graves a los que pudiera verse expuesto el Sr. Pavlov, siendo que la propia Administración no ha aludido a dicha persecución. Tal silencio por parte de la Administración no se puede interpretar como positivo, en el sentido de que si no concurre causa de denegación del derecho de asilo, el mismo se reconozca automáticamente. Sin esa evaluación, continúa el órgano sentenciador, no se puede apreciar si al solicitante le corresponde el reconocimiento del derecho de asilo.

3. Motivos alegados en casación

Ya en fase de casación, el Sr. Pavlov aduce los siguientes motivos en su recurso, a saber:

1) En primer lugar, el recurrente alude a la incongruencia omisiva de la sentencia, al renunciar a su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, eludiendo pronunciarse sobre la pretensión del demandante de que se reconozca su derecho de asilo o protección subsidiaria. La sentencia trata la peligrosidad del solicitante como una causa de inadmisión de su solicitud y no como una causa de su denegación, esto es, como una valoración de la Administración sobre el fondo del asunto.

2) En segundo lugar, el solicitante incide en la injustificada negación de la Sala de pronunciarse sobre el fondo del asunto. El Sr. Pavlov aduce que tiene temores fundados de ser perseguido por las autoridades kazajas si es devuelto a su país, quienes le imputan delitos falsos y le juzgarán sin las debidas garantías procesales. Afirma que han quedado acreditados los actos de persecución y acoso por parte de tales autoridades y que su temor debe ser valorado desde la perspectiva del perseguidor. De esta suerte, debe tenerse en cuenta que las autoridades kazajas le tildan de «opositor» y, por ello, debe ser protegido.

3) En tercer lugar, señala que en todo caso resulta acreedor de la protección subsidiaria, a la vista de la situación política en Kazajistán, que resulta convulsa, como expresa el informe de Amnistía Internacional, de 11 de julio de 2013, titulado «Viejos hábitos: el uso rutinario de la tortura y otros malos

tratos en Kazajistán»⁷ y la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de abril de 2013, sobre la situación de los derechos humanos en Kazajistán⁸.

En su recurso de casación, el Sr. Pavlov solicita que se reconozca su condición de refugiado, otorgándosele el derecho de asilo o, subsidiariamente, la protección subsidiaria y, en cualquier caso, pide no ser devuelto a Kazajistán. En su defecto, solicita que se devuelvan las actuaciones a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ordenando que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto.

Tras darse traslado del escrito del Sr. Pavlov a la parte recurrida, el Abogado del Estado aduce que la resolución de la Audiencia Nacional debe considerarse ajustada a Derecho, en el sentido de que se ordene una nueva tramitación de la solicitud del derecho de asilo, sin que ello suponga el reconocimiento de tal derecho al recurrente. Así pues, solicita que se desestime el recurso de casación presentado por el Sr. Pavlov.

II. RESPUESTA JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPREMO A LA SITUACIÓN PLANTEADA

Con fecha de 17 de febrero de 2015, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, procede a deliberar y votar el recurso de casación presentado. El resultado obtenido es la casación de la sentencia recurrida. Los fundamentos de Derecho manifestados por el Tribunal son los desarrollados a continuación.

Respecto a la incongruencia omisiva alegada, se puntualiza que no siempre que un tribunal no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión litigiosa, la sentencia incurre en falta de motivación o incongruencia omisiva; ello puede ser debido a que el órgano juzgador emita otro pronunciamiento que excluya el de fondo. Sin embargo, tal no es el caso que ocurre en el presente asunto. En efecto, en el caso examinado no concurre justificación alguna para que la Sala no se pronunciara sobre la cuestión de fondo planteada, esto es, el reconocimiento del derecho de asilo. Así se afirma la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida⁹.

⁷ Disponible en inglés y ruso en la página web oficial de Amnistía Internacional: <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR57/001/2013/en/> (consultada por última vez el día 27 de marzo de 2015).

⁸ Resolución núm. 2013/2600(RSP). Disponible en la página web oficial del Parlamento Europeo: [#sdfootnote9anc» name=»sdfootnote9sym»>](#).

⁹ FJ tercero.

Prosigue el Alto Tribunal valorando el fondo del asunto, es decir, si concurre o no justificación para apreciar la concurrencia de peligro para la seguridad nacional, como causa denegatoria de asilo en España para el solicitante. Puntualiza que la postura adoptada al respecto por la sentencia recurrida carece de todo respaldo legal, al desprenderse, claramente, del art. 9.ª de la Ley de Asilo, que la circunstancia de concurrir un peligro para España tiene la naturaleza de causa denegatoria de asilo. Además, no se puede afirmar que la Administración no valoró las manifestaciones efectuadas en la solicitud de asilo, los informes y documentación aportada para concluir la denegación de asilo. Si bien la resolución administrativa no se detiene a desarrollar sus valoraciones sobre los datos obrantes en el expediente, sí se afirma su efectiva evaluación. Por tanto, la devolución de lo actuado a la Administración para que resuelva no está justificada en el presente asunto¹⁰.

El Tribunal Supremo entiende, consecuentemente, que dispone de todos los elementos necesarios para poder resolver sobre el fondo de la cuestión planteada. En primer lugar, parte de la congruencia y verosimilitud del relato del solicitante de asilo, encontrando, el mismo, respaldo suficiente en el material probatorio aportado. En segundo lugar, el Tribunal destaca que no se precisa una prueba plena del temor a padecer persecución para que este se considere fundado, siendo suficiente con la existencia de indicios razonables. En tercer lugar, se enfatiza el hecho de que tanto el Sr. Ablyazov como otras personas de su entorno hayan obtenido asilo político en diferentes Estados miembros de la Unión Europea. En cuarto lugar, la propia resolución administrativa considera al Sr. Pavlov como «hombre de confianza» del Sr. Ablyazov, lo que lleva a afirmar que ningún indicio existe para que la situación de persecución a uno y otro sea diferente. Por último, señala el Tribunal que las declaraciones prestadas por varios testigos, sobre la vulneración de los derechos humanos en Kazajistán y la persecución que podría padecer el Sr. Pavlov, no pueden ser desconocidas ni minusvaloradas¹¹.

Por todo ello, el Tribunal Supremo reconoce el derecho de asilo en España al Sr. Pavlov¹². Sin embargo, no procede a imponer las costas del proceso de instancia a ninguna de las partes litigantes, aludiendo a las dudas que suscitaba la disputa, tanto en la vertiente fáctica como jurídica¹³.

¹⁰ FJ cuarto.

¹¹ FJ quinto.

¹² FJ sexto.

¹³ FJ séptimo.

III. VALORACIÓN

El resultado alcanzado con el fallo del Tribunal, esto es, la concesión de asilo, nos merece una valoración positiva, dado el fundado temor del solicitante a sufrir una persecución en su país por motivos políticos. En efecto, el fundamento del derecho de asilo radica en la existencia de una situación de persecución individualizada (ya sea por motivos políticos —como en este caso—, étnicos, religiosos...). Cuando la persecución deja de ser individualizada y se dirige contra un grupo, el estatuto de protección a aplicar debe ser el del refugiado¹⁴.

En el caso analizado, la persecución está claramente individualizada en la persona del Sr. Pavlov, dada su relación cercana con un disidente político kazajo, el Sr. Abylazov. Más allá de las ideas políticas propias del Sr. Pavlov, las autoridades kazajas le consideran también opositor al régimen del gobierno, simplemente por su relación personal y profesional con el Sr. Abylazov, quien sí manifestó su discrepancia con el régimen. De ahí que, en el presente caso, la persecución se produzca por motivos políticos que podríamos calificar de indirectos —derivados de la estrecha relación del perseguido con una persona opositora al régimen político kazajo—. Aun así, la individualización de la persecución contra el Sr. Pavlov le hace merecer el derecho de asilo, pese a que esa persecución política sea indirecta.

En este caso, las autoridades kazajas piensan que el Sr. Pavlov es un opositor al régimen gubernamental, y ello es lo que fundamenta el reconocimiento de su derecho de asilo. Pese a que en España se adopta la valoración del temor fundado a ser perseguido desde la perspectiva del perseguido (criterio subjetivo) y no desde la perspectiva del perseguidor (criterio objetivo)¹⁵, en este caso consideramos que se dan ambos. El solicitante de asilo presenta pruebas de que las autoridades kazajas (perseguidoras) le imputan delitos falsos por su relación con el Sr. Abylazov, y esa imputación de delitos no cometidos, junto a la prueba del uso habitual de torturas y tratos humanos degradantes en Kazajstán, llevan a fundamentar el temor del Sr. Pavlov (perseguido) a ser perseguido en su país.

Respecto a la consideración, por parte de la Audiencia Nacional, de la existencia de peligro para la seguridad nacional como causa de inadmisión de la solicitud de asilo, celebramos que el Tribunal Supremo no haya com-

¹⁴ Véase el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de julio de 1994 (expediente núm. 1036/1994). También, Blanquer Criado, D.: *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, Civitas y Ministerio del Interior, Navalcarnero, 1997, p. 62.

¹⁵ Blanquer Criado, D.: *Asilo político... op. cit.*, p. 215. Yañez Velasco, R.: *Refugio y asilo... op. cit.*, p. 278.

partido esta postura y la haya corregido. Las causas de inadmisión de la solicitud de asilo se enumeran, en España, de forma cerrada y tasada¹⁶ en el art. 20 de la Ley de Asilo. De entre las causas consideradas de «*no admisión de solicitudes presentadas dentro del territorio español*» no aparece la del peligro para la seguridad nacional. Por el contrario, esta causa aparece enumerada de entre las «*causas de denegación*» del derecho de asilo, contenidas en el art. 9 de la misma Ley, que señala que el derecho de asilo se denegará a «*las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España*» y a «*las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad*». Es, pues, ésta, la naturaleza jurídica del peligro para la seguridad nacional, es decir, esta causa tiene una naturaleza denegatoria de la solicitud de asilo, y no de inadmisión de la misma.

Por último, queda criticar el pronunciamiento que realiza el Tribunal Supremo en relación a la condena en costas. La sentencia del Tribunal es loable en todos sus extremos salvo en este. En este punto, el Tribunal no efectúa pronunciamiento en costas del proceso de instancia debido a «*las dudas que suscitaba la controversia así en su vertiente fáctica como en la jurídica, siendo muestra de ello tanto la formulación de votos particulares a la decisión mayoritaria de la Sala de la Audiencia Nacional como el hecho mismo de que la sentencia dictada en casación haya corregido el criterio de la Sala de instancia*»¹⁷.

A nuestro modo de ver, la alusión a la formulación de votos particulares en la sentencia de la Audiencia Nacional y al hecho de que el Tribunal Supremo casara esa sentencia no son fundamento suficiente para afirmar la existencia de dudas fácticas y jurídicas en la controversia. Consideramos que el Tribunal resuelve la cuestión de las costas alegremente y de forma muy poco motivada. La errónea técnica jurídica de los juzgadores de la sentencia recurrida nada tiene que ver con el grado de claridad fáctica y jurídica que presentaba el caso. Consideramos, a la luz de las circunstancias del caso y las pruebas presentadas, que el temor de persecución política quedaba más que fundado. En este caso, la temeridad de los juzgadores de la Audiencia Nacional es manifiesta, habida cuenta de la consideración como causa de inadmisión a una causa de denegación (la cual es, recordemos, la concurrencia de peligro para la seguridad nacional). Se trata de un error

¹⁶ Véase el voto particular emitido en la sentencia de la Audiencia Nacional casada mediante la sentencia aquí comentada (*Tol 4519524*). También, Blanquer Criado, D.: *Asilo político...* op. cit., p. 179.

¹⁷ FJ séptimo.

jurídico cuya denuncia no puede convertirse en fundamento para afirmar la existencia de dudas fácticas y jurídicas.

En esta línea, la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo ya indicó que *«la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón»*¹⁸, además de que *«los derechos no se vean mermados por la necesidad de acudir a los Tribunales para su reconocimiento»*¹⁹. Además, la condena en costas guarda estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva²⁰. Precisamente, cuando se litiga frente a la Administración, el administrado (solicitante de asilo) se haya en una posición más débil en comparación con la Administración, la cual dispone de letrados permanentes²¹.

No podemos dejar de manifestar nuestra decepción en cuanto a la no imposición de costas en este caso, pese a que el Tribunal invocara el art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa²², cuya redacción no es demasiado clarificadora en este extremo: *«[e]n las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición»*, ya que no se pronuncia sobre las costas que debería asumir la Administración Pública. Lo más reprochable, insistimos, es que el propio Tribunal Supremo aludiera a la concurrencia de «dudas» en el caso a enjuiciar.

Sentencia de 23 de febrero de 2015

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Febrero de dos mil quince.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación número 2944/2014 interpuesto por

D. Gaspar, representado por la Procuradora D^a M^a Isabel Campillo García, contra la sentencia de la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014 (recurso contencioso-adminis-

¹⁸ Vid. ATS (Sala Tercera) de 29 de marzo de 1996 (FJ segundo) y la jurisprudencia allí citada. (Tol 3378844).

¹⁹ Vid. STS (Sala Primera) de 4 de julio de 1997 (FJ tercero) y la jurisprudencia allí citada. (Tol 214935).

²⁰ Domingo Zaballo, M.J.: «La condena en costas en el orden contencioso-administrativo», *Diario La Ley*, núm. 8452, 5 de enero de 2015, p. 1.

²¹ López-Medel Báscones, J.: «Las costas judiciales en el proceso contencioso-administrativo», *Diario La Ley*, núm. 7799, 16 de febrero de 2012, p. 3.

²² BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

trativo 405/2013). Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 405/2013) en cuya parte dispositiva se acuerda:

«FALLAMOS.- Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo formulado por la Procuradora, Dª. María Isabel Campillo García, en nombre y representación de DON Gaspar, natural de Kazajstán, contra la resolución del Ministerio del Interior P.D. (Orden Int 3162/2009, de 25 de noviembre), de fecha 11.06.2013, Subdirector General de Asilo de 05.07.2013, debemos declarar y declaramos que dicha resolución es nula al no ser conforme a Derecho, ordenándose la tramitación de la solicitud de protección internacional conforme a lo declarado en el Fundamento Jurídico Décimo Tercero de esta Sentencia; sin imposición de las costas».

SEGUNDO.- Los motivos que aducía el Sr. Gaspar como fundamento de su solicitud de asilo los deja reseñados el fundamento jurídico segundo de la referida sentencia, en los siguientes términos:

«(...) SEGUNDO: Motivos de la solicitud de asilo. El Sr. Gaspar fundamenta su petición de protección internacional en los siguientes hechos:

- Que era escolta y guardaespaldas de Mariano, actualmente refugiado en el Reino Unido, del año 1994 al de 2002 y del año 2005 al 2009, que además de político es propietario del Banco BTA que fue expropiado en el año 2009, y jefe de seguridad de dicho banco, siendo acusado el Sr. Mariano de fraude bancario.

- Que en el Reino Unido reciben amenazas de los servicios secretos de Kazajstán y que como sus autoridades no pueden actuar contra su jefe lo acusan a él de fraude bancario (año 2010) y de terrorismo (año 2012).

- Que su familia ha recibido amenazas y presiones para que él vuelva a Kazajstán y testifique

que Mariano estaba planeando atentar contra el presidente del país.

- Que cuando terminó su visado inglés se trasladó a Letonia, donde estuvo seis meses, posteriormente se traslada a Francia y después a España, donde viaja con pasaporte moldavo falso y es arrestado por la policía en virtud de un orden de busca y captura internacional.

- Que la persecución a la que está sometido es porque es un hombre de confianza de Mariano, político opositor al régimen de Virgilio, motivo por el que fue condenado bajo la acusación de abuso de poder en el año 2002 y puesto en libertad en el año 2003 debido a presiones internacionales, marchándose a Rusia y posteriormente regresando a Kazajstán como presidente del banco BTA. Afirma que Don. Virgilio, presidente del país, se apropió del 50% del banco, que fue nacionalizado en el año 2009 y declarado en quiebra, culpando a Mariano, al que le embargaron sus bienes e incoaron un expediente penal.

- Que Mariano fue reconocido como refugiado en el Reino Unido en julio de 2011.

- Que en diciembre de 2011, en Kazajstán hubo una serie de manifestaciones y huelgas seguidas de una represión brutal, en las que arrestaron a tres dirigentes de la oposición acusados de instigar los disturbios y acusan a Mariano de haber incitado y financiado estos hechos, así como al partido ALGA (declarado ilegal), el periódico República y el Canal K de televisión, ambos cerrados.

- Que la persecución contra él, Gaspar, consiste en que en mayo de 2009 fue citado por la seguridad de Kazajstán para que testificara contra la oposición, lo presionan para que declare contra Mariano y le avisan que lo van a acusar de crear un grupo de combate, por lo que llama a Mariano y finalmente se reúne con él en el Reino Unido, donde reside desde el año 2009.

- Que en abril de 2010 se decreta su busca y captura internacional bajo la acusación de apropiación indebida (delito de estafa) y en agosto de 2012 le acusan de organizar actos terroristas en Almaty (delito de terrorismo en grado de tentativa).

- Que todas las acusaciones vertidas contra él y su jefe son falsas, y que en los procesos en los que fueron involucrados se infringieron principios y garantías procesales.

Según indica el fundamento jurídico tercero de la sentencia, la resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia había denegado al Sr. Gaspar el asilo solicitado por las siguientes razones:

«(...) TERCERO: Motivo Denegación Solicitud de Asilo. Informe CNI.

La resolución del Subsecretario del Interior impugnada, en su Fundamento de Derecho Tercero declara:

«Del examen del expediente se constata que se trata del jefe de seguridad y guardaespaldas, por tanto hombre de confianza, de un oligarca ruso, Mariano, presuntamente vinculado con delitos relacionados con el terrorismo y el crimen organizado. Gaspar, como jefe de seguridad, probablemente, habría de estar involucrado en la retirada y destrucción de documentos y datos del banco BTA, de cuya quiebra está acusado Mariano. La presencia de Gaspar en España, según informe del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), podría suponer un riesgo para la seguridad nacional y, por tanto, procede la denegación del asilo al interesado, en virtud del artículo 9.a) de la Ley 12/09 que establece que en todo caso el asilo se denegará «a las personas que constituyan, por razones fundadas un peligro para la seguridad nacional».

Por todo lo anterior, también procede la denegación de la protección subsidiaria en virtud del artículo 12 de la Ley 12/09, que se expresa en los mismos términos.

No se dan, por tanto, los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados para la concesión del derecho de asilo, ni en los artículos 4 y 10 de la citada Ley para la concesión del derecho a la protección subsidiaria».

Los motivos de impugnación que aducía el demandante en el proceso de instancia los sintetiza el fundamento primero de la sentencia del modo siguiente:

PRIMERO: Resolución impugnada. Motivos de impugnación y contestación.

[...]

La representación del recurrente, tras exponer los hechos anteriores y posteriores acontecidos a la presentación de su solicitud y detallar la documentación aportada, fundamenta su impugnación en los siguientes motivos: 1) Nulidad de la resolución impugnada debido a las infracciones procedimentales habidas en el procedimiento de asilo, al amparo de lo establecido en el art. 62.1.e), de la Ley 30/1992, LRJPAC. Primero, por la falta de audiencia a ACNUR, cuyo Informe es preceptivo, según lo establecido en el art. 35.1 y 3 de la Ley de Asilo, de forma que, tramitado el expediente por el procedimiento de urgencia y a pesar de la propuesta desfavorable de la resolución, no se concedió a ACNUR un plazo de 10 días para informar, dándose la casualidad de que, en el mismo día en el que se informó a ACNUR de que el caso sería estudiado en la reunión del CIAR prevista para el lunes siguiente, se emite el informe del CNI. Invoca jurisprudencia en apoyo de esta pretensión. 2) Falta de audiencia del interesado, con infracción del art. 25 del Reglamento de Asilo, pues la propuesta de resolución se fundaba en un documento no aportado por el solicitante del asilo. Cita sentencias de diversos Tribunales en apoyo de esta pretensión. 3) Falta de información, al amparo de lo establecido en el art. 24.1.2, del Reglamento de Asilo, en relación con la visita que el Sr. Gaspar tuvo en el Centro Penitenciario del Soto del Real por parte de fuerzas de seguridad kazajas, por lo que al no constar en el expediente que la OAR haya solicitado el Registro de Visitantes de dicho Centro con el fin de tener conocimiento de la presión y persecución que sufre el recurrente, se infringe dicho precepto. 4) Nulidad de la resolución denegatoria de asilo y protección subsidiaria en cuanto al fondo, en relación con la obtención de información de Kazajstán, infringiéndose el art. 26 de la Ley de Asilo, pues se funda en el Informe del CNI, cuya información procede, precisamente, de las autoridades de Kazajstán y de los medios de comunicación controlados por el Estado, a pesar de la constancia en el informe de

la poca fiabilidad de las fuentes consultadas. 5) Nulidad de la resolución impugnada por inexistencia de peligro para la seguridad nacional, al no sustentarse la resolución en la existencia de un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del solicitante de asilo, en el sentido declarado por la jurisprudencia que cita. 6) Nulidad de la resolución impugnada por la aportación de suficiente prueba de la persecución política al Sr. Gaspar, que impone el reconocimiento del derecho de asilo, conforme a lo establecido en los arts. 2, 3 y 6, de la Ley de Asilo, en la interpretación dada por la jurisprudencia que cita, al concurrir un triple requisito: uno, tener fundados temores de ser perseguido. Dos, que los motivos son políticos. Y, tres, que se encuentra fuera de su país y no puede regresar a Kazajstán. Trae a colación criterios judiciales de diversos Tribunales en apoyo de este motivo de impugnación. Y 7) Derecho a la obtención de protección subsidiaria, conforme a lo dispuesto en el art. 4, de la Ley de Asilo, por el temor del recurrente de sufrir torturas y tratos degradantes en el caso de que fuera devuelto a su país. Por último, solicita se retrotraiga el expediente hasta la fecha de 24 de mayo de 2013, para su tramitación cumpliendo los trámites incumplidos; subsidiariamente, que se entre a conocer del fondo y se conceda el derecho de asilo; o subsidiariamente, la protección subsidiaria. En el escrito de conclusiones, el recurrente alega la innecesariedad de la retroacción del procedimiento, de forma que solicita se entre en el fondo de la petición de asilo, y subsidiariamente, se ordene la retroacción del procedimiento para dar cumplimiento a las normas procedimentales infringidas, al existir fundadas razones para entrar y resolver sobre dicha petición de asilo, además de tener presente la situación personal del Sr. Gaspar».

En cuanto a las pretensiones formuladas por la parte actora, el fundamento octavo de la sentencia la Sala de la Audiencia Nacional hace las siguientes puntualizaciones:

«(...) OCTAVO: Sobre los suplicios de demanda y contestación en relación con la posible existencia de defectos formales.

Como corolario de lo declarado en relación con los defectos procedimentales denunciados, se ha de añadir que, en el Suplico de la demanda, el recurrente solicita, en primer lugar, que se «declare la nulidad de las actuaciones habidas en el presente procedimiento de asilo desde el 24 de mayo de 2013, retrotrayéndose el procedimiento hasta dicha fecha a fin de que se tramite conforme a lo legalmente establecido». Y, subsidiariamente, que la Sala «entre a conocer del asunto y reconozca a Gaspar su condición de refugiado, concediéndole el derecho de asilo», o, «se conceda a Gaspar el derecho a la protección subsidiaria».

El Abogado del Estado en su contestación rechaza los argumentos sobre la existencia de defectos procedimentales, solicitando que se «desestime el recurso» o, «subsidiariamente, ordene la retroacción del procedimiento a fin de que por el órgano instructor se examine la concurrencia de los requisitos exigidos para la concesión del derecho de asilo».

En el escrito de conclusiones del recurrente, se alega que «las infracciones procedimentales han sido remediadas durante la fase judicial», siendo innecesaria la «retroacción del procedimiento», por economía procesal, solicitando de la Sala que, primero, «entre a conocer del asunto y reconozca a Gaspar su condición de refugiado, concediéndole el derecho de asilo o subsidiariamente el derecho a la protección subsidiaria o para el improbable caso de que no se conceda ninguno de los dos anteriores declare su derecho a no ser devuelto a Kazajstán»; y, subsidiariamente, se declare «la nulidad de las actuaciones habidas en el presente procedimiento de asilo desde el 24 de mayo de 2013, retrotrayéndose el procedimiento hasta dicha fecha a fin de que se tramite conforme a lo legalmente establecido.»

El Abogado del Estado se remite a lo solicitado en su escrito de contestación.

Pues bien, habiendo rechazado la Sala los motivos relativos a la existencia de defectos procedimentales, y teniendo en cuenta lo manifestado por el recurrente en su escrito de conclusiones, tras la práctica de las pruebas tendentes a complementar el resultado acaecido en los trámites

de los que predica los defectos procedimentales analizados, entramos al análisis de las cuestiones de fondo planteadas».

Estando planteado el debate en esos términos, los fundamentos cuarto y quinto de la sentencia examinan los argumentos de impugnación relativos a la falta de informe de ACNUR y la falta de audiencia al interesado. La Sala de instancia considera que tales anomalías procedimentales, dada la forma en que en que se produjeron, carecen en este caso presente de relevancia invalidante, sin que sobre tales cuestiones se haya suscitado debate en casación.

Tras exponer la sentencia algunas consideraciones sobre la información complementaria recabada durante el procedimiento administrativo (fundamento sexto de la sentencia) y sobre la información procedente de las autoridades de Kazajstán (fundamento séptimo), en los fundamentos noveno a decimotercero la Sala de instancia examina la cuestión de fondo suscitada en el proceso, esto es, si está o no justificada la apreciación de «peligro para la seguridad nacional» como causa fundamentadora de la denegación de asilo. Tras analizar la normativa de aplicación (fundamento noveno), la interpretación jurisprudencial sobre esta cuestión (fundamentos décimo y undécimo) y hacer una valoración sobre el informe emitido por el CNI (fundamento duodécimo), la Sala sentenciadora llega a la conclusión, expresada en el fundamento decimotercero, de que «por lo que declaramos nula dicha resolución».

Ahora bien, en el mismo fundamento decimotercero de la sentencia la Sala de la Audiencia Nacional afirma que la consecuencia derivada de la declaración de nulidad de la resolución administrativa no puede ser la del reconocimiento del estatuto de refugiado del Sr. Gaspar, pues en relación con los motivos que se invocaban en la solicitud de asilo la aplicación la causa de denegación aplicada —*peligro para la seguridad de España*— «... equivale a una suerte de inadmisión de dicha solicitud», por lo que se ordena la remisión de lo actuado al Ministerio del Interior para que se pronuncie sobre el motivo en el que el Sr. Gaspar sustenta su solicitud de protección

internacional, una vez evaluada conforme a los preceptos legales de aplicación. Todo ello lo razona la Sala de instancia del modo siguiente:

«(...) La consecuencia derivada de esta declaración de nulidad no puede ser la del reconocimiento del estatuto de refugiado del Sr. Gaspar, pues la Administración no ha evaluado, conforme exige el citado art. 26, de rúbrica «Evaluación de las solicitudes», de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, que dispone:

[...]

Por su parte, el art. 4, de rúbrica «Valoración de hechos y circunstancias», de la Directiva 2004/83/CE, establece:

[...]

En efecto, tanto del contenido de la resolución impugnada como del Informe de Fin de Instrucción (Folio 24.1 del expediente), se aprecia que la Administración no ha evaluado la solicitud del Sr. Gaspar siguiendo las pautas o criterios recogidos en la citada normativa, sino que se ha limitado a evaluar el Informe del CNI, sin analizar los hechos y circunstancias expuestas por el solicitante de asilo, y, en concreto, todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas la legislación y la reglamentación del país de origen y el modo en que se aplican; las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas por el solicitante, incluida la información sobre si el solicitante ha sufrido o puede sufrir persecución o daños graves, así como la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, incluidos factores tales como su pasado, sexo y edad, con el fin de evaluar si, dadas las circunstancias personales del solicitante, los actos a los cuales se haya visto o podría verse expuesto puedan constituir persecución o daños graves.

Esa «evaluación» es imprescindible para poder realizar una apreciación ponderada de la solicitud y para, posteriormente, poder pronunciarse «fundadamente» sobre la denegación o el reconocimiento del estatuto de refugiado, debiéndose de recordar que el art. 26.2, de la Ley 29/2009, dispone que «para que se resuelva favorablemente la solicitud bastará que aparezcan indicios suficientes de persecución o de daños

graves», mientras que en el art. 1.A de la Convención de Ginebra de 1951, el art. 2.c), en relación con su arts. 4.4, 5.1, 5.2, 8.1, 10.2, 11.1.d) y 11.2, de la Directiva 2004/83/CE, la valoración se centra en la necesidad de los fundados temores y no a la determinación de la persecución sufrida. En consecuencia, no concurriendo la causa de denegación aplicada por la Administración, que se asienta sobre la circunstancia de que «*las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España*», que supone un desplazamiento de la evaluación de los hechos invocados por el solicitante, que constituyen la persecución alegada y es la causa de su «temor» a ser expulsado y devuelto a su país de origen, la Sala ordena remitir el expediente a la Administración para que por la Administración se proceda a una «evaluación» de los hechos y circunstancias expuestas por el Sr. Gaspar en su solicitud, haciendo una valoración de los medios de prueba aportados, (documentos, testimonios, Informes de organismos internacionales, informaciones, etc.), con la finalidad de que se pronuncie sobre la petición de protección internacional que el Sr. Gaspar fundamenta en la «persecución» sufrida en su país de origen en los términos expuestos en su solicitud; persecución que en la resolución impugnada no se aborda expresamente, de forma que no existe pronunciamiento sobre la misma, por lo cual, la Sala acuerda la remisión del expediente, al no podernos pronunciarnos sobre la existencia de dicha persecución sobre la base de no concurrir la causa de denegación aplicada por la Administración y el silencio en la resolución impugnada sobre los motivos invocados por el Sr. Gaspar en su solicitud, es decir, pronunciarnos sobre el reconocimiento de la protección internacional solicitada como reacción al rechazo de la causa de denegación, pues no se trata de la aplicación del silencio positivo, de forma que, automáticamente, por el hecho de no concurrir la causa de denegación la consecuencia jurídica sea el reconocimiento del «status» de refugiado, sino que se exige la previa «evaluación» por parte de la Administración de la solicitud de asilo, conforme a los criterios que se exponen en el art. 4, de la Directiva 2004/83/CE, en relación con el

art. 26, de la Ley 12/2009, de Asilo, de los actos y motivos de la persecución invocados por el Sr. Gaspar, a los que se refieren los arts. 6 y 7 de la citada Ley de Asilo.

Este criterio encuentra apoyo en el distinto sustento fáctico en el que descansan, por una parte, la causa de denegación aplicada por la resolución impugnada (que actúa como una causa de exclusión), y, por otra, la de la causa de la solicitud de asilo sustentada en el «temor a ser perseguido», en la «persecución» del solicitante por parte de las autoridades gubernativas, pues en el primer caso, como ya hemos señalado con anterioridad, la causa de exclusión por la que se deniega el asilo, descansa en la información que las autoridades nacionales tienen del solicitante y que utiliza para aplicar dicha causa de denegación, ajena a la posible discusión sobre la existencia o no de la persecución invocada por el solicitante: mientras que en el segundo supuesto, el «temor a ser perseguido», se hace girar sobre las alegaciones, hechos, circunstancias y apreciaciones subjetivas invocadas por el solicitante de la protección internacional. Por eso, en los recursos resueltos sobre la concurrencia o no de la existencia de razones para entender que la presencia del solicitante en territorio nacional pueda suponer «*un peligro para la seguridad de España*», no se aborda la causa invocada por el solicitante sobre el temor a ser perseguido, al haber quedado desplazada por la causa de exclusión (que como reiteradamente hemos declarado, esta configurada por nuestra normativa como causa de denegación).

La Sala entiende que, en puridad de principios, la aplicación de esta causa (*un peligro para la seguridad de España*), equivale, en relación con los motivos invocados en la solicitud de asilo, a una suerte de inadmisión de dicha solicitud, siendo este el motivo por el que la Sala ordena la remisión de lo actuado al Ministerio del Interior para que se pronuncie sobre el motivo en el que el Sr. Gaspar sustenta su solicitud de protección internacional, una vez evaluada conforme a los preceptos legales expuestos. No se trata de la retroacción por la existencia de un defecto formal, con el fin de subsanar un defecto formal, que en el presente caso, como hemos declara-

do en el Fundamento Jurídico Octavo, las partes están contestes, sino una declaración ordenando la tramitación de dicha solicitud que aboque en un pronunciamiento administrativo sobre la existencia o no, de la apreciación o no, del temor alegado por el Sr. Gaspar por motivos de una persecución contra su persona por las razones y circunstancias que en su solicitud invoca».

Por tales razones la Sala de instancia, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo, declara nula la resolución pero no reconoce al demandante el derecho de asilo sino que ordena al Ministerio del Interior que resuelva la solicitud de protección.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de D. Gaspar preparó recurso de casación contra ella y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 17 de octubre de 2014 en el que se aducen dos motivos de casación, el primero de ellos al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y el segundo por el cauce del artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Infracción de los artículos 117.3 de la Constitución y 218.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia en incongruencia omisiva. Aduce la parte recurrente que la sentencia de instancia, pese a no apreciar las infracciones procedimentales que se denunciaban en la demanda y que justificarían la retroacción del procedimiento, decide devolver el expediente a la Administración para que resuelva, renunciando con ello la Sala de la Audiencia Nacional a su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución), eludiendo pronunciarse sobre una de las pretensiones del demandante, en concreto la relativa a la procedencia del reconocimiento del asilo o protección subsidiaria. Pese a que la supuesta peligrosidad del solicitante de asilo es una causa de denegación de la solicitud, lo que implica una valoración de la Administración en relación al fondo del asunto, ha sido tratada por la sentencia como una «suerte de inadmisión» no contemplada en el artículo 20 de la Ley de Asilo con el único objeto de no pronunciarse sobre una de las peticio-

nes formuladas. Incurrir así la sentencia en una incongruencia omisiva que vulnera el artículo 24 de la Constitución.

2.- Infracción de los artículos 3, 4, 7, 10 y 26 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en relación con los artículos 10.2, 15 y 17 de la Constitución, 33 de la Convención de Ginebra y 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, así como del artículo 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, al negarse injustificadamente la Sala de instancia a entrar en el fondo del asunto y reconocer al recurrente el derecho de asilo o la protección subsidiaria. Argumenta la representación del recurrente que tiene fundados temores de ser perseguido por las autoridades de Kazajstán, que le imputan falsamente delitos no cometidos por él, y que si es devuelto a dicho país no será juzgado con garantías. Recuerda que el Tribunal de Derechos Humanos ha declarado en varias ocasiones que la extradición de detenidos a de Kazajstán vulnera el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos (cita los casos Kabaulov —solicitud nº 41015/04 de 19 de noviembre de 2009— y Baysakov —solicitud nº 54131/08, de 18 de febrero de 2010). Insiste en que es perseguido por motivos políticos, pues, como destaca el CNI en su informe, la razón por la que Kazajstán imputa delitos a Gaspar es con la finalidad de obtener su rápida extradición y conseguir información acerca del principal opositor al régimen político instaurado en Kazajstán, Mariano, que ha sido reconocido como refugiado político en Reino Unido. Cumple también —según afirma— el tercer requisito para obtener el asilo, pues se encuentra fuera de su país y no puede regresar a Kazajstán porque sería encarcelado por delitos que no ha cometido y sometido a torturas sin gozar de un juicio justo. La Sala de instancia ha negado que el Sr. Gaspar represente un peligro para la seguridad nacional y, por tanto, procede entrar de lleno en el fondo del asunto. Afirmar que han quedado acreditados actos de persecución y acoso que se concretan

en sendos procesamientos por delitos que no ha cometido y que han motivado la solicitud de extradición por parte de Kazajistán a las autoridades españolas; destaca que siete de los 17 Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que conocieron del recurso contra la decisión de extradición concluyeron que podía entenderse probada la persecución política. Relata, además, diversos actos de acoso de las autoridades de Kazajistán al Sr. Gaspar en España. Considera que lo determinante para valorar los fundados temores de persecución es la perspectiva del perseguidor y que en la medida en que el Sr. Gaspar es percibido por las autoridades Kazajas como «opositor», debido a su relación con Mariano y con el banco BTA, debe ser protegido. Cita para apoyar este planteamiento sentencias de este Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2005 y 19 de octubre de 2009.

Considera el recurrente que, en todo caso, resulta acreedor a la protección subsidiaria a la vista de la situación política en Kazajistán, como revelan el informe de Amnistía Internacional de julio de 2013 titulado «Viejos hábitos: el uso rutinario de la tortura y otros malos tratos en Kazajistán» y la resolución del Parlamento Europeo de 18 de abril de 2013 sobre la situación de los derechos humanos en Kazajistán; además de que diversas instituciones han expresado su preocupación por la extradición del Sr. Gaspar.

Considera que el motivo debe prosperar, invocando al efecto el artículo 88.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción para integrar los hechos que el Tribunal considere indebidamente omitidos y resulten relevantes para apreciar la infracción alegada.

Termina el escrito solicitando que se reconozca al Sr. Gaspar la condición de refugiado otorgándole el asilo o, subsidiariamente, el derecho a la protección subsidiaria y, en cualquier caso, que se declare su derecho a no ser devuelto a Kazajistán. Subsidiariamente a lo anterior pide que se acuerde devolver las actuaciones a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ordenando que dicte sentencia que entre a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección 1ª de esta Sala de 3 de noviembre de 2014 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 4 de noviembre de 2014 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la Abogacía del Estado mediante escrito presentado el 21 de noviembre de 2014 en el que expone las razones de su oposición a los motivos de formulados por el recurrente y aduce que debe considerarse ajustado a derecho el pronunciamiento de la Sala de instancia que, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo, ordena una nueva tramitación de la solicitud de asilo sin que ello suponga el reconocimiento del derecho de asilo al recurrente. Termina por ello solicitando que se desestime el recurso de recurso de casación con imposición de las costas al recurrente.

SEXTO.- El señalamiento para votación y fallo del presente recurso de casación quedó fijado para el día 17 de febrero de 2015.

SÉPTIMO.- Estando ya fijado el señalamiento, la representación del Sr. Gaspar presentó escrito con fecha 5 de febrero de 2015 con el que aportaba sendos documentos que quedaron unidos a las actuaciones en virtud de diligencia de ordenación de 6 de febrero de 2015, dándose traslado de ello a la parte recurrida, que mediante escrito presentado por el Abogado del Estado con fecha 16 de febrero de 2015 se opuso a la incorporación de tales documentos o, en su caso, a su toma en consideración por ser irrelevantes.

Mediante nuevo escrito presentado el 16 de febrero de 2015 —día anterior a la fecha del señalamiento para votación y fallo— la representación del Sr. Gaspar solicita que queden unidos a las actuaciones otros documentos que acompaña, consistentes en diversas informaciones y recortes de prensa.

OCTAVO.- En la fecha señalada 17 de febrero de 2015 ha tenido lugar la deliberación y votación del presente recurso de casación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 2944/2014 lo dirige la representación de D. Gaspar, natural de Kazajstán, contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 405/2013) en la que, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo formulado por el referido Sr. Gaspar, declara nula la resolución del Ministerio del Interior de fecha 11 de junio de 2013, Subdirector General de Asilo que denegaba al recurrente la solicitud de asilo, ordenando a la Administración la tramitación de la solicitud de protección internacional conforme a lo declarado en la fundamentación jurídica de la propia sentencia.

En el antecedente segundo han quedado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida para concluir que, no obstante ser contraria a derecho y declararse nula la resolución administrativa que denegó el asilo, la consecuencia de ello no debe ser el reconocimiento del estatuto de refugiado del Sr. Gaspar sino ordenar la remisión de lo actuado al Ministerio del Interior para que se pronuncie sobre los motivos en los que el Sr. Gaspar sustenta su solicitud de protección internacional, una vez evaluada ésta conforme a los preceptos legales de aplicación. Procede entonces que entremos a examinar los motivos de casación formulados por la representación de D. Gaspar, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero; pero antes debemos hacer una puntualización de índole procedimental.

SEGUNDO.- La aportación de documentos por los intervinientes en el recurso de casación está contemplada en nuestro ordenamiento procesal con carácter excepcional y únicamente respecto de determinados documentos (artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Según hemos visto en el antecedente octavo, la representación del Sr. Gaspar presentó escrito con fecha 5 de febrero de 2015 con el que acompañó documentos cuya incorporación a las

actuaciones, por tratarse de copias de una resolución judicial y de un registro policial, tiene cabida en la previsión del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; aunque ahora sabemos que carecen en realidad de relevancia para la resolución de la controversia.

Pero la parte recurrente abundó en su estrategia procesal —pese a que, insistimos, solo resulta aceptable con carácter excepcional— y acompañó nuevos documentos con el escrito que presentó el 16 de febrero de 2015, día anterior a la fecha del señalamiento para votación y fallo. Pues bien, estos nuevos documentos, consistentes en diversas informaciones y recortes de prensa, en ningún caso pueden considerarse incardinables en la previsión del citado artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que habrán de serle devueltos sin ser tomados siquiera en consideración.

TERCERO.- Entrando entonces en el examen de los motivos de casación, en el antecedente tercero hemos visto que el motivo primero se formula al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y el segundo invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley. Ahora bien, pese a estar formulados por cauces distintos, ambos motivos está estrechamente relacionados y en alguna medida son interdependientes.

En el motivo primero se alega, según vimos, la infracción de los artículos 117.3 de la Constitución y 218.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia en incongruencia omisiva; y ello, aduce la parte recurrente, porque la sentencia de instancia, pese a no apreciar las infracciones procedimentales que se denunciaban en la demanda y que justificarían la retroacción del procedimiento, decide devolver el expediente a la Administración para que resuelva, renunciando con ello la Sala de la Audiencia Nacional a su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución), eludiendo pronunciarse sobre una de las pretensiones del demandante, en concreto la relativa a la procedencia del reconocimiento del asilo o protección subsidiaria.

El hecho de que un tribunal no aborde el núcleo de la cuestión litigiosa puede ser debido a que

emite otro pronunciamiento —por ejemplo, de inadmisibilidad del recurso— que excluye tal enjuiciamiento de fondo; y en tales supuestos la sentencia no incurre en falta de motivación ni en incongruencia omisiva. A ello se refiere nuestra sentencia de 3 de febrero de 2015 (casación 1394/2013, F.J. 3.º) cuando señala: <>.

Pero las cosas son diferentes en el caso que nos ocupa pues en el proceso no se suscitó debate sobre una posible causa de inadmisión —o figura de significado equivalente— cuya concurrencia pudiese excluir el pronunciamiento sobre el fondo. Por ello, y por las razones que expondremos a continuación —al examinar el motivo de casación segundo— en el caso que estamos examinando no está justificado que la Sala de instancia haya eludido pronunciarse sobre el reconocimiento del derecho de asilo; lo que nos lleva a concluir que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva, por no haberse pronunciado sobre la principal pretensión del recurrente, esto es, la referida al reconocimiento de su derecho de asilo. Veamos entonces el motivo de casación segundo.

CUARTO.— En el motivo se alega la infracción de los artículos 3, 4, 7, 10 y 26 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en relación con los artículos 10.2, 15 y 17 de la Constitución, 33 de la Convención de Ginebra y 2 y 3 del Convenio Europeo par a la Protección de los Derechos Humanos, así como del artículo 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, al negarse injustificadamente la Sala de instancia a entrar en el fondo del asunto y reconocer al recurrente el derecho de asilo o la protección subsidiaria. Pues bien, desde ahora dejamos anticipado que el motivo de casación debe ser acogido.

Según hemos dejado reseñado en el antecedente segundo, los fundamentos cuarto y quinto de la sentencia recurrida examinan los argumentos de impugnación que aducía el demandante relativos a la falta de informe de ACNUR y la falta de audiencia al interesado, señalando la Sala de la

Audiencia Nacional que, pese a concurrir efectivamente tales anomalías procedimentales, dada la forma en que en que se produjeron carecen en este caso presente de relevancia invalidante y no impiden entrar a examinar la controversia de fondo; apreciación ésta de la Sala de instancia sobre la que, como también dijimos, no se ha suscitado debate en casación.

A partir de ahí, la Sala de instancia entra a examinar la primera parte de la controversia de fondo suscitada en el proceso, esto es, si está o no justificada la apreciación de «peligro para la seguridad nacional» como causa fundamentadora de la resolución denegatoria impugnada; tarea que lleva a cabo analizando la normativa de aplicación (fundamento noveno de la sentencia), la interpretación jurisprudencial sobre esta cuestión (fundamentos décimo y undécimo) y haciendo una valoración sobre el informe emitido por el CNI (fundamento duodécimo). Todo ello conduce a la Sala sentenciadora a la conclusión —fundamento decimotercero— de que la «causa de denegación» invocada por la resolución impugnada carece de «razones fundadas» que hagan viable la denegación de la solicitud de protección presentada por el Sr. Gaspar por el motivo contemplado en el artículo 9.a/ de la Ley de Asilo, es decir, que el Sr. Gaspar sea una de «*las personas que constituyen, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España*».

Por ello la sentencia declara nula la resolución denegatoria impugnada, pronunciamiento éste sobre el que tampoco ha existido debate en casación. Sin embargo, la Sala de la Audiencia Nacional afirma que la consecuencia de esa declaración de nulidad de la resolución administrativa no puede ser el reconocimiento del estatuto de refugiado del Sr. Gaspar, pues en relación con los motivos que se invocaban en la solicitud de asilo la causa de denegación aplicada en la resolución administrativa —*peligro para la seguridad de España*— «... equivale a una suerte de inadmisión de dicha solicitud», por lo que la sentencia ordena la remisión de lo actuado al Ministerio del Interior para que se pronuncie sobre la solicitud de protección formulada por el Sr. Gaspar una vez evaluada conforme a los preceptos legales

de aplicación. Este pronunciamiento de la sentencia, cuestionado en casación, no puede ser compartido.

Por lo pronto, y como acertadamente señalan en su voto particular los dos magistrados discrepantes de la decisión mayoritaria de la Sala, carece respaldo legal la afirmación que se hace en la sentencia de que la causa de denegación aplicada en la resolución administrativa —*peligro para la seguridad de España*— equivale a «una suerte de inadmisión» de la solicitud de asilo. De lo dispuesto en el artículo 9.a/ de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, resulta con claridad que la circunstancia de constituir, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, es una causa de «denegación» del asilo. Además, la propia resolución administrativa acuerda en su parte dispositiva «*denegar*» el derecho de asilo y la protección subsidiaria. Y aunque es cierto que la resolución no se detiene a valorar las alegaciones formuladas por el Sr. Gaspar al solicitar el asilo ni los elementos de prueba aportados, lo cierto es que en su fundamento jurídico segundo la propia resolución administrativa afirma que «se han examinado las manifestaciones efectuadas en la solicitud, la documentación aportada, los informes emitidos y demás datos obrantes en el expediente». Por tanto, salvo que se considere que ésta es una cláusula de estilo carente de contenido real, de la resolución no cabe derivar que la Administración no haya valorado o examinado siquiera el relato en el que se basa la petición de asilo ni los elementos de prueba aportados por el solicitante. Así las cosas, y habiendo formulado el demandante una pretensión de plena jurisdicción a fin de que se le reconozca el derecho de asilo o la protección subsidiaria, la devolución de lo actuado a la Administración para que resuelva únicamente estaría justificada cuando, una vez anulada la resolución denegatoria, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la solicitud de asilo estuviese materialmente impedido por la carencia de algún trámite indispensable o por la falta de los elementos de juicio necesarios para el enjuiciamiento de fondo. Pero nada de esto ocu-

rre en el caso presente, pues disponemos, como disponía la Sala de instancia, de todo lo necesario para resolver.

QUINTO.- De lo expuesto en los apartados anteriores se deriva que, por acogimiento de los dos motivos de casación formulados, la sentencia recurrida debe ser casada en cuanto ordena la devolución de lo actuado a la Administración para que tramite y resuelva la solicitud de protección internacional. Y una vez establecido que la sentencia debe ser casada, procede que entremos a resolver en los términos en que viene planteado el debate (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

En el antecedente segundo hemos dejado transcrito —tomándolo del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida— el relato de hechos en el que el Sr. Gaspar basa su petición de asilo, sin que volvamos a reproducirlo ahora para no incurrir en reiteraciones.

Lo que sí interesa destacar es que, como acertadamente señala el voto particular formulado a la sentencia de instancia, el relato del solicitante de asilo resulta congruente y verosímil y encuentra suficiente respaldo en el material probatorio aportado en vía administrativa y en el curso del proceso. A tal efecto debe tenerse en consideración las siguientes notas que también aparecen señaladas en el mencionado voto particular:

- El relato de persecución es perfectamente congruente y detallado.
- Conforme a reiteradísima jurisprudencia, no se precisa una prueba plena y acabada acerca del temor fundado a padecer persecución, siendo suficiente con la existencia de indicios razonables de tal persecución.
- Con la demanda se aportaron numerosos documentos (del 1 al 29), entre los que cabe destacar los informes emitidos por las organizaciones Amnistía Internacional, Human Rights Watch y Diálogo Abierto (odfoundation) relativos a la situación en Kazajstán y con referencias específicas al caso del Sr. Mariano y del aquí recurrente Sr. Gaspar. Tales informes, así como el emitido por expertos de Naciones Unidas y demás informes y documentos aportados al proceso en período de prueba, ponen de manifiesto los riesgos de

persecución que podría temer fundadamente el Sr. Gaspar, siendo oportuno insistir en que a efectos del otorgamiento de asilo no es exigible una prueba directa de la persecución, bastando con la justificación de un temor fundado a padecerla.

· Resulta altamente significativo —y son datos que, como los restantes que estamos señalando, no han sido rebatidos ni cuestionados en el proceso— que tanto el referido Sr. Mariano (al que la resolución califica como «oligarca ruso») como diversas personas a él vinculadas hayan obtenido asilo político en diferentes Estados miembros de la Unión Europea. Aparte del propio Sr. Mariano, que goza de dicha protección en el Reino Unido, de las demás personas se ofrece una relación en el folio 18 del escrito de conclusiones del demandante, completada con la que figura en el folio 27 del escrito de interposición del recurso de casación, donde se añade la mención al otorgamiento de asilo en Italia a la esposa e hija del citado Sr. Mariano acordado con fecha 18 de abril de 2014.

· Ningún indicio existe de que la situación del Sr. Gaspar, al que la propia resolución administrativa identifica como «jefe de seguridad», «guardaes-paldas» y «hombre de confianza» del Sr. Mariano, sea diferente a la de éste, quien, estando imputado en su país de los mismos delitos, ha obtenido la protección internacional en el Reino Unido, como la han obtenido también otras personas de su familia y entorno.

· La declaraciones prestadas en el curso del proceso por los testigos D. Rosendo, D. Jose Carlos, D^a Julia y D. Juan Manuel, sin ser por sí mismas determinantes, no pueden ser desconocidas ni minusvaloradas pues aportan información relevante sobre la falta de respeto a los derechos humanos en Kazajstán y la persecución que puede padecer el Sr. Gaspar por razón de su probada relación personal con el Sr. Mariano.

En fin, las razones que llevamos expuestas, conducentes todas ellas al reconocimiento del derecho de asilo, no pueden considerarse interferidas ni, desde luego, desvirtuadas por el hecho de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional concediese la extradición pasiva del Sr. Gaspar mediante auto, pues ya la sentencia recurrida —

cuyo criterio compartimos en este punto— cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 7 de julio de 1989, caso Soering c. R.U. n° 1/1989/161 /217) que alude al distinto plano en que juegan la extradición, de una parte, y el derecho de asilo, de otra, de suerte que éste no puede quedar postergado o condicionado por la previa adopción de una decisión favorable a la extradición, que en cuanto a los hechos y valoraciones no es prejudicial con respecto a la que deba adoptarse en el litigio referido al reconocimiento del derecho de asilo.

SEXTO.- Por todo ello concluimos que la sentencia de instancia debe ser casada en cuanto ordena la devolución de lo actuado a la Administración para que tramite y resuelva la solicitud de protección internacional; y en su lugar debe estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Gaspar contra la resolución del Ministerio del Interior de 11 de junio de 2013 que denegó al recurrente la solicitud de asilo, debiendo en su lugar reconocerse al Sr. Gaspar el derecho a la protección solicitada.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes. Y, pese a haberse acordado la estimación del recurso contencioso-administrativo, tampoco procede imponer las costas del proceso de instancia a ninguno de los litigantes habida cuenta las dudas que suscitaba la controversia así en su vertiente fáctica como en la jurídica, siendo muestra de ello tanto la formulación de votos particulares a la decisión mayoritaria de la Sala de la Audiencia Nacional como el hecho mismo de que la sentencia dictada en casación haya corregido el criterio de la Sala de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO:

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de D. Gaspar contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 405/2013), que ahora queda anulada y sin efecto

en lo que se refiere al pronunciamiento que ordena la devolución de lo actuado a la Administración para que tramite y resuelva la solicitud de protección internacional.

2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de D. Gaspar, natural de Kazajstán, contra la resolución del Ministerio del Interior de 11 de junio de 2013 denegatoria del derecho de asilo, anulamos la referida resolución y en su lugar declaramos procedente reconocer a D. Gaspar el derecho de asilo que tiene solicitado.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

4.- Devuélvanse a la representación del recurrente los documentos que aportó con su escrito de

16 de febrero de 2015 en el antecedente séptimo y el fundamento de derecho segundo, último párrafo, de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro Jose Yague Gil Manuel Campos Sanchez-Bordona Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

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

SOCIAL

CARLOS L. ALFONSO MELLADO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

(Tol 4743779)

Cabecera: Despido Colectivo de IBERIA finalizado con acuerdo aceptando la propuesta del Mediador. Impugnación parcial de dicho acuerdo (Punto referido al abono de diferencias salariales ya devengadas). Doctrina: Los pactos esenciales del acuerdo con el que acaba el periodo de consultas en el despido colectivo han de impugnarse siguiendo la modalidad del artículo 124 LRJS. Aplicación al caso: Inadecuación radical de procedimiento, con nulidad de sentencia y retroacción de actuaciones al momento anterior a dictarla.

Jurisdicción: Social

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 27/01/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Sección: Primera

Número Recurso: 28/2014

Supuesto de hecho: El Supremo rechaza el recurso de CGT contra el fallo de la Audiencia Nacional que avaló el ERE de Iberia. El alto tribunal dicta dos sentencias en relación al despido colectivo de más 3.000 empleados pactado por Iberia con la mayoría de los representantes de los trabajadores en el año 2013

RESUMEN:

El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias en relación al despido colectivo de más 3.000 empleados pactado por Iberia con la mayoría de los representantes de los trabajadores en el año 2013.

En una de las sentencias, el Supremo desestima el recurso planteado por el sindicato CGT contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 4 de julio de 2013, que avaló el ERE pactado. La resolución destaca que CGT se adhirió a la demanda del SEPLA, que sólo impugnaba los despidos de los 258 pilotos afectados y no del resto de empleados. Añade que SEPLA desistió de su recurso tras alcanzar un acuerdo con Iberia, por lo cual CGT, en su calidad de «demandante adhesivo», no podía ya sostener la nulidad de la Audiencia Nacional.

La segunda sentencia resuelve los recursos planteados contra otra sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de julio de 2013, por los sindicatos CESH (del área de handling) y STAVLA (de auxiliares de vuelo), que impugnaban el acuerdo de mediación alcanzado en el periodo de consultas del despido colectivo, suscrito por secciones sindicales que acreditaban el 81,8 por ciento de la representación. Finalmente, durante el juicio, se restringió la petición de nulidad al acuerdo de ese pacto de mediación relativo a la renuncia al abono de una cláusula de revisión salarial, dejando al margen de la demanda otros aspectos como la extinción de un mínimo de 3.141 empleos.

Por una cuestión de procedimiento, el Supremo falla que no procede entrar a valorar los recursos de casación, pero que debe anularse la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2013, ordenando a dicho órgano judicial a dictar nueva sentencia.

El Supremo señala que los aspectos esenciales de un pacto alcanzado en el procedimiento de consultas del despido colectivo han de combatirse a través del procedimiento sobre EREs previsto en el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), y no pueden ser objeto de impugnación autónoma y separada por la vía del conflicto colectivo como ha sucedido en este caso. «El lugar natural para examinar la validez de un pacto esencial del acuerdo sobre despido colectivo debe ser el pleito en que se cuestiona tal despido colectivo por la vía del artículo 124 de la LRJS».

La consecuencia pertinente de esa impugnación no correcta sería, según señala el Supremo, el archivo de las actuaciones, pero como en este caso, inicialmente, sí se impugnó la totalidad del acuerdo con el que finalizó el periodo de consultas en el despido colectivo, para evitar cualquier atisbo de indefensión se descarta esa solución extrema, y se retrotraen las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia «a fin de posibilitar el restablecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva al amparo de la modalidad procesal adecuada».

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS EN PERÍODO DE CONSULTAS DE DESPIDO COLECTIVO [A PROPÓSITO DE LA STS 27/01/2015 (Tol 4743779)]

1. Antecedentes y partes del litigio

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27/01/2015 (Tol 4743779), se produce en el marco de una serie de litigios derivados del proceso de reestructuración empresarial que afectan al grupo Iberia.

Ese proceso de reestructuración, producido a lo largo de varios años, motivó dos laudos arbitrales y un proceso de mediación que finalizó con una propuesta de acuerdo que fue mayoritariamente aceptada por las secciones sindicales de la empresa, concretamente por el 81,8%, mientras que cuatro secciones sindicales que representaban el 18,82% de representatividad en la empresa no suscribieron el citado acuerdo.

La empresa procedió a cumplir las medidas de ese acuerdo que tenía un contenido complejo y que implicaba 3141 extinciones contractuales, así como un ajuste salarial para quienes continuaban en la empresa para los años 2013 a 2015, y la renuncia a la regularización y abono derivada de una cláusula de revisión salarial vigente en la empresa, que obligaba a actualizar los salarios de 2012 conforme al IPC real de ese año.

El despido se impugnó colectivamente ante la Audiencia Nacional, que desestimó la impugnación en sentencia de 04/07/2013 (*Tol 3843526*), valorando la globalidad del acuerdo y considerando justificadas las extinciones contractuales, fallo que fue confirmado por el Tribunal Supremo en sentencia de 28/01/2015 (*Tol 4743492*), aunque la desestimación del recurso por el Tribunal Supremo se produjo por el desistimiento del recurso de casación por los demandantes, como consecuencia de que alegaron haber obtenido satisfacción extraprocesal a sus peticiones, manteniéndose exclusivamente como recurrente CGT que simplemente se había adherido a la demanda de otros sindicatos, por lo que, apartados estos del proceso, no podía sostenerse la legitimación en solitario de CGT.

La sentencia que se comenta y que tendrá en cuenta lo anterior, trae causa de una impugnación que inicialmente se dirigió contra el acuerdo en su globalidad pero que, con posterioridad y a lo largo del proceso, se concretó en la impugnación de uno de sus aspectos solicitándose exclusivamente la nulidad de la renuncia a la revisión salarial antes aludida.

Esta demanda se interpuso por la organización sindical CESH (Coordinadora Estatal del Sector de Handling y Aéreo) y su coordinador a título personal que posteriormente desistiría, y se le acumuló otra interpuesta por STAVLA (Sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelo de Líneas Aéreas de España).

En el proceso de instancia fueron partes tanto la mercantil IBERIA, como todas las secciones sindicales existentes en la citada empresa y el Ministerio Fiscal.

La impugnación se desestimó considerándose legal la citada disposición de derechos realizada en sede colectiva y en un procedimiento de consultas y negociación en el que, en definitiva, dicha disposición formaba parte de un acuerdo global considerado lícito.

Contra este fallo de la Audiencia Nacional, adoptado en sentencia de 17/07/2013 (*Tol 3853118*), recurrieron en casación ordinaria las dos organizaciones sindicales demandantes y comparecieron como recurridos en el Tribunal Supremo, exclusivamente la empresa IBERIA Líneas Aéreas de España SAU Operadora y la Central Trabajadores Asamblearios (CTA).

Este recurso es el que se resuelve en la sentencia objeto de este comentario y, como dato anecdótico, debe señalarse que los informes del Ministerio Fiscal en la instancia y en el recurso fueron contradictorios, pues si en instancia entendió que el acuerdo de disposición sobre la revisión salarial era correcto, en el recurso consideró que esa medida que implicaba renuncia sobre derechos salariales ya devengados por lo que resultaba contrario al art. 9.3 de la Constitución (CE).

2. Debate jurídico y fundamentos

Tras haber identificado los antecedentes y las partes, tanto del litigio inicial como las comparecidas en el recurso de casación, procede analizar el debate jurídico que resolverá el Tribunal Supremo y los fundamentos jurídicos que se pondrán en cuestión.

Como se ha visto, el debate de fondo es si era posible renunciar a una revisión salarial a la que ya se tenía derecho, por lo que se estaba produciendo en realidad a una renuncia de derechos ya consolidados y «*a posteriori*», en opinión de los demandantes. Pero este debate se resolvió en la sentencia de instancia, entendiendo que, en el marco del proceso de reestructuración iniciado por la empresa, era posible ese intercambio colectivo incluso de derechos individuales.

El recurso en realidad no va a entrar en este debate de fondo porque va a aparecer un problema procesal que lo impide.

En efecto, el debate sobre el que va a pronunciar el Tribunal Supremo se centra en determinar si cabe que, cuando existe un acuerdo global en el marco de un despido colectivo, acuerdo en el que se contemplan además diversas medidas y algunas de ellas absolutamente distintas de lo que sería, en sentido estricto, la extinción contractual y sus compensaciones, cabe una impugnación parcial de uno de los aspectos que se separe de la propia impugnación de la decisión extintiva, es decir, de la impugnación del despido colectivo en sí mismo.

Aún más, como en este caso el acuerdo suponía la aceptación de una propuesta del mediador, tendrá que resolverse si en realidad se está impugnando o no un acuerdo obtenido en mediación y la vía, en su caso, para ello, pero además el Tribunal Supremo tendrá que analizar lo que ocurre cuando

esa impugnación parcial de uno de los aspectos del acuerdo coexiste con la impugnación que en otro procedimiento se hace del despido colectivo, impugnación global en la que, lógicamente, tendrán que analizarse todos los aspectos del acuerdo en el que se basa la decisión empresarial de despedir.

Finalmente, el Tribunal tendrá que analizar los efectos de considerar inadecuada la vía procesal a través de la que se tramitó la demanda.

Como puede verse, el debate se centra en aspectos esenciales pero de orden procesal, pues la demanda se presentó como impugnatoria de un acuerdo de mediación pero, en lugar de tramitarse por el procedimiento ordinario, se siguió aparentemente el proceso de conflicto colectivo aunque se afirmaba que se tramitaba como impugnación de convenio colectivo y, finalmente, se apreciaba que se acababa analizando el acuerdo en sí mismo y en cuanto a su eficacia en el marco del despido colectivo.

Precisamente por eso, los fundamentos que van a entrar en cuestión no son los que llevarían a analizar la legalidad del acto dispositivo sobre la revisión salarial, que sí tuvieron protagonismo en la instancia (arts. 9.3 CE, 3.5 y 51.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 7 y 8 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por RD 1483/2012, de 29 de octubre).

Los fundamentos que sí van a valorarse por el Tribunal Supremo son esencialmente el art. 102 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) en cuanto a la tramitación a dar al procedimiento; el art. 67 y 68 de la misma LJS en cuanto a la impugnación de acuerdos en mediación, en relación con el art. 51.2 ET que regula el período de consultas en el despido colectivo; el art. 124 de la LJS en cuanto a la impugnación colectiva del despido colectivo; los arts. 30.1 y 234.1 de la misma LJS en cuanto a la acumulación de procesos y de recursos respectivamente; el art. 21.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en cuanto al allanamiento parcial y los apartados 1 y 4 del art. 222 de la LEC, en cuanto a los efectos de la cosa juzgada y, finalmente, el art. 24 CE en cuanto al fundamento último de la solución que se dará.

Así pues, el debate esencial es determinar si el ámbito de la impugnación colectiva de un despido colectivo se extiende, no solo a la calificación de las decisiones extintivas, sino también a la valoración de las medidas y decisiones complementarias pero que resultan relevantes o, por el contrario, entender que aquél ámbito se reserva solo a la impugnación y calificación de las extinciones, en sentido estricto, y que por tanto las medidas adicionales se pueden impugnar y en su caso resolver en procedimientos separados.

La solución al respecto condicionará, como es evidente, el cauce procesal adecuado para tramitar el litigio.

3. Decisión del tribunal

La postura del Tribunal Supremo en torno al debate va a ser clara y resolverá considerando que es prioritaria la perspectiva global del despido colectivo, por las conexiones entre los diferentes aspectos del acuerdo en el que se sustenta la decisión empresarial y por los riesgos de sentencias contradictorias que podrían darse si se permitiesen procesos separados pues, en el de calificación de las decisiones extintivas, sin duda sería esencial valorar la globalidad de las medidas adoptadas y por tanto el acuerdo suscrito, por lo que, si alguna de las medidas del mismo se contemplase luego separadamente y en otro proceso, no podía descartarse que se diesen soluciones contradictorias.

La sentencia pone de ejemplo el caso que analiza, en el que hubo impugnación del despido colectivo y en esa impugnación se analizaron todas las medidas contempladas en el acuerdo y se resolvió sobre su licitud, pero luego se produjo una segunda cognición en proceso distinto sobre una parte de dicho acuerdo, volviendo a analizarse la corrección jurídica del mismo, con el riesgo, afortunadamente no producido pero posible, de sentencias contradictorias.

Desde esa perspectiva, y salvo en supuestos excepcionales en los que claramente está excluida la posibilidad de duplicidad de pronunciamientos, la vía procesal del art. 124 LJS, es decir, la impugnación colectiva del despido colectivo, es la vía adecuada para analizar, no sólo las extinciones en sí mismas, sino todas las cuestiones esenciales que han conducido a ellas y por tanto el conjunto de medidas establecidas o acordadas, pues es ese conjunto el que se presenta en términos de globalidad y repercute en las decisiones en materia de empleo.

La impugnación de alguna de esas cuestiones complementarias que pueden haberse contemplado en el acuerdo solo sería posible cuando no se impugnase el despido o cuando hubiese adquirido firmeza la sentencia dictada en el proceso de impugnación del mismo, pero en esa segunda o ulterior impugnación habría que tener en cuenta el necesario respeto a la sentencia dictada en la impugnación colectiva del despido, que produciría efectos de cosa juzgada en los términos del art. 222 LEC, apartados 1 y 4, y aún más, aunque no existiese la misma, debería evitarse analizar *«cuestiones cuya trascendencia sea tal que se considere decisiva para el acuerdo alcanzado»*, pues estamos ante un negocio inescindible, lo que es plenamente conocido en nuestro ordenamiento y hasta en términos procesales pues la LEC, cuando permite el allanamiento parcial, conduce a que se dicte un auto aceptando el mismo pero solo si es posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones (art. 21.2 LEC).

En definitiva todos los aspectos que han estado presentes en el período de consultas y que, en su caso, han motivado el acuerdo en el mismo, deben contemplarse globalmente y en el cauce procesal de la impugnación del despido colectivo, e incluso en cuanto sean trascendentes son inseparables de la propia impugnación del despido por lo que solo podrán impugnarse y analizarse en el marco de esa impugnación y nunca en procesos separados.

Esto se sostiene incluso aunque el acuerdo haya sido propiciado por una intervención mediadora, entendiendo que la impugnación de los acuerdos en mediación que contempla el artículo 67 LJS es adecuada exclusivamente a los acuerdos en mediación entendidos como vía previa al proceso y que, por tanto, generen un título ejecutivo en sí mismos; acuerdos de mediación que, por ello, son bien diferentes de los adoptados en mediación en los períodos de consulta de un despido colectivo, que son un mero presupuesto habilitante de la posterior decisión empresarial y que no generan, por sí mismos, título ejecutivo alguno.

Llegados a esta situación, para el Tribunal Supremo es evidente que se ha seguido una vía procesal inadecuada, pero la misma no puede solucionarse ni reconduciendo la demanda al cauce adecuado, pues existen diferencias ostensibles de legitimación, plazo de impugnación, contenido de la demanda, intervención del Ministerio Fiscal, actividad probatoria, alcance y recurribilidad de la sentencia, en definitiva aspectos esenciales que no admiten una reconducción procedimental ni por la vía del art. 102.2 LJS ni por la indirecta vía de acumular recursos conforme al art. 234.1 LJS.

La consecuencia lógica sería el archivo de las actuaciones pero el Tribunal Supremo, en aras a la tutela judicial efectiva entiende que, aunque posteriormente se redujo el objeto del proceso, este inicialmente, aunque por vía inadecuada, impugnaba la totalidad del acuerdo y por tanto también las extinciones, lo que conduce a que deban reponerse las actuaciones para que se sigan por el cauce adecuado que, sin duda, vistos los razonamientos es el de impugnación colectiva del despido colectivo (art. 124 LJS), lo que llevará en su caso a que la Audiencia Nacional adopte las medidas que correspondan, incluso teniendo en cuenta la sentencia que confirmó las extinciones —como se dijo— al resolver sobre la propia impugnación del despido colectivo que se había efectuado.

4. Relevancia de la sentencia

La relevancia de esta sentencia es evidente por cuanto establece una interpretación esencial a la hora de determinar los cauces para impugnar

las decisiones empresariales en materia de despido colectivo y los posibles acuerdos en los que las mismas se fundamenten.

Como la propia sentencia señala, es una materia en la que el legislador no ha sido especialmente claro y por ello establecer una doctrina al respecto resulta esencial.

Ciertamente la regulación del despido colectivo y, en general, de las medidas de reestructuración empresarial, el procedimiento para efectuarlas, los efectos de las mismas, los cauces para su impugnación y las reglas de procedimiento a las que han de atenerse, son materias que se han regulado con una técnica jurídica notablemente defectuosa, como evidencian dos cuestiones bien conocidas: por un lado las rectificaciones que ha experimentado la regulación en un breve plazo de tiempo para subsanar las incoherencias y omisiones más patentes; por otro, la abundante intervención judicial aclarando la forma de proceder y numerosas cuestiones en torno a estas decisiones que tan trascendentales son para empleadores y trabajadores.

La jurisprudencia y doctrina judicial en la materia es, pues, fundamental e incluso imprescindible en muchos aspectos y en el caso concreto que se comenta produce una clarificación de las vías procesales que, además, resulta acertada —incluso corta como expondré—, conduciendo a un ámbito expansivo del proceso de impugnación colectiva del despido colectivo (124 LJS) que resulta lógico a la propia naturaleza del período de consultas.

Desde esta sentencia y suponiendo que efectivamente se confirme la doctrina que emana de la misma y devenga en jurisprudencia, es claro que este proceso se ha convertido en el cauce procesal para discutir no solo el despido colectivo en cuanto a sus efectos extintivos, sino todo el conjunto de medidas que se pueden acordar o establecer con motivo de ese despido y precisamente como alternativa parcial, como complemento o como paliativo del mismo.

A partir de este momento, los operadores jurídicos deberán tener muy en cuenta esta doctrina para encauzar correctamente las reclamaciones que en esta materia deseen plantear porque, normalmente y salvo supuestos excepciones, han devenido en inescindibles de la cuestión principal, que es la extinción contractual que produce el despido colectivo.

5. Análisis jurídico

La doctrina que se ha expuesto es no solo acertada sino necesaria e incluso, como dije, puede ser hasta corta y matizada pues en la misma dirección expuesta podía haber sido aún más drástica como se verá.

El efecto positivo de esta doctrina es evidente porque con ella se evita fragmentar el análisis procesal de un conjunto de medidas que deben ser valoradas en su dimensión global y que, por tanto, deben entenderse normalmente como inseparables.

Esa dimensión global es la que responde adecuadamente al propio concepto, fundamento y objeto del período de consultas que precede a la decisión extintiva empresarial y, además, refuerza la importancia del mismo.

El periodo de consultas es presupuesto formal de la decisión empresarial, pero es algo más, es la forma de matizar la propia decisión empresarial y condicionarla, convirtiéndose en presupuesto habilitante de las medidas que el empleador puede adoptar, de tal manera que si se produce acuerdo el mismo limitará la capacidad de actuación empresarial, que no podrá ir más allá de lo acordado. Se introducen así elementos de codecisión que avanzan hacia una empresa más participada, en consecuencia más democrática y más adaptada a lo que necesitan nuestras relaciones laborales.

En esa participación en la decisión, los elementos negociales pueden avanzar hacia un complejo entramado de medidas; en algunos casos para aceptar por los trabajadores otras medidas que conduzcan a reducir el número de despidos, como en el caso contemplado en el que se aceptan sacrificios salariales; en otros para compensar las consecuencias del despido para los trabajadores, buscando así el empleador mayor consenso en torno a su decisión y ambas partes una solución más equitativa a un problema de consecuencias sociales graves, pudiendo así pactarse medidas de recolocación o empleabilidad para los despedidos, incrementos de indemnización, etc.

Ese carácter complejo de la negociación y de los posibles acuerdos se refleja claramente en la regulación legal del período de consultas, evitar o reducir los despidos o atenuar sus consecuencias, como se afirma en el art. 51.2 ET y como concreta el art. 8 del Reglamento ya mencionado aprobado por el RD 1483/2012, que alude a un amplio elenco de medidas sociales que pueden negociarse (recolocación de los trabajadores, movilidad funcional o geográfica, modificaciones de condiciones de trabajo o inaplicación de convenios, acciones de formación y cualquier otra medida, así como un amplio conjunto de medidas para atenuar las consecuencias del despido).

Si existe un acuerdo al respecto es evidente que, por un lado, el empresario habrá fijado, en su caso, el número de despidos en atención a las medidas alternativas aceptadas por los representantes de los trabajadores; y que, por otro, los trabajadores habrán aceptado la propuesta empresarial, en atención al número de despidos y las medidas compensatorias aceptadas por el empresario.

El acuerdo se habrá producido, en consecuencia, en atención a un equilibrio y eso justifica que en términos normales no puede contemplarse una medida aislada de las restantes; por ejemplo, si se anulan las limitaciones salariales aceptadas por los trabajadores es muy posible que el número de despidos pueda resultar insuficiente para solucionar el problema que estaba en el origen de la medida.

Pero es que, además, muchas de las medidas del acuerdo, en sí, no son impugnables o no deberían serlo salvo supuestos extremos que, además normalmente conducirían a una impugnación individual; por ejemplo, el conjunto de medidas compensatorias, entre ellas el incremento de indemnizaciones, debería ser inimpugnable en sí mismo; si hay causa para el despido, la indemnización legal está fijada y todo lo que la mejore, en principio no puede ser impugnable ¿Qué se pretendería con esa impugnación? ¿Perjudicar a los propios trabajadores en cuyo interés se plantea la impugnación? Claro que puede haber algún supuesto excepcional de fraude, o incluso que se haya discriminado a algún trabajador, pero eso son supuestos excepcionales o individuales que no contradicen la regla general de que las compensaciones que mejoren la regulación legal no serían en sí mismas y aisladamente impugnables.

En otros casos, la medida contenida en el acuerdo es absolutamente inseparable de la propia decisión extintiva; por ejemplo, el acuerdo sobre criterios aplicables para seleccionar a los despedidos, por lo que ni siquiera cabe pensar en una impugnación separada de la propia impugnación de la extinción.

Resulta así que las medidas acordadas difícilmente pueden ser objeto de impugnación aislada o separada de la propia impugnación de la decisión extintiva; en unos casos porque condicionan la propia dimensión de la decisión extintiva y son en consecuencia inseparables debiendo analizarse en términos conjuntos con la extinción (medidas alternativas a la extinción); en otros porque son inescindibles de la propia decisión extintiva en cuanto en realidad forman parte de la misma (por ejemplo criterios de determinación de los afectados); en otros, finalmente, porque son medidas compensatorias de la propia decisión extintiva por lo que si esta no existe quedarán sin efecto, pero si existe simplemente introducen mejoras en la situación de los afectados que, salvo supuestos excepcionales, ni siquiera serían impugnables por no existir un interés jurídico tutelable (no lo sería en ningún caso en términos normales el de empeorar la situación de los despedidos).

En virtud de todo lo anterior puede señalarse que es plenamente acertada la solución de la sentencia que se comenta, que conduce a la imposibilidad de separar y analizar aisladamente las diferentes medidas que com-

prende el acuerdo que se produce en el período de consultas de un despido colectivo.

Pero es que incluso, como señalé, la sentencia aún podría haber ido más lejos y haber establecido que, salvo el supuesto excepcional que mencionaré, el acuerdo en sí no es impugnabile y que lo único impugnabile es la decisión empresarial de extinción de los contratos.

Piénsese que, en realidad, el acuerdo o contiene medidas de mejora para los trabajadores que, como dije, en condiciones normales, no deberían ser impugnables, o es mero presupuesto habilitante de la decisión empresarial, pero no es el acuerdo el que produce los despidos, sino la decisión empresarial que simplemente queda limitada por el acuerdo producido, pero que podría producirse igualmente sin acuerdo.

Es más, en hipótesis el empresario podría aplicar medidas mejores para los trabajadores que las acordadas —por ejemplo menos despidos— si la evolución de la situación hiciese innecesario utilizar todo lo acordado; es patente, pues, que es la decisión empresarial la que produce los efectos extintivos, eso sí, en el conjunto de lo acordado y que, por tanto, es esa decisión la que debe impugnarse y en esa impugnación es en la que deberán en su caso analizarse todas las circunstancias que rodean el despido colectivo y, entre ellas, los posibles términos de lo acordado que condicionen la decisión de despedir.

Se llega prácticamente a la misma consecuencia aplicativa que la sentencia comentada, es decir, será la modalidad procesal regulada en el art. 124 LJS la que deberá utilizarse y serán inseparables de la decisión extintiva todas las medidas que la condicionan esencialmente, pero el fundamento, como se ve, puede ser incluso más radical entendiendo que unas medidas no serán normalmente impugnables y que en general la impugnación lo es contra la decisión del empleador, que es en realidad lo que se desprende de la propia regulación legal que, cuando alude a estas impugnaciones, reiteradamente afirma que lo que se impugna es la decisión empresarial; pueden verse los arts. 51.6 ET y 124.1 LJS; incluso en otras decisiones impugnables por la vía de conflicto colectivo, el art. 153 LJS, etc.

El acuerdo en sí, solo se entiende impugnabile por la autoridad laboral y ante la posibilidad o, más bien, la previsión de que no va a ser objeto de impugnación por los representantes de los trabajadores por estar viciado su consentimiento o existir connivencia con el empresario (arts. 51.6 ET y 148.b) LJS).

Incluso la conclusión de que la impugnación se dirige contra la decisión empresarial y no contra el acuerdo, que simplemente se contemplará como un elemento condicionante de la misma, se reafirma si tenemos en cuenta que el art. 124.4 LJS establece en la impugnación colectiva que, cuando la

medida estuviese acordada, deberá demandarse también a los firmantes del acuerdo, lo que solo tiene sentido si la impugnación se dirige contra un acto distinto del acuerdo porque, si se dirigiese contra este, es obvio que los legitimados pasivos serían los firmantes por lo que sobraría la específica mención y el adverbio «*también*». No sería ni siquiera imaginable una demanda impugnatoria del acuerdo en la que no se considerase legitimados necesarios a quienes lo acordaron.

Esta mención solo tiene sentido si admitimos la conclusión sistemática de que la impugnación es siempre, salvo los supuestos excepcionales ya mencionados, contra la decisión extintiva adoptada por el empresario, decisión que en términos normales solo puede ser impugnada a través de la específica modalidad procesal regulada en el art. 124 LJS, que se convierte así en esta materia, como se desprende de la sentencia comentada, en vía procesal prioritaria, exclusiva y excluyente.

Esto justifica, por otro lado, la solución final adoptada por la sentencia pues, una vez que se comprueba que inicialmente se impugnó todo el acuerdo, debe entenderse que se está impugnando la extinción contractual que es la medida esencial del despido colectivo y la principal contemplada en el acuerdo y, en consecuencia, el órgano de instancia debió entender que esa era la acción ejercitada y reconducirla, en cuanto fuese posible y a través de las actuaciones necesarias, al cauce procesal del art. 124 LJS en aplicación de las previsiones del art. 102.2 LJS.

Por otro lado, cuando excepcionalmente quepa una impugnación separada de alguna cuestión contemplada en el acuerdo obtenido en el período de consultas, la cognición del órgano que la resuelva quedará condicionada doblemente; por un lado, porque la posible sentencia dictada en el proceso de impugnación de la decisión extintiva constituye cosa juzgada que no podrá desconocerse; por otro lado, porque el órgano judicial deberá asegurarse de que la cuestión que se le plantea es escindible, susceptible de solución separada y que la posible solución que pudiera darse no afecta esencialmente a las decisiones extintivas que, como se dijo, pueden responder al equilibrio alcanzado con la solución global acordada.

Como expuse, me parece una solución necesaria y acertada y que incluso es defendible con argumentos más extremos como los que mencioné.

6. Consecuencias de la doctrina establecida

Las consecuencias jurídicas, incluso en el plano práctico, de la doctrina que se desprende de la sentencia comentada son evidentes y haciendo una rápida enumeración podríamos deducir las siguientes:

1ª) La ratificación de que los acuerdos en períodos de consulta de un despido colectivo pueden ser acuerdos complejos, conteniendo medidas de muy diversa índole e incluso medidas alternativas al despido o que reduzcan el número de los despidos. Algo que ya se había ratificado por las soluciones judiciales admitiendo incluso que todas esas medidas se podían deliberar y acordar en un único período de consultas.

2ª) La conclusión de que el posible acuerdo obtenido en el periodo de consultas es un todo, un negocio global comprensivo de diversas medidas que, en condiciones normales, no son ni separables entre sí ni escindibles de la propia decisión extintiva que estuvo en el origen del período de consultas y que es, en su caso, la medida esencial que justifica todo el acuerdo.

3ª) La consideración de que el acogimiento a fórmulas de mediación en este caso es una técnica, por otro lado muy útil y altamente aconsejable, de facilitación del acuerdo, pero que lo relevante jurídicamente es el acuerdo de las partes, y no la propuesta de mediación ni siquiera aunque las partes la acojan enteramente o se sometan a ella. En sí, pues, la propuesta de mediación e incluso cabría añadir que el conjunto de actuaciones de mediación, no son impugnables porque jurídicamente son meros elementos que conducen al posible acuerdo de las partes y a las decisiones que en virtud del mismo se adopten, que serán las que en su caso deberán impugnarse.

4ª) La afirmación de que la modalidad procesal que regula la impugnación colectiva del despido colectivo y se regula en el artículo 124 LJS tiene un ámbito expansivo que conduce a que sea la vía adecuada para resolver, no solo la impugnación de la decisión extintiva adoptada por el empresario, sino también todos los elementos que la complementan, ya sea en forma de condicionantes de la misma, o de medidas alternativas que limitan la decisión, o de medidas paliativas o compensatorias que reducen sus efectos o los compensan en beneficio de los trabajadores.

5ª) La consideración de que, en virtud de lo anterior, normalmente la impugnación de medidas contempladas en el posible acuerdo obtenido en el periodo de consultas de un despido colectivo no puede realizarse en forma autónoma o separada, pues es inescindible de la propia impugnación de la decisión extintiva y, además, en condiciones normales no tiene sentido si no se impugna la extinción.

6ª) La limitación de la posible impugnación separada de alguna de las medidas contempladas en esos acuerdos pues, en condiciones normales y como se ha dicho no se puede plantear, pero incluso cuando sea admisible, lo que será muy excepcional, conduce a una posibilidad de cognición judicial muy limitada en cuanto a que deberá respetarse lo resuelto en el proceso en el que se pudiera haber dilucidado la impugnación de la de-

cisión extintiva, proceso en el que muy posiblemente se habrá valorado la totalidad del acuerdo producido y en el que lo resuelto surtirá eficacia de cosa juzgada en el litigio en el que se contempla separadamente una de las medidas del acuerdo. Además y aunque no existiera sentencia sobre la decisión extintiva, el órgano judicial solo podrá resolver separadamente sobre alguna de las medidas contempladas en el acuerdo global si es posible una solución autónoma que no afecte a la integridad del pacto y que no cuestione esencialmente las propias decisiones extintivas que no fueron impugnadas o que, de serlo, fueron confirmadas.

7ª) Finalmente es claro que la impugnación de los acuerdos de mediación a que se refiere el artículo 67 LJS se restringe a los acuerdos obtenidos en conciliaciones y mediaciones previos al proceso de los que derivan normalmente títulos ejecutivos; acuerdos que se entienden diferentes de los que se producen normalmente en muchos períodos de consulta y, en concreto, en los de despido colectivo, en los que el acuerdo es meramente un presupuesto que limita o condiciona una actuación empresarial que también podría haberse producido por decisión unilateral tras el período de consultas.

Estamos pues, ante una sentencia que clarifica considerablemente el panorama complejo de las impugnaciones y cauces procesales en materia de despido colectivo, especialmente ante la complejidad de los acuerdos que en no pocas ocasiones se producen en los períodos de consulta que se desarrollan en la materia.

Sentencia de 27 de enero de 2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

SENTENCIA

Presidente Excmo. Sr. D.: Jesús Gullón Rodríguez

Fecha Sentencia: 27/01/2015

Recurso Num.: CASACION 28/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Nulidad Otras Causas

Votación: 21/01/2014

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres

Ruiz Reproducido por: AOL

Recurso Num.: / 28/2014

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

Votación: 21/01/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres
Ruiz

SENTENCIA NUM.:

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

PLENO

Excmos. Sres.:

D. Jesús Gullón Rodríguez

D. Fernando Salinas Molina

Dª. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D. Jordi Agustí Juliá

Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

Dª. Rosa María Virolés Piñol

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Jesús Souto Prieto

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil quince. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de casación interpuestos por el Sindicato COORDINADORA ESTATAL DEL SECTOR DE HANDLING Y AÉREO (CESHA) y por el SINDICATO DE TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LINEAS AÉREAS DE ESPAÑA (STAVLA), representados y defendidos por el Letrado Sr. Aparicio Marbán, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 17 de julio de 2013, en autos nº 97/2013, seguidos a instancia de la COORDINADORA ESTATAL DEL SECTOR DE HANDLING AEREO, D. Luis Enrique Y SINDICATO DE TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LINEAS AEREAS contra IBERIA LAE SA OPERADOR SAUNIPERSONAL, COMISIONES OBRERAS, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, UNION SINDICAL OBRERA, ASOCIACION SINDICAL ESPAÑOLA DE TECNICOS DE MANTENIMIENTO, SINDICATO INDEPENDIENTE DE TRIPULANTES DE CABINA DE PASAJEROS DE LINEAS AEREAS, SECCION SINDICAL DE LA CENTRAL TRABAJADORES ASAMBLEARIOS VUELO, SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LINEAS AEREAS, CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, CTA, CONFEDERACION NACIONAL DE TRABAJO, COMITE INTERCENTROS PERSONAL TIERRA IBERIA Y MINISTERIO FISCAL en impugnación de acuerdo de mediación. Dicha sentencia resuelve también la demanda, acumulada a la anterior, presentada por D. Belarmino Y *SINDICATO DE TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LINEAS AEREAS* contra *IBERIA LAE SA OPERADORA UNIPERSONAL*, COMISIONES OBRERAS, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, UNION SINDICAL OBRERA, ASOCIACION SINDICAL ESPAÑOLA DE TECNICOS DE MANTENIMIENTO, SINDICATO INDEPENDIENTE DE TRIPULANTES DE CABINA DE PASAJEROS DE LINEAS AEREAS, SECCION SINDICAL DE LA CENTRAL TRABAJADORES ASAMBLEARIOS VUELO, SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LINEAS AEREAS, CONFEDERACION GENERAL DEL TRA-

BAJO, CTA, CONFEDERACION NACIONAL DE TRABAJO y COMITE DE EMPRESA DE VUELO.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos, IBERIA LINEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A.U. OPERADORA, representada y defendida por el Letrado Sr. Gómez García-Bernal, CENTRAL TRABAJADORES ASAMBLEARIOS (CTA), representada y defendida por la Letrada Sra. Iges Lebrancón.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Sindicato COORDINADORA ESTATAL DEL SECTOR DE HANDLING Y AÉREO (CESHA) interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que éste, tras exponer los hechos y Fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se estime la demanda y declare la nulidad de dicho acuerdo de mediación o en su caso del punto cuarto del mismo que establece que «los distintos colectivos afectados renuncian a la regularización y abono derivada de la cláusula de revisión salarial al IPC real de 2012».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de impugnación de acuerdo de mediación, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. CNT y CTA se adhirieron a la demanda, y CGT se personó y adhirió también.

El Sindicato UGT e IBERIA se opusieron a la demanda. El SEPLA, por su parte, mantuvo su falta de legitimación pasiva ad causam, pues la pretensión opera respecto del colectivo de TCP y del personal de tierra. Sin perjuicio de ello, instó que se estimara la demanda.

Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 17 de julio de 2013 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Que en la demanda planteada por COORDINADORA ESTATAL DEL SECTOR DE HANDLING AEREO, Luis Enrique, Belarmino Y SINDICATO DE

TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LINEAS AEREAS contra IBERIA LAE SA OPERADORA UNIPERSONAL, COMISIONES OBRERAS, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, UNION SINDICAL OBRERA, ASOCIACION SINDICAL ESPAÑOLA DE TECNICOS DE MANTENIMIENTO, SINDICATO INDEPENDIENTE DE TRIPULANTES DE CABINA DE PASAJEROS DE LINEAS AEREAS, SECCION SINDICAL DE LA CENTRAL TRABAJADORES ASAMBLEARIOS VUELO, SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LINEAS AEREAS, CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, CTA, COMITE DE EMPRESA DE VUELO, CONFEDERACION NACIONAL DE TRABAJO, COMITE INTERCENTROS PERSONAL TIERRA IBERIA Y MINISTERIO FISCAL, se estima de oficio la falta de legitimación de CNT para intervenir en este proceso, y se estima también la falta de legitimación pasiva ad causam de SEPLA. Se desestima la demanda, y en consecuencia se absuelve a los demandados de todos sus pedimentos».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- Iberia Operadora, constituida como sociedad anónima en 1927, viene constituida principalmente para la explotación de transporte aéreo de pasajeros y mercancías de toda clase y correo, así como otros servicios relacionados con ello como asistencia tecnológica y consultoría en materia aeronáutica, mantenimiento aeronáutico y similares. - Para el ejercicio de la misma cuenta con centros de trabajo en todas las Comunidades Autónomas, así como parte de ellos en el extranjero, en los lugares de destino de determinadas líneas regulares. Es una compañía que, en la actualidad, es cabecera de un grupo de sociedades que formula cuentas anuales consolidadas en un grupo superior, cuya sociedad dominante es IBERIA OPCO (Subgrupo Iberia), sociedad española. A su vez, el Subgrupo Iberia es dependiente de IAG (International Consolidated Airlines Group S.A.), que cotiza en bolsa.

2º.- El 24 de mayo de 2012 D. Jon dicta laudo, con vigencia desde la fecha de su emisión hasta el 31 de diciembre de 2014. El 17-10-2012, en nuestro procedimiento 168/2012, dictamos sentencia, en cuyo fallo dijimos lo siguiente:

«En la demanda interpuesta por IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA SOCIEDAD ANONIMA OPERADORA; contra SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LINEAS AEREAS; SECCION SINDICAL SEPLA EN IBERIA; MINISTERIO FISCAL; en proceso de Impugnación de Convenio estimamos de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y decretamos la nulidad de las actuaciones con retroacción al momento de admisión de la demanda, concediéndose a la demandante el plazo de cuatro días para ampliar la demanda frente a Iberia Express, con apercibimiento de que, si no lo efectuare se ordenará el archivo de los presentes autos».

El 21-12-2012 el arbitro dictó un segundo laudo, publicado en el BOE de 14-03-2013. El 11-03-2013, en nuestro procedimiento 35/2013, dictamos sentencia, en cuyo fallo dijimos lo siguiente: «En la demanda de impugnación de laudo arbitral, promovida por la COMPAÑÍA OPERADORA DE CORTO Y MEDIO ALCANCE IBERIA EXPRESS, SAU, desestimamos la excepción de incompetencia de jurisdicción parcial, defendida por SEPLA y el MINISTERIO FISCAL y declaramos la competencia de la jurisdicción social para conocer sobre la legitimidad e imparcialidad del árbitro. Estimamos, sin embargo, la excepción de litispendencia entre la sentencia de esta Sala de 2-11-2012, dictada en el procedimiento 178/2012 y recurrida en casación ordinaria por todas las partes, porque lo que se resuelva en el recurso de casación determinará esencial y determinadamente el presente litigio, por lo que dejamos imprejuzgadas las demás causas de pedir en el procedimiento de impugnación de laudo arbitral, promovido por la COMPAÑÍA OPERADORA DE CORTO Y MEDIO ALCANCE IBERIA EXPRESS, SAU contra el laudo de 21-12-2012, en el que han sido parte el SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS, la SECCIÓN SINDICAL DE SEPLA EN IBERIA, IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, SAU OPERADORA y el MINISTERIO FISCAL».

Las dos sentencias citadas se encuentran recurridas en casación en la actualidad.

3º.- El 12 de febrero de 2013 IBOP entrega carta de comunicación de inicio del periodo de consul-

tas relativo al expediente extintivo a las distintas secciones sindicales constituidas: las de Asetma, CTA-Tierra, CTA-Vuelo, Sitcpla, USO-Tierra, Sepia, CGT-Mierra, UGT-Tierra, UGT-TCP, CCOO-TCP, CCOO-Tierra, Stavla; así como a Virgilio, al Comité de Vuelo TCP, al Comité Intercentros Tierra. CESHSA no participó en el período de consultas.

4º.- El 12-02-2013 la empresa notificó a la autoridad laboral el inicio del período de consultas, aportándole la misma documentación entregada a la RLT, así como copia del acta constituyente, en la que se reflejaba expresamente que se negociarían efectivamente en tres mesas negociadoras diferenciadas, aunque se conformaría también una mesa general cuyas funciones serían esencialmente informativas.

5º.- El 22-02-2012 IBOP y todos los representantes de las mesas negociadoras alcanzaron el acuerdo siguiente:

«Manifiestan que encontrándose en el período de consultas al que se refieren los artículos 51.2 ET y 7 y siguientes del RD 1483/2012, como IBERIA, ACUERDAN:

Para facilitar el citado período de consultas, dejar constancia del cumplimiento de los trámites previstos para el mismo y facilitar la consecución de un Acuerdo, nombrar como mediador a DON Amadeo».

6º.- El 1-03-2013 IBOP comunica a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio de un período de consultas para la inaplicación de determinadas cláusulas de los tres convenios aplicables, así como del laudo arbitral de 21-12-2012, por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Se aportó a cada una de las comisiones existentes la documentación, que obra en la comunicación y se tiene por reproducida. - La empresa precisa en su escrito, que la inaplicación del convenio ya estaba incluida en el plan de acompañamiento, tratándose, por consiguiente, de un supuesto sometido al período de consultas, por lo que consideraba que debía extenderse su consideración a la mediación del señor Amadeo. - Los representantes de los trabajadores se negaron a

recibir la documentación, por lo que la empresa se la remitió por fax.

7º.- El señor Amadeo convocó conjuntamente a las partes a diversas reuniones los días 6, 7 y 11 de marzo, sin que conste acreditado que ninguno de los participantes reprochara al mediador que no se les convocara separadamente, ni tampoco que se pronunciara sobre la inaplicación de cláusulas de los tres convenios, así como del laudo arbitral reiterado, no observándose queja o reproche alguno por falta de documentación. El mediador precisó, en la reunión de 6-03-2013, las grandes líneas de su propuesta y entregó un ejemplar a cada uno de los asistentes, acordándose finalmente reunirse al día siguiente. - El 7-03-2013 se realizaron por el mediador las aclaraciones promovidas por las partes, sosteniéndose, a continuación un fuerte debate sobre las propuestas, advirtiéndose por el mediador que solo se considerarán las que tengan relación con los contenidos de la propuesta y son aceptadas mutuamente por ambas partes. - Se suspendió la reunión para el día 11-03-2013, donde se abrió un turno para que las partes se manifestaran sobre la propuesta, adhiriéndose IBOP, CCOO, UGT, ASETMA, SITPLA y CTA-VUELO, quienes advirtieron, no obstante, que debían someterlo a la aprobación de sus órganos estatutarios o a las asambleas de trabajadores, por lo que solicitaron uno o dos días para manifestarse definitivamente. -SEPLA y USO manifestaron la imposibilidad de manifestarse sin consultar con sus respectivos afiliados, mientras que CTA-TIERRA, STAVLA y CGT manifestaron su desacuerdo, en el primer caso hasta que se produjera un referéndum y el último por acuerdo votado en asambleas de sus afiliados.

El 13-03-2013 se alcanzó finalmente un acuerdo, que se suscribió por todas las secciones sindicales, que acreditaban el 81,8% de la representación, no suscribiéndose por SEPLA, CGT, STAVLA y CTA TIERRA, quienes acreditaban un 18,82% de la representación.

El acuerdo suscrito, que obra en autos y se tiene por reproducido establece, en su parte declarativa, lo siguiente:

«La Compañía Iberia necesita acometer un proceso de reestructuración que contribuya a hacer sostenible su futuro y afiance su capacidad de competir en el cada vez más complejo mercado del transporte aéreo.

El acuerdo entre la Dirección de Iberia y los Representantes de los trabajadores se muestra como el instrumento más eficaz para acometer dicho proceso, cuyo objetivo es dotar a Iberia de los recursos necesarios para afrontar un plan futuro de crecimiento y consolidación.

La consecución del objetivo de fortalecer la Compañía pasa, entre otras medidas, por una política de renovación de la flota, por la mejora de la política comercial y por la adecuación de sus costes y plantillas, así como por el incremento de la productividad. (...)

Seguidamente, se acuerdan entre otros extremos, un mínimo de 3141 extinciones contractuales, un ajuste salarial para quienes se mantienen en sus puestos de trabajo y su congelación durante el período 2013-2015, al igual que respecto de las aportaciones al Fondo Mutual, y se establece que *«Los distintos colectivos afectados renuncian a la regularización y abono derivada de la cláusula de revisión salarial al IPC real de 2012».*

8º.- El 3-03-2013 IBOP notificó a los representantes de los trabajadores la decisión de proceder al despido colectivo en los términos pactados.

9º.- Impugnado el despido colectivo en proc. 169/2013, la Sala desestimó la demanda por sentencia el 4-7-13, en la que se razonó, entre otros extremos, que *«Se ha probado aquí, tratándose, en todo caso, de un hecho pacífico que, entre las medidas del plan de acompañamiento, entregadas por la empresa a la DGE y a los representantes de los trabajadores, se encontraban entre otras, la inaplicación de los tres convenios, así como la inaplicación del IPC del año 2012, entre otras medidas.- Consideramos, por consiguiente, que el mediador estaba legitimado para pronunciarse globalmente sobre dichas medidas, entre ellas la inaplicación de los tres convenios de la empresa, porque ese pronunciamiento constituía notoriamente una de las vías para facilitar el acuerdo, encomendado*

por todos los negociadores, por lo que consideramos que no ha excedido en absoluto el mandato recibido el 22-02-2013.

Resta por despejar, si la promoción formal del procedimiento de inaplicación del convenio, instado por la empresa el 1-03-2013, vicia el procedimiento de mediación, por cuanto se ha probado que la empresa solicitó al mediador que se pronunciara expresamente sobre dicho procedimiento y así lo manifiesta el propio mediador, quien afirma que ha concluido con acuerdo el procedimiento de mediación de despido e inaplicación del convenio, a lo que adelantamos una respuesta negativa.

- (...) Creemos, sin embargo, que la iniciativa empresarial, asumida aparentemente por el mediador como procedimiento diferenciado del despido colectivo no vicia el procedimiento de mediación, porque se trata sencillamente de una medida redundante, por cuanto el mediador tenía ya encomendado pronunciarse sobre la inaplicación de los tres convenios en el período de consultas del despido colectivo, asumiéndose hasta tal punto por todos los negociadores, que todos ellos, salvo alguna excepción, lo plantearon a sus afiliados o a las asambleas de trabajadores como un todo, lo que hacía completamente innecesario promover paralelamente el procedimiento de inaplicación del convenio, siendo revelador, que en el escrito, dirigido por IBOP a la DGE el 1-03-2013, así como a los representantes de los trabajadores, subrayara que la inaplicación se promovía en el marco del art. 8 RD 1483/2012, acreditando, de este modo lo artificioso e inútil de la medida, que no ha causado, a nuestro juicio, ningún tipo de indefensión a los demandantes, quienes supieron en todo momento, que el proceso era único y que el mediador se iba a pronunciar sobre el despido y también sobre las medidas de acompañamiento, como se resalta en el propio acuerdo de mediación, suscrito finalmente por la mayoría de los representantes de los trabajadores.»

10º.- CNT no tiene presencia en los órganos de representación unitaria en la empresa, ni cuenta con representantes sindicales. No consta que

tenga implantación alguna en IBOP. Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre del Sindicato COORDINADORA ESTATAL DEL SECTOR DE HANDLING Y AÉREO (CESHA) y del SINDICATO DE TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA (STAVLA). Su Letrado, Sr. Sr. Aparicio Marbán, en escrito de fecha 26 de septiembre de 2013, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.e) de la LRJS por aplicación errónea del art. 9.3 de la Constitución y vulneración del art. 82 del ET. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) de la LRJS por infracción de los arts. 3.5 y 51 del ET.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 3 de diciembre de 2014. Por providencia de 12 de noviembre de 2014 y por necesidades del servicio, se suspendió dicho señalamiento.

OCTAVO.- Por providencia de 2 de diciembre de 2014 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedió su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la LOPJ. A tal efecto, para su celebración, se señaló el día 21 de enero de 2015, convocándose a todos los Magistrados de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Sin perjuicio de que los Antecedentes de Hecho ya expuestos muestran las condiciones en que accede a nuestro conocimiento el litigio, seguidamente se resaltan los aspectos más relevantes. Debemos anticipar que los términos en que está delimitado el objeto litigioso van a ser decisivos para la suerte que corran tanto el recurso interpuesto cuanto la demanda que generó el litigio.

1. El supuesto debatido.

El 12 de febrero de 2013 la empresa IBERIA inició los trámites de un despido colectivo, cuyo

periodo de consultas finalizó mediante acuerdo de 13 de marzo de 2013, aceptando empresa y mayoría sindical la propuesta presentada por el mediador designado al efecto. Respecto de dicho acuerdo la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ha dictado dos sentencias:

La SAN 140/2013 de 4 de julio, que resuelve la demanda presentada por el SEPLA contra el despido colectivo de referencia y fue recurrida ante esta Sala Cuarta. El correspondiente recurso de casación (16/2014) ha sido deliberado en la misma fecha que el presente y concluye con fallo desestimatorio.

La SAN 146/2013, de 17 de julio de 2013, resolviendo las demandas acumuladas 168/13 y 196/13. Es la resolución ahora recurrida y su objeto procesal se centra en la legalidad de uno de los Puntos integrados en el Acuerdo final de 13 de marzo de 2013.

2. Las demandas interpuestas.

Con fecha 12 de abril de 2013 se presentó demanda por parte del sindicato CESHA (Coordinadora Estatal del Sector de Handling y Aéreo) mediante la que impugnaba el Acuerdo de mediación alcanzado en el periodo de consultas del despido colectivo reseñado. Se reclama «al amparo del artículo 67.1 LJS» y se interesa la declaración de nulidad «de dicho acuerdo de mediación o, en su caso del punto cuarto del mismo». Una demanda similar fue presentada, el 30 de abril siguiente, por el STAVLA (Sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelo de Líneas Aéreas de España); reproduce los mismos hechos y fundamentos que la anterior pero en relación al colectivo que representa de tripulantes auxiliares de vuelo.

Una vez acumuladas, en el acto del juicio se ratificaron las demandas con las siguientes matizaciones: 1) Se restringe la petición de nulidad solicitada a lo acordado en apartado 4 del Acuerdo de mediación (renuncia a revisión salarial). 2) El coordinador del sindicato CESHA, inicialmente demandante a título personal, desiste al haberse prejubilado acogiéndose al ERE resultado del acuerdo impugnado.

3. El procedimiento ante la Audiencia Nacional y su sentencia.

El procedimiento se promovió como «impugnación de acuerdo de mediación al amparo del art. 67.1 LRJS... en relación con el acuerdo de mediación adoptado el pasado 13 de marzo de 2013 en el procedimiento de despido colectivo 97-2013 planteado por Iberia SAU operadora como consecuencia de la mediación desarrollada en su seno... ante la presunta ilegalidad del punto 4 de los acuerdos adoptados en el mismo». Sin embargo, el FJ Tercero de la sentencia explica que «el procedimiento se ha tramitado como de impugnación de convenio», aplicándose las reglas procesales propias de la modalidad de conflicto colectivo; de hecho, el encabezamiento de la sentencia manifiesta que versa «sobre conflicto colectivo».

La sentencia ahora recurrida aprecia de oficio la falta de legitimación de CNT para intervenir en este proceso y estima la falta de legitimación pasiva *ad causam* del SEPLA.

Respecto del fondo del asunto, desestima la demanda porque no puede considerarse que el acuerdo alcanzado suponga una disposición restrictiva de derechos, ya que lo acordado (e impugnado en este procedimiento) debe valorarse dentro del peculiar contexto en el que se produce. La sentencia considera probado que la compañía Iberia necesita acometer un proceso de reestructuración que contribuya a hacer sostenible su futuro, a cuyo efecto el acuerdo entre la Dirección de Iberia y los Representantes de los trabajadores es el instrumento más eficaz.

El acuerdo incluye, además de la previsión ahora recurrida, otras medidas (extinción de un mínimo de 3141 contratos, un ajuste salarial para quienes se mantienen en sus puestos de trabajo y su congelación durante el período 2013-2015, al igual que respecto de las aportaciones al Fondo Mutuo) que constituyen un todo equilibrado para la Sala de instancia.

A la vista de ese equilibrio interno del acuerdo (aceptando la propuesta inescindible del mediador), se concluye que concurren elementos para exceptuar la doctrina general sobre indisponibilidad colectiva de derechos individuales consolidados y la irretroactividad de previsiones restrictivas de derechos.

4. El recurso de casación.

Mediante su escrito de 24 de septiembre de 2013 el Letrado Don Jorge Aparicio Marbán, en nombre y representación de CESHSA y de STAVLA interpuso recurso de casación frente a la sentencia de instancia, estructurándolo en dos motivos. El primer motivo denuncia la vulneración del art. 9.3 de la Constitución española y art. 82 del Estatuto de los Trabajadores. Considera que el apartado 11.4 del acuerdo alcanzado vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, porque supone dejar sin efecto reajustes salariales consolidados al amparo del IX Convenio Colectivo y del Acta de 2 de enero de 2012, firmada por el Comité Intercentros del personal de tierra de IBERIA y la Dirección de la empresa, como consecuencia de que el IPC real (2,9%) fue superior al IPC previsto para el año 2012 (2,0%).

El segundo motivo denuncia la infracción de normas del ordenamiento, en relación con los arts. 3 y 51 ET. Censura el argumento conforme al cual los trabajadores no pueden ser parte en un ERE, al encomendarse por el legislador la negociación a los sujetos colectivos, por lo que los primeros tampoco pueden disponer de sus derechos adquiridos, pero debiendo entenderse habilitados los segundos para llevar a cabo tal disposición. Entiende que las partes pueden sacrificar derechos individuales, pero solo respecto de derechos nacidos y no adquiridos, tal como se definen acertadamente en la STS de 7 de abril de 1993 (rec. 520/93).

5. La impugnación al recurso.

Mediante su escrito de 29 de octubre de 2013, la representación Letrada de IBERIA impugnó el recurso de casación, detallando las razones que debían conducir a desestimar su dos motivos.

El escrito cita las SSTC 49/1985, de 28 de marzo y 120/1987, de 10 de julio para respaldar la posibilidad de que un órgano judicial cambie de criterio. Asimismo se apoya en la doctrina de la STC 120/1987, de 10 de julio, para advertir que exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente al principio de irretroactividad de previsiones desfavorables.

Respecto del segundo motivo, entiende que no concurre una disposición colectiva de derechos individuales en sentido propio, sino que nos encontramos ante el resultado de un proceso de despido colectivo; para enjuiciar la validez de un punto del Acuerdo alcanzado debe tenerse en cuenta todas las medidas adoptadas en su conjunto, en beneficio del resultado del proceso colectivo en curso, como hace la sentencia recurrida.

6. Los Informes de la Fiscalía.

Constan dos informes de fechas 24 de octubre de 2013 (Fiscalía ante la Audiencia Nacional) y 19 de marzo de 2014 (Fiscalía ante esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo).

El primero de los Informes considera que existen circunstancias que justifican la renuncia de derechos pactada por los representantes de los trabajadores, concretamente que ello se incluyó entre otras medidas tendentes a la preservación de la actividad y de puestos de trabajo.

Sin embargo la Fiscalía ante el TS niega que el derecho a la revisión salarial sea renunciable, conforme a la interpretación del art. 9.3 CE. Sostiene que las renunciaciones solo pueden afectar a salarios no devengados. En suma, postula que declaremos la nulidad del acuerdo impugnado, estimando el recurso interpuesto.

SEGUNDO.- La modalidad procesal adecuada.

La sinopsis que se ha realizado sobre las indicaciones contenidas en las demandas interpuestas o en la sentencia recurrida ya ha puesto de relieve la existencia de dudas y ambigüedades sobre cuál ha sido la modalidad procesal seguida en la instancia (y en el recurso).

Es el momento de examinar con detalle esta cuestión pues está en juego el orden público procesal. Nótese que de la elección que se realiza depende la aplicación de normas diversas sobre legitimación (activa y pasiva), los plazos para accionar y su naturaleza (prescripción o caducidad), el contenido mínimo de la demanda, las singularidades en materia probatoria, el papel de la Fiscalía, la recurribilidad o el alcance y contenido de la sentencia, por ejemplificar.

Puesto que todas esas cuestiones dependen del cauce procesal a cuyo través se ventilen las pretensiones ejercitadas por los demandantes, el artículo 102.2 LRJS contiene un mandato de obligado cumplimiento, que conviene ahora recordar:

Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advierte la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, conaplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.

1. Modalidad expresada en la demanda.

Según dispone el art. 102.2 LRJS *in initio*, debe darse al procedimiento la tramitación expresada en la demanda. Recordemos que en nuestro caso se impugnaba el acuerdo de mediación «al amparo de lo dispuesto en el art. 67.1 LRJS». Conforme a este precepto, *el acuerdo de conciliación o de mediación podrá ser impugnado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto objeto de la conciliación o de la mediación, mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad*. La norma en cuestión, adicionalmente, no apunta a una determinada modalidad procesal, por lo que doctrina mayoritaria entiende que ha de seguirse el procedimiento ordinario.

Pero este artículo 67.1 LRJS, en realidad, no es aplicable al caso pues se refiere a la impugnación del acuerdo de conciliación o de mediación al que se accede con carácter previo al proceso. No está diseñado para impugnar los posibles acuerdos alcanzados en un período de consultas sobre despido colectivo (o sobre cualquier otra medida de reestructuración), aunque el pacto logrado en esos supuestos sea el resultado de una mediación. La previsión normativa que la demanda invoca a efectos procedimentales solo permite cuestionar el resultado transaccional de la mediación o conciliación previas al proceso, preprocesales. Así lo indica la propia ubicación del precepto en el Título sobre «evitación del proceso».

En el presente caso, desde luego, el acuerdo que se ataca es el alcanzado entre empresa y trabajadores mediante el cual se habilita a la primera para activar las medidas pactadas en las deliberaciones sobre el despido colectivo, extinciones contractuales inclusive. Tal acuerdo en periodo de consultas de un despido colectivo, espontáneo o como resultado de la mediación, no constituye la mediación o conciliación contemplada en el art. 67 LRJS y sus preceptos relacionados. Recordemos que de estos acuerdos de conciliación o mediación puede resultar un título ejecutivo separado, autónomo y propio (art. 68 LRJS), lo que en modo alguno cuadra al Acuerdo de 13 de marzo de 2013 entre Iberia y la mayoría sindical. mediación preprocesal no es el adecuado para nuestro caso. La intervención del mediador, decisiva en la práctica, es puramente propedéutica o accesoria desde la perspectiva del despido colectivo: lo relevante es la voluntad de las partes. Se trata de impugnar un acuerdo alcanzado en el período de consultas (art. 51.2 ET), no de otra cosa.

2. La modalidad seguida y el enfoque de la sentencia.

Sin que las partes del procedimiento o la sentencia de la Audiencia Nacional hayan prestado especial atención a ello, lo cierto es que: a) Aquí no se ha seguido el proceso ordinario para impugnar el acuerdo de mediación, como la demanda parecía apuntar. b) La sentencia afirma

en su pórtico que versa «sobre conflicto colectivo», pero el Antecedente Primero admite que la demanda trata sobre «impugnación de acuerdo de mediación». c) El FJ Tercero explica que «el procedimiento se ha tramitado como de impugnación de convenio colectivo».

Esa ambigüedad corre pareja con la reconversión de la pretensión ejercitada: inicialmente se dirigía contra todo el Acuerdo pero en el acto del juicio se circunscribió a uno de sus Puntos, como se ha indicado.

La atenta lectura de la sentencia muestra que en absoluto se ha limitado a examinar «las causas que invalidan los contratos» o a estudiar los perjuicios alegados «por los posibles perjudicados por su ilegalidad o lesividad», como prescribe el art. 67.1 LRJS, con decidida voluntad de imponer una cognición restrictiva en la impugnación de acuerdos que son resultado de la conciliación o mediación previas al proceso judicial.

Asimismo, el examen de la resolución dictada por la Audiencia Nacional muestra que la *ratio decidendi* de su fallo —desestimatorio de la demanda— radica en la contemplación conjunta del pacto alcanzado. De manera literal, puede leerse en ella lo siguiente:

«No estamos realmente ante un procedimiento de inaplicación convencional puro, sino que el descuelgue se integra en un acuerdo de mediación que contempla medidas diversas, siendo aquella una más, todas ellas integradas en un pronunciamiento global»

«Una batería de medidas, que no pueden escindirse unas de otras sin romper el delicado equilibrio que en él subyace, claramente apreciable en un pacto de contenido tan preciso y breve como el que examinamos.»

«No estamos ante decisiones aisladas, sino ante una única propuesta que solo podía ser considerada en su conjunto, puesto que, una vez presentada por el mediador, debía aceptarse o rechazarse íntegramente, no siendo susceptible de ulterior negociación de alguno de sus extremos.»

«Cada uno de los apartados del acuerdo (...) no tienen entidad independiente y sólo permiten es-

estructurar su contenido, sino sobre su consideración global, sobre el resultado neto del mismo».

«Porque la nulidad de uno de sus apartados comportaría, seguramente, la caída del acuerdo en su totalidad, que perdería sentido al quedar roto el delicado juego de contrapesos que en su acotado y ajustado seno se alberga».

Esta inescindibilidad del acuerdo explica que cuando se ataca uno de los cuatro pilares sobre los que se edifica (despidos, minoración retributiva, Fondo Mutua, subidas atrasadas) la sentencia de instancia entienda imprescindible la contemplación simultánea de todos ellos.

Debemos plantearnos, y por eso hemos debido realizar estas consideraciones, si es posible que en un proceso donde no se negociaciones del despido colectivo) se examine la validez de otra de las otras cláusulas relevantes del pacto con el que termina la fase de consulta y negociación.

3. Alternativas sobre la modalidad procesal a seguir.

¿Cuál es la vía procesal adecuada cuando no se impugnan las extinciones, sino otras posibles medidas complementarias o alternativas de los despidos, y que se han incluido en el pacto final? Este es el supuesto en que nos encontramos, una vez que los sindicatos demandantes terminaron aclarando que no impugnaban la totalidad del acuerdo de 13 de marzo de 2013 sino solamente uno de sus apartados. A este respecto, las posibilidades son dos básicamente;

Considerar que el ámbito de la impugnación colectiva de un despido colectivo comprende no solo la calificación de las extinciones contractuales, sino también la validez de las medidas y decisiones complementarias pero relevantes.

Remitir el análisis de la legalidad o ilegalidad de esas otras medidas a posibles procedimientos separados, incluido el proceso de conflicto colectivo, como ha entendido implícitamente la sentencia recurrida.

Esta segunda opción sustrae a la impugnación de los despidos colectivos una parte esencial de su contenido, como si fuese separable de la decisión extintiva en su conjunto. Pensamos que cuando existe acuerdo en la fase de consultas

surge una inescindible unidad entre la extinción colectiva y las medidas en que se basa, una completa vinculación a la totalidad del acuerdo. No es pensable que se resuelva de forma separada sobre un extremo que ha condicionado la concurrencia de voluntades y que el resto quede inconvencible.

Otro inconveniente de esta segunda vía es el riesgo de que exista (como en el presente caso) una duplicidad de procedimientos en ámbito en el que el legislador ni siquiera ha querido que haya procesos de despido individuales, ya que quedan en suspenso, generando la inseguridad propia de los cuestionamientos paralelos de una misma medida empresarial. Además, como quedó apuntado, las reglas sobre legitimación, los plazos, las peculiaridades de la demanda o de la prueba del art. 124 LRJS (modalidad de despido colectivo) quedarían desplazadas por otras (sea del proceso ordinario, sea de la modalidad de impugnación de convenios, sea de la modalidad de conflictos colectivos).

La actualización de esos riesgos teóricos aparece de manera clara en el presente caso. La sentencia impugnada realiza constantes reflexiones sobre la totalidad del pacto, sobre la negociación desarrollada, sobre sus equilibrios internos; de todo ello ya se ha dado cumplida cuenta. Comparemos esas consideraciones con las albergadas en la parte final de la sentencia 140/2013, que pocos días antes había dictado la misma Sala de la Audiencia Nacional (por cierto, recordada y parcialmente reproducida en el HP noveno de la ahora recurrida):

«Es cierto también, que los pilotos y TCP sufrirán una merma en sus retribuciones del 14%, pero no es menos cierto que sus retribuciones eran de las más elevadas del sector, lo que lastaba claramente la competitividad de la empresa, quien no podía competir con otras compañías, cuyos costes de personal de vuelo eran mucho más ajustados.- Se reduce también un 5% la retribución del colectivo de tierra, un poco por encima del incremento de su coste unitario, entendiéndose por la Sala que dicha reducción es equilibrada, por cuanto el colectivo de tierra es el más afectado por los despidos y era además

el que tenía sueldo más ajustados en la empresa, porque **dicha reducción impulsará también la competitividad de la empresa en los servicios de tierra**, que tenga necesariamente que proporcionar, acomodándose también a los costes de otras empresas de la competencia en esta materia.

Es verdad también que el acuerdo introduce también **otros esfuerzos importantes para los trabajadores**, como la congelación de salarios hasta 2015, la renuncia a la revalorización salarial para el año 2012, la congelación de los incrementos de antigüedad y de progresión hasta 2015 y la reducción de las aportaciones al Fondo Mutua de un 5%, pero no es menos cierto que el **acuerdo alcanzado ha equilibrado a la baja la propuesta inicial de la empresa**, que contemplaba reducciones del 23% para todos los colectivos afectados, lo que compensa y equilibra razonablemente el nivel de sacrificios de cada parte para la consecución de los objetivos propuestos, orientados a frenar el declive de la empresa y sentar las bases para su relanzamiento saneado.

Por lo demás, la empresa queda comprometida a mantener la actividad de handling, una vez ajustados los costes de dichos servicios en los términos expuestos, comprometiéndose a concursar en los aeropuertos de AENA para la realización de dicha actividad, siempre que se asegure su rentabilidad.- Se ha comprometido también a ajustar sus gastos corrientes de modo proporcional a la pérdida de plantilla y a los ajustes salariales referidos, **entendiéndose por la Sala, que los compromisos, asumidos por unos y otros, son razonablemente equilibrados, tratándose de medidas realistas** que exigen a todos —empresa y a todos los colectivos de trabajadores— ponerse inmediatamente a la tarea, porque si no lo hacen así, de mantenerse la confrontación permanente por parte de algunos colectivos, que han dado la espalda a un acuerdo de mediación, que les vinculaba plenamente, puesto que se asumió por el 81, 08% de los representantes de los trabajadores, como si la situación de la empresa en su conjunto fuera algo ajeno. Si se insiste en confrontar contra

una supuesta conspiración para descapitalizarla, que no han logrado acreditar, acreditándose, por el contrario, que la situación de la matriz es absolutamente delicada, empeñándose en resolver parceladamente un estado de cosas, que **solo puede resolverse globalmente, con los sacrificios que correspondan a cada colectivo**, el futuro de la empresa no será nada halagüeño.

Consideramos, por tanto, que IBOP ha cumplido razonablemente el procedimiento previsto en el art. 51.2 ET, puesto que los negociadores decidieron democráticamente sustituir el periodo de consultas, parcelado inicialmente por franjas, por una mediación unitaria, que concluyó con una propuesta de acuerdo, que fue asumida por la inmensa mayoría de los representantes de los trabajadores.- **Probada, por otra parte, la concurrencia de causas económicas, organizativas y de producción, así como la adecuación entre sus graves manifestaciones y las medidas adoptadas**, debemos declarar que el despido colectivo se ajustó a derecho, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS.

La mera lectura (ayudada por los caracteres destacados que hemos introducido) evidencia que en la sentencia dictada en la modalidad de despido colectivo ya se examinaron las medidas incluidas en el pacto final, no solo las extinciones. La conclusión de las dos sentencias es idéntica, pero la dualidad de pronunciamientos y de cogniciones irrefutable. ¿Qué sucedería si la sentencia primera (sobre despido colectivo) declara el ajuste a Derecho de todo el pacto y ahora lo consideramos parcialmente ilegal? ¿Qué sucedería en el supuesto contrario?

Entre los objetos de los dos procesos existe tal conexión que se corre el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes (art. 30.1 LRJS). Huelga advertir que la acumulación de recursos (art. 234.1

LRJS) en este caso era imposible, al haberse desarrollado los debates en la instancia sobre presupuestos (comenzando por la legitimación activa y pasiva de quienes intervienen) diversos.

4. Prioridad de la modalidad de despido colectivo.

Ya es hora de que enunciemos nuestra doctrina respecto de la cuestión que venimos examinando: los aspectos esenciales de un pacto alcanzado en el procedimiento de consultas del despido colectivo han de combatirse a través de la modalidad procesal contemplada en el art. 124 LRJS. Solo de forma subsidiaria, una vez conjurado el peligro de duplicidad de pronunciamientos del modo que expondremos, será posible examinar judicialmente aspectos colaterales del mismo.

La íntima conexión de unas cuestiones y otras comporta la existencia de una conexidad objetiva en el objeto procesal. Por eso, los contenidos básicos del acuerdo alcanzado durante la fase de consultas en un procedimiento colectivo de despido no deben ser objeto de impugnación autónoma y separada por la vía de conflicto colectivo, como ha sucedido en este caso. Los arts. 51 ET y 124 LRJS son a estos fines complementarios entre sí a la hora de impugnar una extinción colectiva de contratos de trabajo que desemboca en acuerdo, conforme a lo querido por el art. 51.2 ET y preceptos concordantes.

En estos casos la modalidad del art. 124 LRJS debe considerarse excluyente y prioritaria. La impugnación del acuerdo sobre el despido colectivo no puede hacerse por aspectos parciales sin tomar en consideración el conjunto de las medidas y sus efectos sobre el empleo. Es cierto que el legislador procesal no ha contribuido en absoluto a enfocar las cosas como acabamos de exponer, pero se trata del único remedio procesal de que dispone el intérprete a fin de evitar situaciones contrarias a la seguridad jurídica o la cosa juzgada.

El lugar natural para examinar la validez de un pacto esencial del acuerdo sobre despido colectivo debe ser el pleito en que se cuestiona tal despido colectivo por la vía del art. 124 LRJS. Cuando no se impugna el despido colectivo, o cuando se ha impugnado y gana firmeza la correspondiente sentencia, se abre la posibilidad de examinar otras impugnación menor o secundaria) ha de respetarse lo dicho en la sentencia de despido colectivo (si existe) y, en todo caso, evitar el examen de cuestiones cuya trascendencia

sea tal que se considere decisiva para el acuerdo alcanzado.

Esta contemplación necesariamente unitaria de ciertos negocios jurídicos no es desconocida en nuestras leyes procesales y forma parte de la adecuada delimitación del objeto procesal. Por ejemplo, el art. 21.2 LEC regula el allanamiento parcial y prescribe que el tribunal, a instancia del demandante, dictará de inmediato auto acogiendo pero «para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas».

Asimismo es pertinente recordar que la existencia de una sentencia firme sobre objeto idéntico excluye un ulterior proceso al respecto (art. 222.1 LEC). Y que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal (art. 222.4 LEC).

TERCERO.- Trámite que debe seguir el recurso.

A) Entendemos que se ha seguido una modalidad procesal inadecuada, que ello ha supuesto parcelar un objeto litigioso inescindible y que ha existido un conocimiento paralelo de la misma materia. En esta sede casacional, y dadas las expuestas circunstancias, no cabe la *reconducción* querida por el segundo tramo del artículo 104.2 LRJS («se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda...») ni la acumulación de recursos (art. 234.1 LRJS).

B) El caso es muy diverso al resuelto por nuestra STS 8 abril 2014 (rec. 218/2013). Allí aceptamos la posibilidad de proceder de oficio a la subsanación o conversión procedimental para evitar declaraciones de inadecuación de procedimiento, pero porque la pretensión (declaración de nulidad de un laudo arbitral que pone fin a una huelga) permitía la aplicación por analogía de los principios de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos que tienen el carácter de normas jurídicas de carácter general,

en especial sobre legitimación (con presencia del Ministerio Fiscal) y otras consecuencias a ello inherentes. Porque en la solución de las restantes cuestiones procesales resueltas en la sentencia de instancia, aun con fundamento jurídico diferente al ahora contenido en la expuesta normativa procesal social, se llega a análogas conclusiones a las que resultarían de haberse aplicado éstas, no generándose indefensión en estos extremos para ninguna de las partes (art. 24.1 CE). Porque, en fin, no existirían procedimientos paralelos con objeto parcialmente coincidente.

Nada de eso sucede aquí, pues las reglas del art. 124 LRJS (modalidad procesal que ha de seguirse) son sumamente específicas (legitimación activa y pasiva, contenido de la demanda, prueba, etc.).

C) Como hemos recordado en la STS 11 noviembre 2014 (rec. 3102/2013) el art. 104.2 LRJS prevé el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento, sin que tampoco se establezca la declaración de nulidad de lo actuado y reposición de las actuaciones al momento de interposición de la demanda. Esa sería la consecuencia pertinente al presente asunto, con el archivo de las actuaciones, de no ser porque inicialmente las demandas, como queda dicho, sí impugnaban el contenido todo del acuerdo con el que finalizó el periodo de consultas en el despido colectivo.

Por tanto, para evitar cualquier atisbo de indefensión, descartamos esa extrema solución y retrotraemos las actuaciones al momento previo al de dictarse sentencia a fin de posibilitar el restablecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva al amparo de la modalidad procesal adecuada.

D) Esta consecuencia, por descontado, permitirá a la Audiencia Nacional adoptar las medidas pertinentes a la vista de lo resuelto en su sentencia 140/2013, que hemos confirmado en la misma fecha en que se ha deliberado el presente recurso. Corresponde al Tribunal de instancia, asimismo, determinar si ha de hacer uso de alguna de las posibilidades que la LRJS pone en sus manos para complementar, rectificar, subsanar o confir-

mar las diversas decisiones de tipo procesal que hasta ese momento se adoptaron.

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

FALLO:

1º) Declaramos que no procede entrar a conocer el recurso de casación formulado por el Letrado Don Jorge Aparicio Marbán, en nombre y representación de CESHSA y de STAVLA.

2º) Anulamos la sentencia 146/2013, de 17 de julio de 2013, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional resolviendo la demanda presentada por COORDINADORA ESTATAL DEL SECTOR DE HANDLING AEREO (CESHA), D. Luis Enrique Y SINDICATO DE TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LINEAS AEREAS contra IBERIA LAE SA OPERADOR SAUNIPERSONAL, COMISIONES OBRERAS, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, UNION SINDICAL OBRERA, ASOCIACION SINDICAL ESPAÑOLA DE TECNICOS DE MANTENIMIENTO, SINDICATO INDEPENDIENTE DE TRIPULANTES DE CABINA DE PASAJEROS DE LINEAS AEREAS, SECCION SINDICAL DE LA CENTRAL TRABAJADORES ASAMBLEARIOS VUELO, SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LINEAS AEREAS, CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, CTA, CONFEDERACION NACIONAL DE TRABAJO, COMITE INTERCENTROS PERSONAL TIERRA IBERIA Y MINISTERIO FISCAL en impugnación de acuerdo de mediación. Dicha sentencia resuelve también la demanda, acumulada a la anterior, presentada por D. Belarmino Y SINDICATO DE TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LINEAS AEREAS (STAVLA) contra IBERIA LAE SA OPERADORA UNIPERSONAL, COMISIONES OBRERAS, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, UNION SINDICAL OBRERA, ASOCIACION SINDICAL ESPAÑOLA DE TECNICOS DE MANTENIMIENTO, SINDICATO INDEPENDIENTE DE TRIPULANTES DE CABINA DE PASAJEROS DE LINEAS AEREAS, SECCION SINDICAL DE LA CENTRAL TRABAJADORES ASAMBLEARIOS VUELO, SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LINEAS AEREAS, CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, CTA, CONFEDERACION NACIONAL DE TRABAJO y COMITE DE EMPRESA DE VUELO.

3º) Retrotraemos las actuaciones hasta el momento anterior al de dictar sentencia para que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional proceda de acuerdo con lo indicado en la Fundamentación de esta Sentencia.

4º) No ha lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, 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

Dª Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López D. Jordi Agustí Juliá

Dª María Luisa Segoviano Astaburuaga D. José Manuel López García de la Serrana

Dª Rosa María Vicolés Piñol D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

D. Miguel Ángel Luelmo Millán D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Jesús Souto Prieto

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro 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

ÁNGEL BLASCO PELLICER

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

(Tol 4738464)

Cabecera: Sentencia 8/2015, de 22 de enero de 2015. Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad: constitucionalidad de los preceptos legales relativos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; modificación sustancial de las condiciones de trabajo, negociación colectiva; extinción del contrato de trabajo, procesos por despido; aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en el sector público; y nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Voto particular. Contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores

Jurisdicción: Constitucional

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 22/01/2015

Fecha publicación: 24/02/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Pleno

Número Sentencia: 8/2015

Número Recurso: 5610/2012

Supuesto de hecho: Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

RESUMEN:

EL TC DESESTIMA EL RECURSO DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS DE PSOE E IZQUIERDA PLURAL CONTRA LA REFORMA LABORAL DE 2012

El Pleno del Tribunal Constitucional ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad presentado por los grupos parlamentarios del PSOE y de La Izquierda Plural contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La sentencia, de la que ha sido ponente la Magistrada Encarnación Roca, cuenta con el voto particular del Magistra-

do Fernando Valdés Dal-Ré, al que se han adherido la Vicepresidenta, Adela Asua, y el Magistrado Luis Ignacio Ortega.

El presente recurso coincide en algunos aspectos con el presentado contra la misma norma por el Parlamento de Navarra, que fue desestimado por el Pleno el pasado 16 de julio (STC 119/2014). Por lo tanto, en relación con esos puntos, el Tribunal reitera los argumentos expresados en aquella resolución. El recurso cuestiona también otros preceptos de la ley. Entre ellos, los siguientes:

1) Reforma del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (LET), que atribuye al empresario la facultad de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo previstas en «acuerdos o pactos colectivos», es decir, los conocidos como «extraestatutarios» o «de eficacia limitada» (carecen de eficacia general y solo producen efectos entre las partes que los otorgan). En opinión de los recurrentes, vulnera los artículos 37.1 CE (derecho a la negociación colectiva) y 28.1 CE (libertad sindical).

La sentencia rechaza que se produzca la infracción de los citados preceptos de la Constitución en la medida en que, tal y como advierte la ley recurrida en su Exposición de Motivos, la limitación del derecho a la negociación colectiva persigue la finalidad de «procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción».

Además, explica la sentencia, el ejercicio de la facultad empresarial de modificación unilateral de las condiciones de trabajo «se concibe únicamente como alternativa al fracaso de la negociación previa y preceptiva con los representantes de los trabajadores». Se establecen otras condiciones, como que el empresario solo podrá adoptar la decisión discrecional cuando concurran «probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción», o que la decisión empresarial «queda sujeta, en todo caso, al control judicial».

2) Reforma del art. 84.2 LET que, en relación con determinadas materias, concede prioridad al convenio de empresa con respecto al convenio sectorial. El Tribunal reitera su constitucionalidad, ya declarada en la STC 119/2014, y da también respuesta a los nuevos argumentos planteados por los recurrentes, en cuya opinión la norma vulnera los artículos 37.1 y 28.1 CE.

Explica la sentencia que la norma impugnada «parte de la consideración de la empresa como un espacio especialmente propicio para la negociación colectiva de cara a la fijación de las condiciones de trabajo que resulten ajustadas a las concretas características y necesidades de la empresa y sus trabajadores», razón por la que «ha optado por dar preferencia al resultado de una negociación descentralizada» (convenio de empresa) cuando se tra-

ta de regular condiciones de trabajo que afectan a determinadas materias. Por tanto, «ni imposibilita la negociación colectiva de ámbito superior sobre las materias respecto de las cuales se prevé tal prioridad ni resta eficacia normativa a la regulación sectorial ya existente, que seguirá siendo de aplicación en todas las empresas de su ámbito que no aprueben su propio convenio colectivo».

La sentencia rechaza la vulneración del art. 37.1 CE (derecho a la negociación colectiva), por cuanto el citado precepto de la Constitución «no ha reservado a los sindicatos, en exclusiva, el derecho a la negociación colectiva» sino que ha optado por un «amplio reconocimiento» de su titularidad, sin excluir otros representantes sindicales y otros representantes de los trabajadores.

Tampoco aprecia vulneración del art. 28.1 CE (libertad sindical), en la medida en que el plus de eficacia otorgado a los pactos extraestatutarios en determinadas materias «no imposibilita a los sindicatos la negociación colectiva de eficacia general ni impide, por tanto, el ejercicio de una de sus funciones esenciales».

3) Reforma del art. 51 LET que, según los recurrentes, vulnera el derecho a no ser despedido sin causa justa (art. 35.1 CE) y el derecho al control judicial efectivo sobre la causalidad del despido (art. 24.1 CE), porque el precepto cuestionado suprime la obligación del empresario de acreditar «la concurrencia de la causa extintiva» y de justificar «la razonabilidad» del despido.

El Pleno rechaza que el precepto impugnado «haya consagrado un despido colectivo no causal (...) basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial». Al contrario, afirma que, al prescindir de las referencias a la prueba de la concurrencia de la causa de despido y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, la ley «suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica» a los empresarios.

La nueva redacción, añade la sentencia, «impone al empresario un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en el que debe entregarles no solo una 'memoria explicativa de las causas del despido colectivo', sino también 'toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo'»; en definitiva, el precepto impugnado «dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre», lo que, además, permite al órgano judicial realizar un «control efectivo» sobre la decisión empresarial.

4) Reforma de la Disposición adicional 10ª LET, que excluye de la negociación colectiva la posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa.

La jurisprudencia del TC, explica la sentencia, ha admitido una política de empleo basada en la jubilación forzosa y, por lo tanto, en que el legislador fije una edad máxima como causa de extinción de la relación laboral. Y ello porque, si bien la jubilación forzosa supone una limitación al ejercicio del derecho al trabajo de unos trabajadores, también sirve para garantizar el derecho al trabajo de otros. En consecuencia, «no cabe sino afirmar que otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción, en consecuencia, de esta materia de la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y los empresarios, encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales».

La medida adoptada, añade, no solo se dirige a garantizar el retiro voluntario del trabajador, sino que también es acorde con la actual situación de «crisis económica agravada por una elevada tasa de desempleo» pues «el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del Sistema Nacional de la Seguridad Social, en general, evitándose 'el incremento de los déficits públicos'». En consecuencia, no vulnera los arts. 14 y 37 CE.

En su voto particular, los Magistrados Valdés, Asua y Ortega discrepan tanto del canon de constitucionalidad utilizado para analizar los motivos del recurso, como con el fondo de la sentencia, y consideran, en consecuencia, que debió declararse la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes artículos:

1) El 12.1 (que reforma el art. 41 de Estatuto de los Trabajadores), por violación «de la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art.37.1 CE) y, por conexión, de la libertad sindical (art. 28.1 CE)» al «introducir un nuevo régimen jurídico (...) de las modificaciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo».

2) El art. 18.3 (que da nueva redacción al art. 51.1 ET), por vulneración del art. 35.1 CE «al redefinir las causas que habilitan al empresario a adoptar medidas de despido colectivo y, por el juego de la remisión legal enunciada, las que le permiten igualmente acudir a decisiones extintivas de carácter objetivo (art. 50.c ET)».

3) Los artículos 18.7 (que reforma el art. 56.1 ET) y 23.1 (que reforma el art. 110.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) por lesión del art. 35.1 CE «al suprimir los salarios de tramitación en el supuesto en que el empresario, una vez declarado judicialmente el despido como improcedente, opte por abonar al trabajador una indemnización, en lugar de readmitirlo».

4) La disposición adicional tercera, que añade al ET la disposición adicional vigésimo primera, por infracción de los arts. 14 y 9.3 CE «al declarar inaplicable el art. 47 ET a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos».

COMENTARIO:

El Tribunal Constitucional avala definitivamente la reforma laboral de 2012

1.- La sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Se trata de la segunda sentencia que el Tribunal dicta sobre la inconstitucionalidad de varios aspectos de la citada ley. En efecto, con anterioridad, la STC 119/2014, de 16 de julio resolvió un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Navarra cuyo objeto y fundamento coincidía parcialmente con el que ahora se resuelve.

Ambas sentencias dan, por tanto, cumplida respuesta a los reproches de inconstitucionalidad que, desde diversas instancias, se habían venido haciendo sobre aspectos nucleares de la reforma laboral de 2012. La respuesta es, como se verá de inmediato, muy clara: todos los aspectos de la reforma cuestionados resultan ser adecuados y respetuosos con el texto constitucional. Con ello, se despejan las dudas sobre la constitucionalidad de dicha reforma legislativa.

La sentencia cuenta con un voto particular discrepante suscrito por tres magistrado que sostienen que era necesario utilizar otros cánones de constitucionalidad y que, consecuentemente, deberían haberse admitido todos los extremos del recurso.

2.- No está de más recordar que la reforma laboral de 2012 se introdujo, en primer lugar mediante el Real Decreto Ley 3/2012, de 11 de febrero, que tras su entrada en vigor y oportuna convalidación por el Congreso de los

Diputados, se tramitó como proyecto de ley por la vía de urgencia que fue definitivamente aprobado por la Ley 3/2012, de 6 de julio que, con algún re-
toque, mantuvo, en esencia, el texto incorporado por el RDL citado. Ninguna
de ambas normas estuvo exenta de polémica, no sólo por la oportunidad
de las reformas que introdujo, sino, especialmente, por el entendimiento
de algunos sectores políticos y de parte de la doctrina científica de la inconsti-
tucionalidad de bastantes preceptos incorporados por la reforma que chocó
con la posición de quines entendían que las nuevas provisiones normativas
tenían perfecto encaje en el marco constitucional.

3.- El recurso de inconstitucionalidad pone en cuestión destacados as-
pectos de la reforma laboral de 2012 que iremos analizando de manera sin-
gular; pero, en la base de todos ellos late la idea de que la reforma impli-
ca, a juicio de los recurrentes, una quiebra del «modelo constitucional» de
relaciones laborales al situarse «fuera del marco de nuestro Estado social
y democrático de Derecho» y «de la Constitución», o, en otras palabras, la
sustitución de los «elementos centrales del modelo constitucional» por otros
distintos que hace que esa Ley «nazca al mundo del Derecho fuera de las
coordenadas constitucionales».

Tal sentir no es compartido por el Tribunal para el que, con apoyo en al-
gunas de sus sentencias precedentes, se puede concluir que la Constitución
de 1978 no diseña un modelo cerrado de relaciones laborales, ni más con-
cretamente, de negociación colectiva, correspondiéndole al legislador es-
tatal, en el ejercicio de las funciones que la propia Constitución le confiere,
configurar el que considere más idóneo en cada momento (STC 11/1981, de
8 de abril, FJ 7), eligiendo entre las distintas alternativas posibles la que esti-
me más adecuada, no solo para alcanzar los objetivos que aquélla le impone,
sino también para adoptar las medidas precisas que garanticen su realiza-
ción. De todo ello se deduce la habilitación al legislador estatal para realizar
su concepción jurídica en cada momento, entre diferentes alternativas,
en atención a las circunstancias económicas subyacentes y a las necesida-
des sociales a las que se pretenda dar cobertura. El constituyente no quiso
definir el modelo de relaciones laborales aplicable, ni tampoco restringir la
acción del legislador más allá de los límites explícitos que le ha impuesto,
dejándole un importante ámbito de posibilidades para configurar el citado
modelo y para articular cada institución que lo integre.

Esta afirmación es especialmente importante para solventar las cues-
tiones relativas a algunos aspectos de la negociación colectiva. En efecto,
frente a la concepción del recurso según el que la CE ha optado por un de-
terminado modelo de negociación colectiva en el que, entre otros aspectos,
la configuración de su estructura y articulación estaría reservada a los titu-

lares del derecho a negociar, de manera singular a los empresarios —dada la vinculación de los artículos 28.1 y 37.1 CE—, y la garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos impediría decisiones normativas sobre excepciones a su eficacia general, la STC 8/2015, repitiendo lo que ya estableció la STC 119/2014, señala claramente que el derecho a la negociación colectiva es un «derecho esencialmente de configuración legal» (STC 85/2001, de 26 de marzo) siendo la ley la que ha de concretar y desarrollar, tanto su contenido como los presupuestos para su ejercicio (STC 208/1993, de 28 de junio). En «la configuración legal del ejercicio del derecho a negociar» (STC 224/2000, de 2 de octubre), el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa. No hay que descuidar, de un lado, que el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva no conlleva el desapoderamiento normativo del Estado para regular los aspectos básicos de su ejercicio, y, de otro, que el principio de autonomía colectiva puede presentar excepciones siempre y cuando la limitación que suponga esté justificada (STC 11/1981, de 8 de abril). Por esta razón, la Ley «puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva» (STC 59/1985, de 30 de abril).

Dicho de otra forma, cada norma que ha modulado el régimen normativo de las relaciones laborales y, en su seno, de la negociación colectiva, representa una opción legislativa diferente como un instrumento al servicio de una concreta política económica y social del Gobierno y Parlamento de cada momento, respecto de la cual no es suficiente la mera discrepancia política para destruir su presunción de constitucionalidad.

4.- Entrando ya en los concretos reproches de inadecuación constitucional a los que da respuesta la sentencia, el primero de ellos se refiere a la intervención arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo regulados en el art. 82.3 del ET. Este precepto prevé una excepción causal a la eficacia general de los convenios colectivos, de suerte que, concurrentes razones económicas, técnicas, organizativas o productivas, la empresa podrá inaplicar algunas materias del convenio colectivo vigente. Materialmente el precepto incluye una lista cerrada de materias objeto de un posible descuelgue. Para poder efectuarlo se necesita acuerdo con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, acuerdo en la Comisión Paritaria del Convenio o pacto logrado a través de los sistemas de solución extrajudicial

de conflictos aplicables en la empresa. La novedad de la reforma de 2012, consiste en la previsión de que si tales mecanismos fallan se puede recurrir a la solución de la discrepancia por la CCNCC u órgano similar de las CC.AA. De esta forma, fracasados los procedimientos negociales de inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario, se impone obligatoriamente a las partes en conflicto la sumisión de la controversia ante la CCNCC o, en su caso, ante el órgano autonómico equivalente, quien dirimiría la discrepancia en última instancia. Éste es el aspecto que el recurso entiende contrario a la CE. Este aspecto concreto ya fue analizado por la STC 119/2014 que la consideró como una excepción razonable a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, admitiéndose, también, que la intervención de la CCNCC goza de justificación legítima puesto que «las medidas de flexibilidad interna que la empresa pretende adoptar para hacer frente a una situación de dificultad económica o necesidad de adaptación son intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo».

Al igual que en la sentencia anterior, para declarar la constitucionalidad de la decisión o arbitraje del art. 82.3 ET, el Tribunal considera obligado que la medida resulte razonable y proporcionada. Es por ello que lleva a cabo un análisis sobre los límites, circunstancias y garantías a que queda ligada su aplicación. En primer lugar, la aplicación de la medida controvertida requiere la presencia de las circunstancias justificativas por lo que la decisión o laudo debe llevar a cabo una valoración previa sobre su adecuación a la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. En segundo término, la inaplicación sólo se habilita para las materias concretas tasadas en el propio precepto legal; materias que se encuentran «directamente ligadas a las causas que motivan la inaplicación y, en definitiva, a la finalidad de la defensa de la productividad de la empresa y sus consecuencias sobre el mantenimiento del empleo». Como tercer aspecto a valorar, cabe señalar que la eventual inaplicación resultante de la intervención decisoria se halla sujeta a límites temporales, debiendo especificarse la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo. Como cuarta consideración destaca el carácter subsidiario de la intervención de la CCNCC pues sólo se admite para el supuesto de que «fracasen los sucesivos cauces que con carácter previo y preceptivo deben seguir las partes para resolver la discrepancia por ellos mismos o por los medios de autocomposición fijados mediante la autonomía colectiva». El quinto punto que toma en consideración el TC es la propia naturaleza de la CCNCC, pues se trata de «un órgano en el que, junto a la representación de la Administración, tienen también

presencia los representantes de los trabajadores y de los empresarios» de tal manera que la decisión que se tome resulta «independiente e imparcial» pues la posición de la Administración pública nunca tendrá alcance decisivo por sí sola, ya que necesitará el apoyo de las otras partes representadas para que se adopte la resolución que proceda. Por último y, a juicio del TC, el art. 82.3 ET somete expresamente la decisión a «un control judicial pleno sobre su adecuación normativa, incluido el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas».

5.- Un segundo reproche de inconstitucionalidad en materia de negociación colectiva, (que también había sido resuelto en la STC 119/2014) se dirigió por los recurrentes contra la nueva redacción del apartado 2 del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores, por entender que la misma vulnera los arts. 37.1 y 28.1 CE. Así las cosas, el art. 84.2 ET establece que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en una serie de materias (retribución, tiempo de trabajo y vacaciones, sistema de clasificación profesional, modalidades de contratación o conciliación de la vida laboral, familiar y personal). Añade, además, que Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado. De esta forma, el precepto imposibilita que los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales del art. 83.2 ET puedan eventualmente disponer de la prioridad del convenio de empresa establecida legalmente.

Este precepto constituye una pieza clave de la denominada descentralización de la negociación colectiva que quiso acometer el legislador de 2012 al optar por llevar la negociación de las condiciones laborales al ámbito empresarial. Esta descentralización sería posible desde el entendimiento de ni el artículo 7, ni el 28 ni el 37 de la Constitución imponen al legislador estatutario la obligación de establecer una estructura de la negociación colectiva centralizada, siendo ésta poco compatible con el funcionamiento eficiente y flexible del mercado de trabajo. Así la nueva regulación no sería incompatible con la fuerza vinculante de los convenios colectivos del artículo 37.1 CE, dado que en nuestro sistema de fuentes tan vinculante es el convenio sectorial estatal, autonómico o provincial como el de ámbito empresarial. En otro orden de cosas, la violación de la libertad sindical consagrada por el artículo 7 y 28.1 de la Constitución tampoco se produciría porque al establecerse la prioridad aplicativa del convenio de empresa se potencia la negociación a nivel de empresa y, por ende, se refuerza el papel de las secciones sindicales.

El fallo acoge esta argumentación añadiendo que no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva en nuestro país. Es por ello que el legislador dispone de un margen de libertad amplio de cara a la configuración del derecho a la negociación colectiva a través de una norma con rango de Ley, en este caso, el Estatuto de los Trabajadores. No conviene olvidar que el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE es un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador la determinación de las reglas de concurrencia y articulación de convenios con el objetivo de velar por la productividad y viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo.

Asimismo, continúa la sentencia incidiendo sobre el hecho de que la nueva redacción del artículo 84.2 ET no impone una determinada unidad de negociación y, por tanto, no impide que se continúen negociando convenios sectoriales. Es decir, la delimitación funcional y territorial del campo de aplicación de la norma convencional sigue correspondiendo a las partes (STC 136/1987, de 22 de julio).

Por otro lado, este hecho no impide que los acuerdos interprofesionales establezcan «cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito» (art. 83.2 ET). El propio art. 84.2 ET no prohíbe que los convenios sectoriales regulen las materias sobre las que los posteriores convenios de empresa gozarían de prioridad aplicativa. Esto supone que las cláusulas de los convenios sectoriales sobre estas materias tendrán, asimismo, eficacia *erga omnes* y resultarán de aplicación en todas las empresas de su ámbito que no aprueben su convenio de empresa propio. En definitiva, según el texto de la sentencia comentada, el establecimiento de una regla de prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto de determinadas materias y con relación a otras normas convencionales de ámbito superior, implica el establecimiento de una regla de concurrencia entre convenios colectivos de distinto ámbito que no vulnera el derecho a la negociación colectiva.

Esta prioridad tampoco supone la postergación de la negociación colectiva de origen sindical, tal y como señalaba el recurrente, ya que las secciones sindicales son, asimismo, sujetos legitimados para negociar en los términos del art. 87.1 ET. Así, el derecho a la negociación colectiva, como elemento integrante de la libertad sindical, se reconoce a toda organización sindical con independencia de su índice de representación. En el ámbito empresarial o inferior, la norma establece que las secciones sindicales tienen una intervención prioritaria de cara a negociar con respecto a comités de empresa y delegados de personal. Lo que no obsta para subrayar que la

negociación de normas convencionales por la representación unitaria en la empresa tiene también plena acogida constitucional y nada impide que, en los términos de la actual regulación del Estatuto, el convenio de empresa negociado por el comité o los delegados de personal tenga prioridad aplicativa sobre determinadas materias en caso de concurrencia con un convenio sectorial de ámbito superior, ya sea de ámbito estatal, de Comunidad Autónoma o provincial.

Finalmente, la sentencia en base a los argumentos hasta aquí expuestos, concluye que «la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a consideraciones de política social y económica que estimen relevantes», entendiéndose que la actual regulación del art. 84 ET no vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE) ni tampoco la libertad sindical (art. 28.1 CE).

6.- La última de las cuestiones que la sentencia comentada aborda por segunda vez —puesto que ya la examinó en la STC 119/2014— es la relativa al período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores. La reforma de 2012 introdujo un nuevo tipo de contrato de carácter indefinido, como medida de fomento al empleo, cuya particularidad estriba en que admite un período de prueba de un año de duración. Tal extremo se consideró, por los recurrentes, como contrario a los artículos 35 (derecho al trabajo) 37 (derecho a la negociación colectiva) y 24 (derecho a la tutela judicial efectiva). Exactamente igual que en los anteriores aspectos, en esta sentencia, el TC reitera la constitucionalidad de la previsión y los argumentos que ya utilizó en la reiterada sentencia anterior. En efecto, para el TC es decisiva la configuración legal de la medida y la finalidad que con la misma se persigue para efectuar la oportuna valoración de constitucionalidad. Así, por un lado, toma en cuenta el carácter excepcional de la medida y su limitación temporal (puesto que solo podrá aplicarse hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%); y, por otro, que la medida persigue, dentro de un escenario de grave crisis económica, la incentivación de la contratación indefinida, para apreciar que la medida puede calificarse como necesaria e idónea para la consecución de la legítima finalidad pretendida (creación de empleo estable), puesto que es un incentivo para que las pequeñas empresas elijan la fórmula de la contratación indefinida, al ofrecérseles, como contrapartida, la oportunidad de rescindir libremente el contrato durante un año; y así puede concluirse que concurre la proporción exigible entre el sacrificio que a las garantías del trabajador supone la adopción de la medida y los beneficios, individuales y colectivos, que la misma reporta. Se concluye, por tanto, que desde la estricta perspectiva constitucional la fijación de un período de

prueba de un año en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores no vulnera el art. 35.1 CE, pues en términos razonables y proporcionados pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE.

7.- También se cuestiona la constitucionalidad del artículo 41 ET, en concreto de su apartado 5 que permite la modificación de condiciones de trabajo contenidas en pactos o acuerdos colectivos de carácter extraestatutario, por decisión del empresario. Se entiende por los recurrentes que tal posibilidad vulnera el art. 37.1 CE y, por derivación, el art. 28.1 CE. Antes de entrar en el análisis del problema; importa destacar, como lo hace el propio TC que la cuestión controvertida no es una novedad de la reforma laboral de 2012, sino que está presente en nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo; sin que hasta la fecha se hubiera planteado cuestión de inconstitucionalidad alguna sobre la previsión que nos ocupa.

Desde la evidencia de que el art. 37.1 CE hace un llamamiento a la ley para garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, pero sin imponer al legislador la adopción de una concreta opción para llevar a efecto el mandato que contiene, el legislador ordinario, en cumplimiento de tal mandato, ha optado por reconocer un «plus de eficacia» a los convenios colectivos «estatutarios» por su carácter erga omnes (STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 2). De esta manera, los denominados pactos «extraestatutarios», carecen de la eficacia general o erga omnes que caracteriza a los convenios «estatutarios» gozando únicamente de una eficacia personal limitada o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación. En definitiva, tanto los convenios colectivos estatutarios, como los denominados «pactos extraestatutarios», son producto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, reconocido en el art. 37.1 CE, siendo predicable de unos y otros, por lo tanto, la «fuerza vinculante» a la que ese precepto constitucional también se refiere. Sobre esta base, es claro que la medida legal controvertida incide en el citado derecho constitucional al permitir la inaplicación de los citados pactos extraestatutarios por decisión del empresario. Ahora bien, que exista una injerencia en el mismo no supone, por sí misma, que sea inconstitucional, pues puede resultar legítima si cuenta con una justificación razonable y proporcionada al fin perseguido.

En este sentido, el precepto cuestionado se dirige a favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo, buscando el reajuste de la organización productiva para adaptarla a la cam-

biente situación económica. La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). En consecuencia, la limitación del derecho a la negociación colectiva mediante la atribución de la facultad de modificar las condiciones de trabajo pactadas extraestatutariamente, se justifica en la consecución de fines consagrados en la Constitución. Además supera el triple juicio de idoneidad necesidad y proporcionalidad, por cuanto que es adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido: evitar la destrucción de empleo y resulta ponderada, no sólo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva; estando, por otra parte, sujeta a un control judicial pleno y efectivo, tanto de la concurrencia de la causa como de la justificación de la modificación realizada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada.

8.- La nueva redacción de la D.A. 10ª ET dispone que «se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y el alcance de dichas cláusulas». En los términos del recurso tal precepto es contrario al derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE). Para resolver la cuestión, el TC recuerda que la determinación tanto de la edad como de los efectos de la jubilación en orden a la eventual extinción de la relación laboral es una materia que, en principio, pertenece al ámbito propio de la ley, por estar en juego el ejercicio del derecho al trabajo, razón por la cual, la Constitución, de un lado, obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva en orden a la participación de todos los ciudadanos en la vida social, y, de otro, atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos en el ejercicio de los derechos constitucionales. Además, la consagración constitucional del derecho al trabajo determina que el recurso a la edad de

jubilación como causa extintiva de la relación laboral opere como una fórmula racional conforme a la cual, en la medida de lo posible y siempre que las circunstancias socio-económicas lo permitan, sea ejercitada como una opción voluntaria del trabajador y no como una imposición del legislador.

Desde esta perspectiva, la STC 8/2015 avala la constitucionalidad de la prohibición de fijación convencional de cláusulas de jubilación forzosa (que ya había estado vigente durante algunos períodos, sin que nadie cuestionase su constitucionalidad) por cuanto que correspondiendo prioritariamente a la Ley la fijación de los límites al ejercicio del derecho al trabajo, ningún reproche se le puede hacer porque el legislador adopte medidas que atiendan preferentemente a la garantía del ejercicio de este derecho, desde la perspectiva de la continuidad o estabilidad en el empleo; porque la medida adoptada se dirige también a garantizar que la transición a la situación de retiro se efectúe voluntariamente por el trabajador en el ejercicio de su derecho al trabajo y de su opción individual por prolongar una vida laboral activa o pasar a una situación de inactividad total o parcial, y porque en el contexto socio-económico y del mercado de trabajo en el que se inserta la medida controvertida, caracterizado por una situación de crisis económica agravada por una elevada tasa de desempleo en el que, a la par que se reduce exponencialmente el número de aportantes a la Seguridad Social, aumenta el de dependientes, el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo, sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente, como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del sistema nacional de la Seguridad Social, en general, evitándose el incremento de los déficits públicos, como consecuencia de los mayores pagos de prestaciones y en especial de las pensiones por jubilación.

9.- Los recurrentes denuncian la inconstitucionalidad de la definición que se realiza de las causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción» en el artículo 51.1 ET por cuanto que consideran que, por su definición, vulnera tanto el derecho a no ser despedido sin una justa causa (art. 35.1 CE), como el derecho a un control judicial efectivo sobre la causalidad del despido (art. 24.1 CE).

Para el TC no puede afirmarse que el precepto impugnado haya consagrado un despido colectivo no causal o ad nutum, como defienden los recurrentes, basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial, sino que ha condicionado la decisión extintiva, como ha sucedido desde sus orígenes, a la concurrencia «fundada» de una causa «económica», «técnica», «organizativa» o «productiva», cuyo contenido y alcance delimita, con el objeto de facilitar tanto la aplicación de la norma (por el empresario con

los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas), como el posterior control judicial de la decisión extintiva en función de las circunstancias concurrentes. La supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión extintiva servía «para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» o «para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma» en orden a favorecer «su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». Y la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto de cara a su aplicación, como al posterior control, tanto más cuando la norma, en primer lugar, exige que la decisión esté «fundada» en alguna de las causas que delimita (art. 51.1 LET), y, en segundo lugar, impone al empresario un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores en el que debe entregarles no sólo «una memoria explicativa de las causas del despido colectivo», sino también «toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo» (art. 51.2 LET). En suma, en contra de lo mantenido por los recurrentes, la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización.

Tampoco admite la sentencia que la regulación controvertida incurra en un grado de indefinición tal que impida un control judicial pleno y efectivo sobre la medida adoptada por el empresario, pues dicho control se extiende tanto sobre la concurrencia de la causa (cuya prueba corresponde al empresario que adopta la medida), como de la razonabilidad de la decisión extintiva adoptada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torcero de la facultad otorgada. Hay que insistir en que el art. 51.2 LET obliga al empresario, en la apertura del período de consultas con los representan-

tes de los trabajadores, a comunicarles «la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo», información (o falta de ella) que permite luego realizar al órgano judicial un control efectivo tanto sobre la concurrencia de la causa, como sobre la adecuación a la decisión extintiva.

10.- También se cuestiona en el recurso uno de los aspectos más mediáticos de la reforma laboral de 2012: la desaparición de los salarios de tramitación en los supuestos en los que el despido es declarado improcedente y el empresario opta por la indemnización; salarios que se mantienen en el supuesto de que la opción se efectúe a favor de la readmisión y en el caso de que el despido fuese representante de los trabajadores, cualquiera que fuera, en este caso, el sentido de la opción. Tales previsiones se encuentran en los arts. 56.1 ET y 110.1 LRJS. Los recurrentes consideran que al limitar los apartados cuestionados el derecho a la percepción de los salarios de tramitación exclusivamente al supuesto en que el empresario opte por la readmisión del trabajador tras la declaración de la improcedencia del despido, se está favoreciendo la extinción definitiva de la relación laboral en contra de la estabilidad en el empleo que proclama el art. 35.1 CE.

La cuestión había sido desechada por el propio TC en el Auto 43/2014, de 12 de febrero al rechazar expresamente que la decisión del legislador de mantener en los despidos improcedentes la tradicional opción entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación o el pago de una indemnización económica adecuadamente vulnera el art. 35.1 CE, puesto que tal opción legislativa entra dentro del margen de libertad de configuración de las relaciones laborales que le es atribuida a aquél por la Constitución. Ahora, como no podía ser de otra forma, la sentencia se reitera en el mismo criterio insistiendo en que es al legislador a quien le compete concretar, en función de las circunstancias económicas y sociales concurrentes, el alcance de los efectos que derivan de la declaración de improcedencia de un despido en orden a la readmisión del trabajador o a la extinción definitiva del contrato laboral y, por tanto, a quien compete articular el ejercicio de las facultades empresariales y la protección de los derechos del trabajador. En este sentido, el Tribunal recuerda que ya había señalado que condicionar el derecho a la percepción de los salarios de tramitación a la vigencia de la relación laboral, reconociendo dicho derecho al trabajador que, por causa de la readmisión, debe entenderse que ha mantenido en todo momento en vigor su relación laboral con la empresa, pese a no haber prestado servicios efectivos por causa a él no imputable, mientras que no se le reconoce a aquel cuyo contrato de trabajo ha quedado definitivamente extinguido en la fecha del despido, constituye una opción que el legislador ordinario puede

legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad (SSTC 84/2008, de 21 de julio, FJ 7; y 122/2008, de 20 de octubre, FJ 7) y, aña-de ahora, sin vulnerar tampoco el derecho al trabajo del art. 35.1 CE.

11.- Los recurrentes impugnan también la disposición adicional 21 ET conforme a la cual, lo previsto en el art. 47 LET —que se refiere a la «Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor»— «no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado». El recurso sostiene que la norma impugnada vulnera el art. 14 CE (al dispensar al personal laboral que presta servicios en la Administración pública una diferencia de trato injustificada y desproporcionada), así como los arts. 35.1, 23.2 y 103.3, todos ellos de la Constitución, al conducir la medida a la reducción del empleo en lugar de a la reestructuración de plantilla.

Comenzando con el examen de la vulneración del art. 14 CE, se hace preciso recordar, en primer lugar, que «el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el estatus del personal que presta sus servicios en las Administraciones públicas» (SSTC 57/1990; 110/2004; 330/2005; y 120/2010). Por tanto, para poder efectuar un juicio de igualdad es imprescindible tener un término de comparación válido (STC 219/2013, para lo cual no sólo es necesario precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables, sino si el legislador ha atribuido a un mismo grupo o categoría personal creado por él mismo unas consecuencias jurídicas diversas sin introducir un factor diferencial (SSTC 148/1986; 29/1987 y 139/2005). En el primer supuesto que plantean los recurrentes (diferencia de trato entre el personal laboral que presta servicios en la Administración pública y el resto del personal sometido a la legislación laboral), es patente que el término de comparación utilizado no es idóneo para efectuar un juicio de igualdad, al tratarse de grupos o categorías personales diferentes, a saber: de un lado, el personal laboral de la Administración pública, que no sólo se rige por la legislación laboral común, sino también, en su condición de «empleados públicos» por normas administrativas y laborales contenidas en el estatuto básico del empleado público; de otro lado, el personal laboral de las empresas privadas que está sujeto a la legislación laboral común, esto es, principalmente, el estatuto de los trabajadores.

En el segundo supuesto citado por los recurrentes (diferencia de trato entre el personal laboral que presta su servicios en la Administración pública y el que los presta en entidades que se financien mayoritariamente

con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado), tampoco puede admitirse como válida la comparación entre el personal laboral que presta su servicios en el «sector público administrativo» con el personal laboral que presta servicios en el «sector público empresarial», pues, el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas y, entre ellas, la aplicación o no de las previsiones del art. 47 LET. En consecuencia, debe rechazarse que la disposición adicional tercera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, vulnere el art. 14 CE.

12.- La sentencia responde a la idea de que la Constitución construye un marco político y jurídico de convivencia democrática que, por lo que se refiere a las relaciones laborales, no configura un modelo cerrado y, en su seno, un diseño determinado de negociación colectiva. Antes al contrario, la Constitución construye y proclama un catálogo de derechos fundamentales, unos con más determinación y especificación que otros, que configuran el marco y los fundamentos del sistema que permite cualquier ordenación de las relaciones laborales que se asiente en los reseñados derechos y se mueva en el marco que la norma fundamental diseña. El derecho a la negociación colectiva es así un derecho fundamental de desarrollo eminentemente legislativo en el que, por mandato de la propia Constitución, el papel de la ley es básico en la configuración de tal derecho. Por expresarlo llanamente dentro del texto constitucional y a su amparo cabe cualquier modelo de relaciones laborales, cualquier modelo de negociación colectiva, incluido en el programa político de cualquier partido del arco parlamentario, de cualquier partido democrático, a condición de que la regulación concreta respete el contenido esencial de los derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Implícitamente la sentencia viene a negar que el ordenamiento constitucional cierre un modelo concreto de relaciones laborales y de ordenación de la negociación colectiva de suerte que el papel del legislador este constreñido por un modelo constitucional preexistente que condicione decisivamente el ámbito de actuación del legislador.

En la idea de que la Constitución permite múltiples variantes de ordenación del mundo del trabajo se mueve inequívocamente la sentencia que declara constitucional varios aspectos de una concreta ordenación de las relaciones laborales (producto de la reforma laboral de 2012) que no sólo obedece a la visión particular de una amplia mayoría parlamentaria, sino que responde, finalísticamente, a un objetivo constitucionalmente protegido:

la lucha contra el desempleo y la búsqueda de políticas orientadas al pleno empleo. En el plano económico o político se podrá discutir y discrepar sobre si las medidas cuya constitucionalidad se puso en duda son adecuadas o no para la consecución de los fines previstos; pero, lo que no parece objetable es que tales medidas, como muchas otras posibles diferentes o contrarias, resultan acordes al ordenamiento constitucional. Consolidar la tesis de que la Constitución es lo suficientemente amplia para que en su seno quepan diferentes opciones político-jurídicas es, desde mi punto de vista, uno de los mejores aciertos de la sentencia.

Sentencia 8/2015, de 24 de febrero

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváz Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, promovido por ciento cuatro Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)] del Congreso de los Diputados, contra los arts. 4.3, 12.1, 14.1 y 2, 18.3 y 8, 23.1, así como contra la disposición adicional tercera y la disposición final cuarta.2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por vulneración de los arts. 14, 23.2, 24.1, 28.1, 35.1, 37.1 y 103.3, todos ellos de la Constitución. Ha intervenido el Abogado del Estado en la representación que ostenta. Ha sido Ponente la Magistrada

doña Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional el día 5 de octubre de 2012, la Procuradora de los Tribunales doña XXXX, actuando en nombre y representación de ciento cuatro Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)] del Congreso de los Diputados, presentó recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 4.3, 12.1, 14.1 y 2, 18.3 y 8, 23.1, así como contra la disposición adicional tercera y la disposición final cuarta.2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012, de 6 de julio), por vulneración de los arts. 14, 23.2, 24.1, 28.1, 35.1, 37.1 y 103.3, todos ellos de la Constitución.

2. En el escrito de interposición del recurso, los recurrentes sustentan las vulneraciones constitucionales anteriormente citadas, con base a los razonamientos que a continuación se sintetizan: a) Inician su recurso realizando un planteamiento general previo al examen de los distintos motivos de inconstitucionalidad. Recuerdan que España se constituye en un Estado social y democráti-

co de Derecho (art. 1.1 CE), y señalan que esta circunstancia no sería necesario mencionarla si no fuera porque las infracciones constitucionales en las que incurren las normas impugnadas traen causa del «desconocimiento del marco estructural y axiológico en el que nuestra Constitución se inserta». Destacan a este respecto el papel que dentro de ese Estado social juegan los interlocutores sociales (art. 7 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE), la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28 CE), que se erigen en baluarte constitucional indisponible para la defensa de los trabajadores. Y abundando en tales razonamientos, añaden que la Ley 3/2012, de 6 de julio, que se cuestiona, se ha gestado desdeñando la posición de los interlocutores sociales, supone una transformación profunda de nuestro Derecho del trabajo, y «se sitúa fuera del marco de nuestro Estado social y democrático de derecho», así como «fuera de la Constitución». Niegan que esta última deje al legislador las manos libres para irrumpir en el mercado de trabajo, ignorando las prescripciones y condicionamientos constitucionales que buscan el equilibrio, el diálogo y la integración de posiciones contradictorias. Y partiendo de que éste y no otro es el modelo constitucional de relaciones laborales, aducen que es la primera vez que, de un modo tan notorio, es quebrantado por el legislador de la reforma laboral. Aunque reconocen que dentro de la Constitución caben diversas regulaciones de las instituciones laborales, sostienen que lo que queda constitucionalmente vedado al legislador es «sustituir los elementos centrales del modelo constitucional» por otros distintos. Y adicionan, que cuando el legislador actúa de ese modo, la consecuencia es que «el producto normativo nace al mundo del Derecho fuera de las coordenadas constitucionales». En suma, terminan diciendo que la decisión del legislador de «ignorar de partida nuestro modelo de relaciones laborales, modelo consecuente con la fórmula del Estado Social y democrático de Derecho» no puede sino saldarse con las inconstitucionalidades evidentes que se imputan a los preceptos recurridos.

b) Una vez realizadas las anteriores consideraciones de índole general, los recurrentes pasan a examinar los concretos motivos de inconstitucionalidad. El primer precepto que consideran inconstitucional es el apartado primero del art. 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio), por el que se da nueva redacción al art. 82.3 del texto refundido de la Ley texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, (LET), al que imputan la vulneración de los arts. 24.1, 28.1 y 37.1, todos ellos de la Constitución, con motivo de la atribución a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, de la facultad de acordar la inaplicación de lo pactado en convenio colectivo.

Comienzan señalando al respecto que es posible aceptar la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio cuando tal decisión sea el resultado de un procedimiento negociado de inaplicación, como ocurría en precedentes regulaciones, pero que resulta inadmisibles, por traspasar los límites de lo constitucionalmente aceptable, la actual atribución por iniciativa de la dirección de la empresa, de una facultad final resolutoria a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. No ponen objeción alguna los recurrentes con relación a las fases del procedimiento de inaplicación anteriores a la intervención de la citada Comisión, pues en ellas la decisión se atribuye a las propias partes negociadoras, o bien a otros sujetos colectivos con legitimación para negociar un convenio en el ámbito correspondiente, manteniéndose el precepto, por lo tanto, en la esfera del respeto de la autonomía de negociación. Por el contrario, la última de las fases se pone en marcha por iniciativa de una de las partes (que en la práctica será el empleador) y es un sujeto ajeno a ellas el que podrá acordar unilateralmente la inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo, con patente vulneración de su fuerza vinculante. Sostienen, por ello, que nos encontramos ante un arbitraje obligatorio (pues no existe compromiso arbitral) y público (por cuanto

la decisión se adopta en el seno de un organismo de tal carácter cuyos acuerdos tienen la naturaleza de actos administrativos), identificable con el arbitraje obligatorio atribuido a la autoridad laboral para dirimir conflictos colectivos en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, que fue declarado inconstitucional por STC 11/1981, de 8 de abril, y cuyos razonamientos consideran los recurrentes plenamente trasladables al presente caso para apreciar la vulneración de los arts. 37.1 y 28.1 CE.

Precisan a continuación que no impide la apreciación de la inconstitucionalidad del precepto el que el arbitraje se atribuya a un órgano tripartito en el que participa una representación de los trabajadores, dado que esta última representación puede no coincidir con la que negoció el convenio colectivo cuya inaplicación se decide, con lo que cabría apreciar la vulneración de la libertad sindical de unos representantes de los trabajadores por parte de otros. También se aduce que, en la mayor parte de los casos, decidirá la Administración, que tendrá un voto de calidad en tanto que lo habitual será que la discrepancia entre las partes también se mantenga en esta última fase. Y se añade que aunque la decisión no se adopte en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sino por un árbitro nombrado al efecto, se verá igualmente afectada la fuerza vinculante del convenio, siendo trasladable a este supuesto todo lo dicho con relación a la Comisión.

Conforme a los anteriores razonamientos, los recurrentes mantienen que la norma impugnada viene a consentir una intromisión pública que afecta claramente al contenido esencial de la negociación colectiva (art. 37.1 CE), como también del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) desde el momento en que aquélla constituye un instrumento de la acción sindical. A mayor abundamiento, los recurrentes se quejan del margen de discrecionalidad que tienen la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el árbitro para tomar la decisión de inaplicación, pues les basta con comprobar la concurrencia de las amplias causas justificativas previstas legal-

mente. Consideran que tal circunstancia impide al poder judicial un control de la adecuación o no de la medida, lo que conlleva la lesión consiguiente del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Después, se afirma que si bien la STC 11/1981 citada admitió el establecimiento de un arbitraje obligatorio en caso de huelga para situaciones extraordinarias o excepcionales (dando su conformidad al arbitraje obligatorio previsto en el párrafo segundo del art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo), en el caso de autos no concurriría un escenario de excepcionalidad o situación extraordinaria en la regulación del procedimiento de arbitraje obligatorio previsto para la inaplicación del convenio colectivo. Finalmente, niegan que se pueda establecer parangón alguno entre la competencia asignada a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el precepto ahora impugnado con la que en el pasado ostentó para resolver discrepancias entre las partes a los efectos de cerrar el largo proceso de derogación de las ordenanzas laborales, en tanto que en este último caso la actuación de la Comisión no afectaba a la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

c) En segundo lugar, impugnan el apartado primero del art. 12 de la Ley 3/2012, por el que se modifica el art. 41 LET relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, y en el que se reconoce, en sus apartados 4 y 5, la facultad del empleador de acordar unilateralmente la modificación de condiciones de trabajo pactadas en acuerdos o pactos colectivos extraestatutarios. Sostienen los recurrentes que tal precepto vulnera el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE), la libertad sindical (art. 28.1 CE), y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

A juicio de los recurrentes, en este caso el incumplimiento de lo pactado en acuerdos colectivos es mucho más directo que en el supuesto analizado con anterioridad, dado que la decisión de alterar lo pactado colectivamente ni siquiera depende del control de un tercero (arbitraje),

sino que es el propio empleador quien lo decide libremente de forma unilateral, con el simple requisito previo de sometimiento a un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, que aunque resulta preceptivo, no es vinculante. Con esta regulación, que afecta a los acuerdos colectivos no regulados en el título III del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores se vulnera la garantía del *pacta sunt servanda* colectivo del art. 37.1 CE y del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). A este respecto, se indica que la Constitución garantiza la fuerza vinculante de todos los convenios colectivos, tanto de los estatutarios como de los extraestatutarios, sin que quepa que el legislador ordinario saque de esa garantía a determinados pactos colectivos.

Conforme a lo anterior, consideran que el texto constitucional no permite que el legislador ordinario decida qué productos de la negociación colectiva merecen el calificativo de convenios colectivos y cuáles no, pues de lo contrario se le otorgaría plena discrecionalidad para decidir a qué acuerdos, de los alcanzados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, se extiende la fuerza vinculante constitucional. Si bien el reconocimiento de la eficacia general del convenio colectivo no deriva del texto constitucional sino que constituye un plus de eficacia otorgado por el legislador ordinario, lo que no puede hacer este último es restar fuerza vinculante a algunos convenios colectivos, pues constitucionalmente se reconoce la misma sin distinción. Y es precisamente esto lo que, según los recurrentes, hace la nueva regulación cuando, permitiendo la modificación unilateral de los acuerdos y pactos colectivos, devalúa por completo su fuerza vinculante al extremo de negar el *pacta sunt servanda* del que goza cualquier contrato privado conforme a la legislación civil. A mayor abundamiento, para los diputados recurrentes, las causas que el precepto contempla como justificativas de esta inaplicación son de tal amplitud (basta con que la medida provoque efectos positivos sobre la marcha de la empresa) que posibilita el incumplimiento de los pactos y acuerdos colectivos en la práctica totalidad de las

ocasiones, a salvo de situaciones de carácter discriminatorio o arbitrarias. Ello demuestra que la excepción que se establece a la fuerza vinculante de los convenios ni siquiera se presenta con rasgos de excepcionalidad, lo que hace más flagrante, si cabe, la lesión que con ello se produce de la garantía constitucional establecida en el art. 37.1 CE y, por derivación, de la libertad sindical del art. 28.1 CE, que se ejerce por los representantes de los trabajadores a través del proceso de concertación de los acuerdos y pactos colectivos de referencia. Entienden, finalmente, que con tal laxitud en la definición de las causas, el ejercicio de la facultad unilateral empresarial escapa a todo posible control, impidiendo el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). d) Cuestionan a continuación los diputados recurrentes el apartado segundo del art. 14 de la Ley 3/2012, que modifica el art. 84.2 LET, por posible vulneración de los arts. 37.1 y 28.1 CE al establecer la preferencia absoluta e incondicionada del convenio colectivo de empresa respecto de otros ámbitos o niveles de negociación, excluyendo a estos efectos que los interlocutores sociales puedan establecer reglas diversas de articulación y concurrencia entre convenios colectivos.

Partiendo de la doctrina constitucional que establece la vinculación existente entre los derechos de negociación colectiva y libertad sindical, señalan que la aplicación del precepto legal ahora cuestionado lleva a dos resultados. El primero, la posibilidad de inaplicación de un convenio colectivo sectorial en el ámbito de una empresa, en materias tan específicas de la negociación colectiva como las que se mencionan en el precepto legal (en especial, las retributivas). Esta inaplicación sería el resultado de la negociación, en cualquier momento de la vigencia del convenio sectorial, de un convenio de empresa, que, de acuerdo con la Ley, puede suscribirse entre el empresario y el comité de empresa o los delegados de personal, es decir, por representantes no sindicales. Y esto mismo ocurre, en segundo lugar, con la posible inaplicación en virtud de un acuerdo a nivel de empresa, de las reglas y criterios sobre estructura de la negociación colectiva y prioridad de unidades de negociación

que hayan sido adoptados en los acuerdos sobre ordenación de la estructura de la negociación colectiva concluidos por las organizaciones empresariales y sindicales.

La norma conduce, según su parecer, a la postergación de la capacidad de regulación laboral de los representantes sindicales, en tanto que puede ser desplazada por la negociación de representantes de carácter no sindical. Además, en la medida en que declara que la preferencia aplicativa del convenio de empresa se puede hacer efectiva «en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior», la norma deja sin efecto la vigencia del convenio colectivo afectado, y conculca su propia fuerza vinculante. En definitiva, se entiende que no resulta posible en términos constitucionales que la normativa estatal proceda a fijar con exclusividad e imperativamente la estructura de la negociación colectiva, así como la determinación absoluta de los criterios conforme a los cuáles se resuelven los conflictos de concurrencia de convenios colectivos. Y en este sentido, se sostiene que forma parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva tutelado constitucionalmente, no sólo la fijación de las condiciones de trabajo a través de los convenios colectivos, sino también la correspondiente al diseño de la estructura de la negociación colectiva.

De esta manera, concluyen que la norma impugnada es plenamente invasiva y contraria a los arts. 37.1 y 28 CE, careciendo de objetividad y de proporcionalidad, y constituye una fórmula de intervencionismo máximo del legislador que provoca un efecto excluyente del protagonismo de los interlocutores sociales. No obstante, se aclara que no se desea discutir sobre la prioridad de la ley o la del convenio colectivo, sino de denunciar la marginación y exclusión del «espacio que por naturaleza le debe corresponder a la negociación colectiva». Por ello, se entiende que es necesario acudir a los criterios habituales de valoración de la constitucionalidad, examinando si concurren elementos objetivos y racionales que justifiquen la medida legislativa adoptada. El preámbulo de la Ley impugnada indica que la norma recurrida busca garantizar la descentrali-

zación convencional para facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y los trabajadores. Pero los recurrentes consideran que, si bien es legítimo que los poderes públicos persigan ese objetivo, el legislador podía haber optado por fórmulas menos lesivas para el derecho de libertad sindical y de negociación colectiva, al derivarse del precepto impugnado la pérdida de la fuerza vinculante de los convenios suscritos por las organizaciones empresariales y sindicales en materias claves para la configuración de los mismos.

e) Impugnan después los recurrentes el apartado segundo de la disposición final cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que modifica la disposición adicional décima de LET en el sentido de declarar nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad de jubilación. Se sostiene al respecto que forma parte del derecho a la negociación colectiva la libertad de las partes de decidir las materias objeto de estipulación, de manera que un impedimento carente de justificación y proporcionalidad de dicha libertad ha de entenderse contrario al derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE y, consecuentemente, del derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE, de cuyo contenido esencial forma parte aquél. Además, se crea una diferencia de trato injustificada y carente de toda proporcionalidad con relación a los funcionarios públicos, por lo que se vulneran los arts. 14, 23.2 y 103.3, todos ellos de la Constitución.

Los diputados recurrentes comienzan indicando al respecto que por designio constitucional la negociación colectiva posee un espacio regulativo propio que no puede ser ahogado ni suprimido por completo por parte de la normativa estatal y que el derecho a la negociación colectiva reconocido constitucionalmente debe necesariamente incluir la libre decisión de negociar sobre las materias que las propias partes estimen oportunas. En este sentido, prosiguen diciendo que la norma impugnada carece de justificación, dado que las cláusulas convencionales sobre jubilación pueden responder a la confluencia de diversos

derechos subjetivos e intereses legítimos: el derecho al trabajo, el desarrollo de una política de empleo que atienda a las demandas del conjunto de la población, la promoción de condiciones favorables para una distribución más equitativa de la renta, el equilibrio del régimen público de Seguridad Social y la eficiencia económica de las empresas, elementos todos ellos que deben ser ponderados, desde criterios de proporcionalidad, por la negociación colectiva. La norma, además, estaría prohibiendo a la negociación colectiva lo que puede ser decidido unilateralmente por el empresario en el marco de un despido por causas económicas, o acordado con los trabajadores por un simple acuerdo de empresa durante el período de consultas de los citados despidos económicos. La prohibición es tan absoluta que no sólo prohíbe las cláusulas que impongan la jubilación forzosa de los trabajadores, sino también aquellas que, por ejemplo, la fomenten o estimulen. Se añade que, existiendo un lícito interés de la negociación colectiva en marcar las líneas de la política de empleo en esta materia y de propiciar la adaptación de las dimensiones de las empresas por esta vía, está claro que los convenios colectivos pueden abordar dicha materia con apoyo en el derecho constitucional a la negociación colectiva. Una prohibición absoluta como la discutida sólo podría quedar justificada por razones objetivas de orden público laboral, que en el caso presente no concurren.

Prosiguen diciendo que la norma impugnada vulneraría tanto el art. 37 CE como el art. 14 CE, en cuanto que limitaría injustificadamente la actividad sindical en una materia, sobre la que se permite al empresario adoptar medidas unilaterales, como la reestructuración del empleo por la vía de los despidos colectivos.

Finalmente, con relación al ámbito del sector público, aducen que la norma también vulnera el art. 14 CE dado que mientras que para los funcionarios públicos rige un sistema de jubilación obligatoria por imperativo legal, la jubilación forzosa del personal laboral del sector público sólo se producía hasta la fecha a tenor de las cláusulas establecidas en los convenios colectivos que ahora se prohíben. Con lo cual, se vie-

ne a crear una diferencia de trato injustificada y carente de toda proporcionalidad que afecta al derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad (arts. 23.2 y 103.3 CE), al proyectarse no sólo al momento del ingreso sino también al de la pérdida de la condición de empleado público.

f) El siguiente precepto impugnado es el art. 4.3 de la Ley 3/2012, en virtud del cual el contrato de apoyo a los emprendedores debe incorporar un período de prueba «de un año en todo caso», lo que a juicio de los recurrentes vulnera los arts. 24.1, 35.1 y 37.1, todos ellos de la Constitución. Se comienza señalando que la jurisprudencia constitucional ha consagrado la causalidad en la extinción contractual por voluntad unilateral del empresario como concreción del derecho al trabajo del art. 35.1 CE. Dicha exigencia de causalidad viene reforzada, además, por la normativa comunitaria e internacional. Siendo el período de prueba una excepción justificada a la exigencia de causalidad de la extinción del contrato, una regulación como la cuestionada carece de justificación objetiva y razonable, al establecer una duración de todo punto desvinculada de la finalidad para la que se concibe la institución del período de prueba, en cuanto dirigida a la constatación en la práctica de las aptitudes profesionales y de la adaptación al puesto del trabajo del trabajador. Las notas de indisponibilidad de su duración, su desvinculación con los niveles de formación y titulación y su extensión de un año, durante el cual el trabajador carece de toda protección frente a la decisión empresarial de extinción, carecen de justificación objetiva y razonable, así como de proporcionalidad, vulnerando el principio de estabilidad en el empleo y de causalidad de la extinción contractual (art. 35.1 CE). Además, la regulación cuestionada convierte esta materia en indisponible sin razón que lo justifique, vulnerando el derecho constitucional a la negociación colectiva del art. 37.1 CE. Igualmente, produce una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, al reconocer una plena capacidad de desistimiento empresarial durante un período de doce meses, con dos características particulares: la falta

de capacidad de reacción del trabajador frente a la decisión extintiva, impidiéndose su control judicial, y la ausencia de resarcimiento para el trabajador. Finalmente, se denuncia también una diferencia de tratamiento entre trabajadores indefinidos contratados con esta modalidad contractual y trabajadores temporales (cuya extinción, por muy fundada y justificada que esté, sí da derecho a una indemnización), que a juicio de los recurrentes resulta injustificada y contraria al art. 14 CE.

g) También consideran los recurrentes contrario a la Constitución el apartado tercero del art. 18 de la Ley 3/2012, al que imputan la vulneración de los arts. 35.1 y 24.1 CE. El citado precepto modifica el art. 51.1 LET —y, por extensión, el art. 52 c) LET—, en diversos aspectos, entre ellos, el que los recurrentes cuestionan en este recurso relativo a la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican los despidos colectivos y objetivos regulados en los citados preceptos. Es decir, el debate constitucional planteado gira en torno a la concreción de la causalidad del despido por motivos empresariales. A juicio de los recurrentes, la nueva regulación prescinde, en realidad, del elemento de causalidad, vulnerando el derecho al trabajo del art. 35.1 CE y, como efecto derivado, impide el control judicial de esa causalidad del despido y, por tanto, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. De este modo, y por lo que a las causas económicas se refiere, dicen los Diputados recurrentes que la norma incorpora dos novedades principales en relación con la precedente regulación. La primera es la previsión de que, en todo caso, se entenderá que existe una disminución persistente del nivel de ventas o de ingresos si durante tres trimestres consecutivos éstos son inferiores al nivel de ventas o ingresos del mismo trimestre del año anterior. La segunda consiste en la eliminación de la exigencia de que el empresario acredite los resultados alegados y justifique que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Por lo que atañe a las causas organizativas, técnicas o de produc-

ción, la novedad más relevante es, nuevamente, que se suprime la previsión de que la empresa deba acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva.

En relación con esta nueva caracterización de las causas, los recurrentes realizan dos consideraciones: en primer lugar, que se han vaciado de contenido las causas económicas y empresariales, en la medida en que se procede a identificar las mismas con simples hechos, eliminando el juicio de razonabilidad, y, en segundo lugar, que con ello el legislador persigue un automatismo en la aplicación de las causas legalmente definidas, evitando, como afirma el preámbulo, «elementos de incertidumbre» que han llevado a los tribunales en el pasado a realizar «juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa». El resultado de todo ello ha sido una delimitación legal de las causas muy vaga, recurriéndose a fórmulas ejemplificativas, así como la eliminación del elemento de causalidad, pues lo que ahora importa es la concurrencia, sin más, de unos hechos. Y dado que se impide el control judicial de la causalidad del despido, al circunscribir indirectamente la actuación de los Tribunales a la constatación de la concurrencia de determinados hechos económicos o empresariales, no sólo se vulnera el art. 35.1 CE sino también el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

h) El siguiente precepto recurrido es el apartado octavo del art. 18 (que modifica el apartado 2, del art. 56 LET), y, por conexión, el art. 23.1 —que modifica el art. 110.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social—, ambos de la Ley 3/2012, que limitan el pago de los salarios de tramitación al supuesto en que el empresario, tras la declaración de improcedencia del despido, opte por la readmisión del trabajador, suprimiéndolos en caso de que opte por la extinción indemnizada de la relación laboral. A juicio de los recurrentes, al favorecerse la extinción definitiva de la relación laboral, se vulnera el art. 35.1 CE, una de cuyas manifestaciones es la estabilidad en el empleo. Se produce, además, una diferencia de trato contraria al art. 14 CE que afecta tanto a los empresarios (pues según la opción

elegida, estarán o no obligados al pago de los salarios de tramitación), como a los trabajadores (que tendrán o no derecho a su percepción en virtud de la opción ejercitada por su empleador). Aducen que no es obstáculo para defender la inconstitucionalidad del precepto, sin embargo, el hecho de que este Tribunal se haya pronunciado al respecto en procesos de amparo (SSTC 84/2008, de 21 de julio, 122/2008, de 20 de octubre, y 143/2008, de 31 de octubre) con relación al Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y la mejora de la ocupabilidad, negando la existencia de un término válido de comparación sobre el que realizar el juicio de igualdad, al compararse a trabajadores (readmitidos vs. indemnizados) que se encuentran en diferentes situaciones. Según los recurrentes, en tales casos este Tribunal no tuvo en cuenta que esa diversa posición a la que se aludía había sido creada precisamente por el propio legislador en respuesta a una situación que sí que era inicialmente idéntica, esto es, la de dos trabajadores despedidos cuyo despido hubiera sido declarado improcedente. A juicio de los recurrentes, resulta evidente que la regulación cuestionada contempla un tratamiento diferenciado para los trabajadores despedidos improcedentemente en función de la opción empresarial, y señalan que ese tratamiento diferenciado favorece de forma clarísima la opción por la extinción del contrato frente a la de la readmisión, afectando con ello, tanto al art. 14 CE, como también al art. 35.1 CE (esto es, al derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, que tiene como reverso el derecho a no ser despedido sin justa causa). En suma, afirman que la regulación legal cuestionada favorece la opción empresarial menos respetuosa con el derecho al trabajo y que este debilitamiento de la vocación de estabilidad en el empleo difícilmente permite concluir que la diferencia de trato responda a una justificación objetiva y razonable que, como tal, merezca el amparo del ordenamiento jurídico.

i) El último precepto impugnado es la disposición adicional tercera de la Ley 3/2012 que, a

su juicio, vulnera los arts. 14, 23 y 103.3 CE, en relación con el art. 35.1 CE. Dicha disposición establece la prohibición absoluta e incondicionada para las Administraciones públicas de efectuar las reducciones de jornada y suspensiones de contratos por razones económicas, técnicas, organizativas y productivas previstas en el art. 47 LET, lo que entienden que no sólo contradice las políticas de empleo defendidas por la reforma laboral, dirigidas a favorecer la flexibilidad interna frente a las medidas de flexibilidad externa, sino que, por efecto derivado, obliga a las entidades públicas en el caso de concurrencia de las señaladas circunstancias a reducir el empleo con carácter permanente por medio de despidos colectivos. Ello provoca una tutela más débil de la estabilidad en el empleo del personal laboral de las Administraciones públicas carente de justificación objetiva y proporcionada, por lo que se incurriría en un tratamiento discriminatorio. Este último se produciría, también, en relación con el personal de las entidades públicas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado, a las que sí se les permite acudir a estos procedimientos, criterio éste que carece de justificación para establecer un trato diferencial entre empleados de entidades públicas. Finalmente, se indica que estas reducciones de jornada por razones económicas del art. 47 LET que se prohíben para la Administración pública no impiden la aplicación en ella de reducciones de jornada por la vía del art. 41 LET, lo que sería más perjudicial para los trabajadores al entrañar el efecto perverso de privar a los mismos de la protección por desempleo, ocasionando una nueva lesión del principio de no discriminación. Se vulnera, con todo ello, el art. 14 CE, afectando, además, negativamente al derecho al trabajo del art. 35.1 CE, que se extiende tanto al momento del acceso al empleo como al régimen de extinción del contrato, y al derecho al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad y mérito de los arts. 23.2 y 103.3 CE.

3. Por providencia de 30 de octubre de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite el

recurso de inconstitucionalidad, y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Asimismo, acordó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se llevó a efecto en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 270, de 9 de noviembre de 2012.

4. Mediante escrito registrado el día 7 de noviembre de 2012, el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, solicitó que se le tuviera por personado en nombre del Gobierno en el recurso de inconstitucionalidad, y que se le concediera una prórroga por el máximo legal del plazo concedido para formular alegaciones, habida cuenta del número de asuntos pendientes en esa Abogacía. Por providencia de 12 de noviembre de 2012, el Pleno acordó incorporar a las actuaciones el mencionado escrito, teniendo por personado al Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta, y concediéndole una prórroga de ocho días sobre el plazo inicial para formular alegaciones.

5. El día 14 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal escrito del Presidente del Senado dando conocimiento del acuerdo de la Mesa de esa Cámara, en el sentido de darse por personada en el presente procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos de lo previsto en el art. 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

6. El día 15 de noviembre de 2012 tuvo igualmente entrada en el Registro de este Tribunal escrito del Presidente del Congreso de los Diputados comunicando el acuerdo de la Mesa de esa Cámara, en el sentido de darse por personada en el presente procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos de lo previsto en el art. 88.1 LOTC.

7. Con fecha de 7 de diciembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones del Abogado del Estado en el que solicita se dicte la Sentencia por la que se inadmita el recurso con relación al art. 14,

apartados 2 y 3, de la Ley 3/2012, y se desestime respecto de todo lo demás, con fundamento en los argumentos que a continuación se sintetizan:

a) Antes de entrar a dar respuesta a los argumentos del recurso de inconstitucionalidad, el Abogado del Estado realiza dos precisiones previas. En primer lugar, precisa que aun cuando los recurrentes en el encabezamiento y suplico señalan que impugnan el art. 14.2 de la Ley 3/2012, sin embargo, no argumentan nada al respecto limitándose al contenido del apartado tercero de ese mismo precepto, sobre el cual no manifiestan su voluntad de impugnación, razón por la cual solicita la inadmisión parcial del recurso de inconstitucionalidad en este extremo.

En segundo lugar, realiza el Abogado del Estado algunas reflexiones acerca de las consideraciones generales contenidas en el recurso con relación al modelo constitucional de relaciones laborales. Afirma al respecto que la Ley 3/2012 (claramente continuista con previas reformas urgentes del mercado laboral) afronta la grave crisis económica actual, adoptando una serie de medidas que tienen pleno encaje constitucional, pues ninguna de ellas entraña la trasgresión de los límites que la Constitución impone al legislador laboral. En definitiva, a su juicio, nuestro modelo de relaciones laborales tras la citada Ley, sigue teniendo pleno amparo constitucional, como se comprobará al analizar cada uno de los concretos preceptos impugnados.

b) Hechas las precisiones anteriores, procede el Abogado del Estado a dar respuesta a la impugnación del art. 14.1 de la Ley 3/2012 en relación con la función dirimente atribuida a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órganos autonómicos equivalentes, prevista como última fase del procedimiento de inaplicación de un convenio colectivo en el art. 82.3 LET. Destaca a este respecto que la intervención de la Comisión puede quedar fácilmente excluida por el propio ejercicio de la autonomía colectiva conforme al art. 85.3 c) LET, y tras referirse al contenido del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, con relación a la eficacia de la decisión adoptada en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o por el árbitro

que fuera designado por ella, y a la posibilidad de impugnarla por ilegalidad o por lesividad, niega que la norma vulnere el art. 24.1 CE al permitir un posterior control judicial sobre la decisión de inaplicación.

Recuerda seguidamente el Abogado del Estado la doctrina constitucional referida a los arbitrajes institucionales e imperativos y su conformidad constitucional, con cita de la STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y, especialmente, de la STC 11/1981, de 8 de abril, que declaró inconstitucionales el apartado b) del art. 25 y el art. 26 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, en la que se negó que el arbitraje público obligatorio pueda calificarse de genuino arbitraje. Conforme a ella, afirma que si bien la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y de los órganos autonómicos no es un genuino arbitraje, sí lo es el llevado a cabo por el árbitro que, en su caso, designe el órgano tripartito, que debe ser nombrado con las debidas garantías de imparcialidad. A su juicio, cabe apreciar una justificación constitucional para la designación del árbitro imparcial obligatorio, al estar ligado a la concurrencia de circunstancias excepcionales, doctrina que concuerda con la del comité de libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ha considerado compatible el arbitraje obligatorio con el Convenio OIT núm. 98, cuando «tras prolongados e infructuosos intentos de llegar a un acuerdo», las autoridades aprecian que se ha llegado a un «punto muerto» y «existe una crisis nacional aguda» (330 informe, parágrafo 888). Prosigue diciendo que si bien el laudo arbitral entraña la inaplicación de un convenio, lo es, material y temporalmente de forma limitada, y está sujeta a posterior control judicial. E igual ajuste constitucional aprecia el Abogado del Estado con relación a la decisión adoptada en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los respectivos órganos autonómicos, atendidas, de un lado, las circunstancias excepcionales para las que se prevé (actual situación de crisis económica, y particulares circunstancias del bloqueo negociador, al no haber podido obtenerse el consenso de las partes a través de procedi-

mientos previstos en la negociación colectiva), y, de otro lado, por el tipo de órgano al que se confía la decisión (órgano colegiado de participación institucional en el que intervienen los agentes sociales).

c) Respecto de la impugnación del art. 12.1 de la Ley 3/2012 (por el que se modifica el art. 41 LET), en la que se discute la facultad del empresario de adoptar unilateralmente modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo pactadas en convenios «extraestatutarios», señala el Abogado del Estado que esta regulación ha estado vigente, con diversas redacciones y sin contestación, desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modifica determinados artículos del estatuto de los trabajadores, del texto articulado de la Ley de procedimiento laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. Después se señala que la única cuestión relevante a considerar es la compatibilidad del precepto con el art. 37.1 CE, pues la pretendida vulneración del art. 28.1 CE (falta de fundamentación en la demanda) aparecería, en todo caso, como derivada de la del art. 37.1 CE, mientras que no se advierte en qué pueda vulnerar el precepto el art. 24.1 CE, dado que la Ley contempla un control judicial pleno de la decisión empresarial (se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual que proceda).

Por otra parte, esta vez con relación a la infracción del art. 37.1 CE, para el Abogado del Estado la diferente naturaleza entre los convenios estatutarios y extraestatutarios justifica el distinto tratamiento de sus efectos, entre ellos el de su fuerza vinculante, que puede ser graduada por el legislador en función del amplio margen que para su concreción le reconoce la Constitución. En este sentido, señala que este planteamiento encuentra su base en la doctrina constitucional citada, según la cual en los pactos extraestatutarios prevalece su naturaleza contractual, que atrae de forma natural a las normas sobre los efectos de los contratos. Asimismo, en cuanto a la pretendida laxitud de las causas legales que justifican la decisión empresarial, indica que habrán de concurrir probadas razones económicas,

técnicas, organizativas o de producción, correspondiendo al empresario su prueba y a los tribunales interpretar la intensidad de las mismas para que proceda la aplicación del mecanismo legal, sin que corresponda a este proceso contemplar eventuales interpretaciones de la norma que puedan menoscabar el art. 28 CE, en relación con el art. 37 CE.

d) Tras insistir el Abogado del Estado que considera inadmisibile la demanda con relación al art. 14.2 y 3 de la Ley 3/2012, contesta, aunque con carácter subsidiario, sobre los motivos de inconstitucionalidad reprochados al citado apartado tercero. Indica que este precepto constituye la pieza capital en la denominada descentralización de la negociación colectiva que el legislador quiere garantizar para facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de los trabajadores, descentralización que resulta muy baja en España en relación con los países de nuestro entorno y que ha sido recomendada por diversos organismos internacionales. Se recuerda la doctrina constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva y a su consideración como contenido esencial del derecho de libertad sindical, indicando que conforme a esa misma doctrina, no hay un monopolio sindical del derecho a la negociación colectiva, y la referencia a los «representantes de los trabajadores» del art. 37.1 CE incluye también los electos, unitarios o legales (arts. 62.1, 63.1 y 87.1 ET; por todas, STC 118/1983, de 13 de diciembre, FJ 3). Dicho lo que antecede, sostiene que el razonamiento impugnatorio de los recurrentes se mueve en un nivel ajeno al del control de constitucionalidad, tal y como apreció el Tribunal, en relación con el derecho de huelga, en el FJ 7 de la STC 11/1981. Ni el art. 7, ni el 28.1, ni el 37.1 CE imponen al legislador estatutario la única opción de regular los convenios colectivos maximizando el poder de negociación y el influjo de los sindicatos y de las organizaciones empresariales, ni menos aún obligan a establecer una estructura centralizada de la negociación colectiva. No cabe sostener que la preferencia de las organizaciones sindicales en una estructura de negociación colectiva sectorial

y supra empresarial deba convertirse en criterio constitucional que derrote cualquier otro, de manera que, por ejemplo, la defensa de la productividad (art. 38 CE), incluso en un contexto de recesión económica duradera, deba ceder ante una estructura de la negociación poco compatible con el funcionamiento eficiente y flexible del mercado de trabajo. Tampoco se ve afectada en este caso la fuerza vinculante de los convenios, pues tan convenios colectivos son los sectoriales como los de empresa, ni la libertad sindical en materia de negociación colectiva, cuando las secciones sindicales gozan de legitimación para negociar los convenios de empresa.

e) En relación con la disposición final cuarta.2 de la Ley 3/2012, que declara nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos sobre jubilación forzosa, el Abogado del Estado niega que dicha disposición vulnere la libertad sindical y la negociación colectiva, pues no existe una reserva constitucional a favor de esta última que excluya la intervención de la Ley. El propio Tribunal Constitucional ha afirmado, tanto la competencia de la Ley para regular esta materia, como la necesaria adecuación del convenio a lo previsto en ella. Además, la razonabilidad de la medida cuestionada parece clara, ya que la única normativa que podría ofrecer dudas sobre su compatibilidad con el art. 35 CE, en relación con el 14 CE, es aquella que establecía la jubilación obligatoria a una determinada edad. No puede desconocerse que el retraso de la edad de jubilación y la incentivación de la continuidad en la vida activa, dificultando las jubilaciones anticipadas, constituye una línea decidida del legislador orientada a garantizar la viabilidad financiera del sistema de la Seguridad Social.

También rechaza el representante del Estado la infracción de la igualdad en el acceso al trabajo, en relación con la diferencia de tratamiento de los trabajadores de las Administraciones públicas, ya que como ha declarado este Tribunal, el principio de igualdad que vincula al legislador no le impide establecer diferencias de trato, siempre que encuentren una justificación objetiva y razonable, valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la Ley y a la adecuación de

medios afines entre aquéllas y éstas. Además, esta libertad de implantación de diferencias de trato se aprecia con mayor intensidad en relación con estructuras de creación legal donde la norma que las crea puede apreciar diferencias relevantes fundadas en el régimen abstracto diseñado por ellas mismas.

f) Aborda a continuación el Abogado del Estado el examen de la constitucionalidad del art. 4.3 de la Ley 3/2012, norma que prevé una duración de un año del período de prueba del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. En respuesta a los argumentos ofrecidos por los recurrentes para sostener la infracción del art. 35.1 CE, comienza negando que pueda considerarse como irrazonable la duración legalmente prevista para el citado período de prueba, a la vista del régimen jurídico del nuevo contrato. En particular destaca su régimen de incentivos, diseñado para desalentar claramente las extinciones de contratos antes de que, por lo menos, transcurran tres años (y, aún más intensamente, en el primer año de la prueba), y que viene a servir de contrapeso respecto de la mayor duración del período de prueba. Además, este contrato debe situarse en la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada (art. 3.1 del Código civil), al nacer con una vocación coyuntural para tratar de paliar la descomunal tasa de paro que nos atormenta. Ciertamente, ha de regir únicamente para una singular y probablemente minoritaria modalidad de contratación laboral indefinida, al alcance únicamente de pequeñas empresas que pueden minimizar, mediante esta disposición, los importantes riesgos económicos asociados a un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Por consiguiente, nos encontramos con una medida protectora de la pequeña empresa en un contexto de crisis.

Posteriormente, el Abogado del Estado niega que la medida impugnada vulnere el art. 24.1 CE, pues el desistimiento en el período de prueba es revisable por los Tribunales para controlar que mediante él no se discrimina o se violan los demás derechos fundamentales, y para verificar la realización o no de las experiencias que constituyen el objeto de la prueba. Fuera de estos su-

puestos, es la propia naturaleza del período de prueba la que impide que se exija la justificación jurídica de una causa. Y, finalmente, descarta la infracción del art. 37.1 CE, pues de este precepto no puede extraerse en modo alguno un límite constitucional que impida al legislador establecer una duración imperativa del período de prueba convencionalmente inderogable.

g) El Abogado del Estado pasa a examinar la impugnación del art. 18.3 de la Ley 3/2012, en la que se cuestiona la definición de las causas del despido colectivo (art. 51 LET). Comienza precisando que resulta difícil deducir de la demanda qué concreta dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se considera vulnerada, aunque los recurrentes parecen entender que el precepto impugnado impediría a la jurisdicción social realizar un control de la razonabilidad del despido y de su relación de causalidad con los hechos que lo motivan. Nada permite interpretar, sin embargo, que la norma suponga una restricción de las funciones de la jurisdicción ordinaria a la hora de enjuiciar plenamente la decisión empresarial, ni tampoco puede extraerse dicha conclusión del preámbulo de la Ley al que aluden los recurrentes. Según el Abogado del Estado, la voluntad del legislador ha sido la de precisar las causas del despido colectivo, ciñendo el control jurisdiccional a la concurrencia de las mismas, su razonabilidad y proporcionalidad, y, al mismo tiempo, eliminar expresiones normativas que podían permitir que se valorasen cuestiones atinentes a la pura gestión de la empresa.

En cuanto a la presunta vulneración del derecho al trabajo (art. 35 CE), la alegación merece, a juicio del Abogado del Estado, igual suerte desestimatoria, en tanto que entiende que la nueva definición legal de las causas justificativas del despido colectivo es plenamente conforme con la doctrina constitucional (STC 193/2003, de 27 de octubre) y con el art. 4 del Convenio 158 de la OIT. La existencia de intereses contrapuestos constitucionalmente relevantes, como son los regulados en los arts. 35 y 38 CE, supone la lógica exigencia de importantes facultades de concreción del legislador para delimitar el correspondiente punto de equilibrio. Así, en este tipo de

despidos, ha de tenerse en cuenta que la actuación empresarial, al vincularse a las vicisitudes del mercado, está relacionada con la propia libertad de gestión de la empresa y con la defensa de la productividad sobre la que descansa la economía de mercado y su potencial de crecimiento y creación de empleo. Estas cuestiones deben ser ponderadas por el legislador, especialmente en circunstancias como las que ha tenido que atender la Ley 3/2012.

Finalmente, en cuanto a la alegación relativa a la actual omisión en la definición de las causas económicas y técnicas de la anterior referencia a la necesidad de justificar «la razonabilidad de la decisión extintiva», alude el Abogado del Estado a la conocida doctrina constitucional (sintetizada en ATC 433/2005, de 13 de diciembre) sobre las llamadas «inconstitucionales por omisión», que sólo existen cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace. Pero, en cualquier caso, añade que nada impide a los órganos judiciales en la nueva legislación seguir valorando la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas. En este sentido, indica que resulta obvio que nada tiene que decir el legislador para que el juez desempeñe la función que le es propia y que está naturalmente relacionada con la ponderación de la racionalidad de las medidas que debe enjuiciar.

h) A continuación, el Abogado del Estado analiza la constitucionalidad de los arts. 18.8 y 23.1 de la Ley 3/2012, en tanto limitan los salarios de tramitación a los casos de despido improcedente en los que se opta por la readmisión, regulación a la que los recurrentes imputan las vulneraciones del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y del principio de igualdad (art. 14 CE). Pues bien, tras analizar el sentido del precepto, recuerda el Abogado del Estado que la constitucionalidad de una previsión idéntica, introducida por el art. 2.3 del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, fue ya objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional en diversos procesos de amparo (resueltos por las SSTC 84/2008, de 21 de julio;

122/2008, de 20 de octubre, y 143/2008, de 31 de octubre), en las que se constató la carencia de homogeneidad entre las situaciones comparadas a efectos del principio de igualdad, y la razonabilidad constitucional de las distintas soluciones adoptadas por el legislador. Pues bien, tal pronunciamiento resulta trasladable al presente caso para apreciar la constitucionalidad de la norma impugnada, sin que puedan ser acogidas las objeciones que los recurrentes plantean sobre la plena aplicación a la nueva regulación de la doctrina constitucional antes citada.

i) Por último, el Abogado del Estado responde a la impugnación de la disposición adicional tercera de la Ley 3/2012, según la cual la prohibición para las Administraciones públicas de efectuar las reducciones de jornada y suspensiones de contratos reguladas en el art. 47 LET, en base a razones económicas, técnicas, organizativas y productivas, vulnera el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación del art. 14 CE, el acceso a las funciones públicas conforme a criterios de mérito y capacidad de los arts. 23 y 103.3 CE, así como el derecho al trabajo reconocido por el art. 35.1 CE.

Señala a este respecto que las invocaciones de los arts. 35.1 y 23.2 y 103.3 CE carecen de relevancia propia. Así, aun aceptando dialécticamente que la norma pueda inducir a determinadas entidades públicas al despido en lugar de permitirles el uso de medidas de carácter coyuntural, ello no afectaría en sí mismo al derecho al trabajo. Teniendo en cuenta las amplias facultades de que dispone el legislador para configurar el régimen de la estabilidad en el empleo, de la Constitución no puede derivarse mandato alguno al legislador respecto de medidas alternativas al despido que deban ser establecidas, por lo que el art. 35.1 CE permanecería incólume aunque desapareciera el art. 47 LET. Por lo mismo, también es claro que los imperativos de los arts. 23.2 y 103.3 CE en relación con la eventual extinción de las relaciones laborales requieren de una concreción legal. Así las cosas, a juicio del Abogado del Estado, únicamente resultaría relevante la dimensión concerniente al principio de igualdad y prohibición de discriminación (art. 14 CE), en relación con la

diferencia de trato que se establece entre el régimen del personal laboral de las Administraciones públicas y el de los trabajadores comunes. Esta lesión resulta, sin embargo, igualmente rechazable, en tanto que no se ofrece un término válido de comparación al contrastarse a los trabajadores comunes con los que están al servicio de la Administración pública, por lo que faltaría el presupuesto necesario para la aplicación del art. 14 CE.

En todo caso, considera que existen justificaciones más que razonables para la diferencia, pues la inaplicación del art. 47 LET a la Administración pública está en directa conexión con las características propias de éstas como empleadora. Ciertamente, al no desenvolverse su actividad en un mercado cambiante y competitivo sino destinarse a servir con objetividad los intereses generales, no parece adecuado que recurra a medidas coyunturales como las previstas en el art. 47 LET. En efecto, la organización administrativa debe estar ajustada estructuralmente, en lo que se refiere a su plantilla, a las necesidades derivadas de los intereses generales, y en caso de que se produzca un desajuste, la medida debe ser la extinción de los contratos y no remedios coyunturales que no atiendan al desfase apreciado. Esta visión explica, según el Abogado del Estado, la diferencia de trato que contempla la norma legal entre las Administraciones públicas y las entidades públicas «que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado», pues éstas últimas sí que pueden requerir la adopción de medidas de carácter coyuntural.

En virtud de todo lo señalado, el Abogado del Estado finaliza su escrito solicitando que se dicte Sentencia por la que se inadmita el recurso respecto al art. 14, apartados segundo y tercero, de la Ley 3/2012, desestimándolo en lo demás, y subsidiariamente, se desestime el recurso en su integridad.

8. Por providencia de 20 de enero de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. En el presente proceso constitucional debemos resolver el recurso de inconstitucionalidad pro-

movido por ciento cuatro Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)] del Congreso de los Diputados, contra los arts. 4.3, 12.1, 14.1 y 2, 18.3 y 8, 23.1, así como contra la disposición adicional tercera y la disposición final cuarta.2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012, de 6 de julio), por vulneración de los arts. 14, 23.2, 24.1, 28.1, 35.1, 37.1 y 103.3, todos ellos de la Constitución.

Antes de iniciar el análisis de las cuestiones de fondo suscitadas en el recurso, es necesario realizar las siguientes precisiones:

a) El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, interesa la inadmisión del recurso respecto a los apartados segundo y tercero del art. 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, al considerar que aunque los recurrentes formalmente impugnan en el encabezamiento y suplico de la demanda el citado apartado segundo, en realidad no se contiene en el recurso ningún argumento que fundamente su inconstitucionalidad, refiriéndose las alegaciones exclusivamente al apartado tercero de ese mismo precepto, cuya impugnación no fue autorizada por las personas constitucionalmente legitimadas para interponer el recurso.

Pues bien, a pesar de que, como indica el Abogado del Estado, la fundamentación del recurso parece contraerse al apartado tercero del citado art. 14, respecto al que no existe una impugnación formalmente explícita, los óbices planteados al respecto han de ser descartados, al existir una evidente conexión entre los dos apartados, en la medida que el segundo se remite al tercero. Ciertamente, el apartado segundo del art. 14 da nueva redacción al art. 84.1 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (LET), estableciendo: «1. Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado con-

forme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente». Por su parte, completando su contenido, el apartado tercero siguiente procede a regular la salvedad a la prohibición de concurrencia de convenios colectivos previamente anunciada, previendo la posibilidad de que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa pueda negociarse durante la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, reconociendo su prioridad aplicativa en determinadas materias respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior. De esta manera, a la vista del contenido de los citados apartados, puede concluirse que ninguno de ellos se entendería sin el concurso del otro, pues el apartado segundo necesita del complemento del tercero, que desarrolla la excepción a la regla general previamente anunciada. Dada la interconexión de tales apartados, procede rechazar la objeción formulada por el Abogado del Estado (STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 2).

b) Tras la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, objeto del presente proceso constitucional, se han dictado una serie de normas que le afectan, de una u otra manera, como son el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada; el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, que prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección de las personas desempleadas; la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes del orden económico y social, y que ha dado lugar a la Ley 1/2014, de 28 de febrero, del mismo nombre; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contra-

tación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

Ninguna de estas normas ha afectado al contenido de los preceptos impugnados, salvo en lo referente a la regulación del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (art. 4 de la Ley 3/2012) y al procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos (art. 14.1 de la citada Ley), respecto a los que determinaremos los efectos de su modificación en el momento de su análisis.

c) Finalmente, es preciso señalar que el presente recurso de inconstitucionalidad coincide en parte, en cuanto a su objeto y fundamentación, con el tramitado con el número 5603-2012, promovido por el Parlamento de Navarra y que ha sido desestimado en la reciente STC 119/2014, de 16 de julio. Por tal motivo, al resolver algunos de los preceptos impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad habremos de reiterar las consideraciones efectuadas en la mencionada Sentencia, extendiéndolas al presente proceso en lo que se acomode a su ámbito de controversia.

2. Con carácter previo al examen de cada uno de los preceptos impugnados, es necesario efectuar una serie de precisiones con relación a las afirmaciones efectuadas por los recurrentes respecto de la reforma laboral llevada a cabo por la Ley 3/2012 y de las que se han dejado constancia en los antecedentes. En síntesis, los Diputados recurrentes sostienen que la citada reforma supone «el desconocimiento del marco estructural y axiológico en el que nuestra Constitución se inserta», una quiebra del «modelo constitucional» de relaciones laborales al situarse «fuera del marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho» y «de la Constitución», o, en otras palabras, la sustitución de los «elementos centrales del modelo constitucional» por otros distintos que hace que esa Ley «na[zca] al mundo del Derecho fuera de las coordenadas constitucionales».

a) A los efectos de determinar cuál es el marco constitucional en el que la reforma laboral cuestionada se inserta, es preciso comenzar recordando que la Constitución confiere al Estado competencias exclusivas tanto en materia de

legislación laboral (art. 149.1.7 CE), como para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE), correspondiéndole, pues, la tarea de ordenar los principios y criterios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia laboral, desde una concepción del conjunto de sus relaciones como «un» sistema, pero sin estar condicionado cómo debe llevarla a cabo. Tales preceptos hay que ponerlos en relación con el art. 35.2 CE, que encomienda al legislador estatal la regulación de «un» estatuto de los trabajadores, así como con el art. 53.1 CE, que remite a la ley la regulación de los derechos y libertades laborales reconocidos en el capítulo II de su título I.

b) Es preciso destacar la singular posición que dentro de nuestro sistema de relaciones laborales ocupa el «sindicato». La Constitución le ha consagrado como un elemento clave dentro de la configuración de nuestro Estado como un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE), al incluir su reconocimiento en el art. 7 del título preliminar, que prevé que «[l]os sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios». Su especial ubicación en el texto fundamental realiza la consideración del «sindicato» como uno de los soportes institucionales básicos de la sociedad para la defensa, protección y promoción de los intereses colectivos de los trabajadores. Así lo ha entendido, además, este Tribunal en numerosas ocasiones en las que no ha dudado en considerar a los «sindicatos», no sólo como «piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción» de los intereses de los trabajadores (STC 70/1982, de 29 de noviembre, FJ 5), sino, lo que es más importante, como «organismos básicos del sistema político» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 11), como «formaciones sociales con relevancia constitucional» (STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 3), y, en definitiva, como una «institución esencial del sistema constitucional español» (STC 101/1996, de 11 de junio, FJ 3).

c) Conviene señalar también que la determinación del contenido de la relación laboral, junto

con la regulación mínima del legislador, «se deja a la responsabilidad de la autonomía colectiva de las partes sociales», esto es, «a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE» (STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6), siendo tal tipo de negociación «un valor constitucionalmente protegido» (SSTC 39/1986, de 31 de marzo, FJ 6 y 184/1991, de 30 de septiembre, FJ 6). Ese derecho «presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual» (SSTC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6; y 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4), siendo los convenios colectivos fruto de su ejercicio, «fuentes de regulación de las condiciones de trabajo» a las que constitucionalmente se reconocen fuerza vinculante (STC 151/1994, de 23 de mayo, FJ 2). La negociación colectiva no sólo contribuye, entonces, «a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores», sino que se erige en un «instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo» (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4).

Siendo indiscutible el papel que desempeña el sindicato como defensor de los derechos e intereses de los trabajadores, también lo es el que ocupa la negociación colectiva de condiciones de trabajo dentro de la acción sindical, «puesto que resulta inimaginable que sin ella se logre desarrollar eficazmente las finalidades recogidas en el art. 7 CE» (STC 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 5), de manera que «cuando existe un elemento de sindicalidad, esto es, cuando la negociación colectiva es expresión de la acción sindical» (STC 118/2012, de 4 de junio, FJ 4), pasa a formar parte del contenido esencial de aquella libertad (por todas, SSTC 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 222/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; y 118/2012, de 4 de junio, FJ 4). En efecto, «entre los rasgos que, tanto histórica como legalmente, caracterizan al sindicato, figura muy destacadamente su esencial vinculación con la acción sindical que se plasma en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y en la adopción de

medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE)» (STC 152/2008, de 17 de noviembre, FJ 4).

d) Sin perjuicio de la posición singular e institucional que tiene el sindicato en nuestro sistema constitucional, y sin dejar de lado su papel fundamental tanto para la defensa de los derechos e intereses de todos los trabajadores como para la consecución del bienestar social general a través del ejercicio del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), lo cierto es que la Constitución, al institucionalizar los derechos colectivos laborales (huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos), no los ha reservado «en exclusiva a los sindicatos» (SSTC 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4; y 95/1996, de 29 de mayo, FJ 3), pues ha eludido «la consagración de un monopolio» sindical en esta materia, para partir de un «amplio reconocimiento» de los titulares de aquéllos derechos colectivos «de forma que si el derecho de huelga se atribuye a los trabajadores (art. 28.2), el de conflictos lo es a los trabajadores y empresarios (art. 37.2) y el de negociación a los representantes de éstos (art. 37.1)» (STC 118/1983, de 13 de diciembre, FJ 4). De esta manera, a diferencia de las previsiones contenidas en los arts. 7 CE (que institucionaliza al sindicato como un organismo esencial de nuestro sistema constitucional) y 28.1 CE (que consagra al sindicato como el instrumento básico del ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical), el constituyente no refirió, en su art. 37.1 CE, la negociación colectiva como un derecho perteneciente exclusivamente al ámbito de la acción sindical. Antes al contrario, lo recondujo más genéricamente a los «representantes de los trabajadores», con la clara intención de ampliar el elenco de los legitimados para la determinación de las condiciones de la relación laboral, depositando ese derecho, en consecuencia, no sólo en el sindicato, sino en cualquier sujeto u organización representativa de los trabajadores (como los delegados de personal y los comités de empresa), cuyo fundamento constitucional último no se encuentra en el art. 7 CE, como sucede con los representantes sindicales, sino en los arts. 9.2 y 129.2 CE (SSTC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; y 208/1989, de 14 de diciembre, FJ 3).

En suma, aunque el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) le ha sido atribuido también por la Constitución al sindicato, protagonista principal en la defensa de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE) a través del ejercicio de la libertad sindical (art. 28.1 CE), no se ha hecho de forma exclusiva ni en modo que descarte a otros posibles representantes de los trabajadores, de manera que no cabe sino concluir que la negociación colectiva está «atribuida constitucionalmente a los sindicatos y a otras representaciones colectivas de los trabajadores» (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4).

e) Conforme a todo lo dicho, estando encomendada al legislador la garantía del derecho a la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE), el examen de los motivos de este recurso de inconstitucionalidad ha de partir, necesariamente, de que nos encontramos ante «un derecho esencialmente de configuración legal» (STC 85/2001, de 26 de marzo, FJ 5), siendo la ley la que ha de concretar y desarrollar, tanto su contenido como los presupuestos para su ejercicio (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3). En «la configuración legal del ejercicio del derecho a negociar» (STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4), el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa. No hay que descuidar, de un lado, que el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva no conlleva el desapoderamiento normativo del Estado para regular los aspectos básicos de su ejercicio, y, de otro, que el principio de autonomía colectiva puede presentar excepciones siempre y cuando la limitación que suponga esté justificada (STC 11/1981, de 8 de abril FJ 24). Por esta razón, la Ley «puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva» (STC 59/1985, de 30 de abril, FJ 3).

f) En definitiva, se puede concluir que la Constitución de 1978 no diseña un modelo cerrado

de relaciones laborales, ni más concretamente, de negociación colectiva, correspondiéndole al legislador estatal, en el ejercicio de las funciones que la propia Constitución le confiere, configurar el que considere más idóneo en cada momento (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7), eligiendo entre las distintas alternativas posibles la que estime más adecuada, no solo para alcanzar los objetivos que aquélla le impone, sino también para adoptar las medidas precisas que garanticen su realización. De todo ello se deduce la habilitación al legislador estatal para realizar su conceptualización jurídica en cada momento, entre diferentes alternativas, en atención a las circunstancias económicas subyacentes y a las necesidades sociales a las que se pretenda dar cobertura. El constituyente no quiso definir el modelo de relaciones laborales aplicable, ni tampoco restringir la acción del legislador más allá de los límites explícitos que le ha impuesto, dejándole un importante ámbito de posibilidades para configurar el citado modelo y para articular cada institución que lo integre, no sólo como un instrumento de su desarrollo, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la Constitución le impone [en el mismo sentido, aunque con relación a la definición del modelo de sistema tributario aplicable, STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 c)].

g) De la evolución legislativa que ha experimentado el modelo de relaciones laborales a lo largo de estos últimos treinta años, se puede extraer una clara conclusión: cada norma que lo ha modulado representa una opción legislativa diferente como un instrumento al servicio de una concreta política económica y social del Gobierno y Parlamento de cada momento, respecto de la cual no es suficiente la mera discrepancia política para destruir su presunción de constitucionalidad (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3). No es función de este Tribunal enjuiciar si las soluciones adoptadas en la Ley impugnada son las más correctas técnicamente, o si constituye la más oportuna de entre las distintas alternativas posibles para la consecución de los fines pretendidos, sino únicamente si se ajustan a los mandatos, reglas y principios que la Constitución impone, por lo que «[n]o resulta ocioso reiterar que toda opción

legislativa, por discutible que para algunos pueda ser, resulta admisible desde el punto de vista constitucional siempre que respete las reglas que la Constitución establece» (STC 20/2013, de 31 de enero, FJ 3). En suma, «no corresponde a este Tribunal interferirse en el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático ni examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente examinar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o carente de toda justificación o, por el contrario, entra dentro del margen de configuración del que goza en ejercicio de su libertad de opción» (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11).

3. Aclarado lo que antecede, para resolver las dudas de constitucionalidad que se plantean en el recurso seguiremos el orden que marca la ley impugnada. Hemos de comenzar, pues, nuestro enjuiciamiento con la impugnación del apartado 3 del art. 4 («Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores») de la Ley 3/2012, de 6 de julio, en el que, con referencia al régimen jurídico de este nuevo contrato de trabajo, se establece que la duración del período de prueba para el mismo será «de un año en todo caso». Para los recurrentes tal previsión, referida a la duración del período de prueba, vulneraría los arts. 14, 24.1, 35.1 y 37.1, todo ellos de la Constitución, por los motivos que a continuación se van a ir detallando.

a) Con carácter previo al análisis del apartado impugnado, es necesario señalar que el art. 4 de la Ley 3/2012 ha sido objeto de modificación por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, en el sentido de permitir la celebración a tiempo parcial del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, adaptando a tal fin los incentivos fiscales y de Seguridad Social previstos en la norma. En la medida que la modificación operada en el precepto impugnado no se refiere al aspecto aquí controvertido, relativo exclusivamente a la duración del período de prueba, ninguna afectación del objeto del presente proceso constitucional se ha producido,

debiendo pronunciarnos, en consecuencia, sobre los aspectos planteados en la demanda.

b) Consideran los recurrentes, que se ha producido la lesión del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) por la afectación de los principios de estabilidad en el empleo y de causalidad de la extinción contractual, vulneración que es negada por el Abogado del Estado al considerar que la duración del período de prueba resulta razonable.

Este motivo de impugnación ha sido resuelto por la STC 119/2014, de 16 de julio, en la que hemos rechazado que el precepto impugnado vulnere el art. 35.1 CE en tanto que la previsión cuestionada relativa a la duración del período de prueba constituye una medida que cuenta con una justificación legitimadora, y resulta razonable y proporcionada en atención a los fines perseguidos por el legislador con su establecimiento.

En este sentido, hemos advertido, en primer lugar, que dentro de un escenario de grave crisis económica, la medida controvertida persigue como finalidad incentivar la contratación indefinida, sobre todo de los colectivos de desempleados más vulnerables (jóvenes, mujeres en ciertos casos y mayores de 45 años). En segundo lugar, que tiene, como el propio contrato de trabajo en el que se inserta, un carácter excepcional y limitado en el tiempo, pues sólo podrá aplicarse hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100. En tercer lugar, que posee un alcance limitado en tanto que se aplica sólo en empresas de pequeñas dimensiones, en las que hay mayores reticencias para optar por la contratación indefinida por la dificultad de afrontar eventuales riesgos económicos. En cuarto lugar, que se trata de una medida integrada en un contrato en el que los beneficios que reporta al empleador (deducciones fiscales y bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social) se condicionan a la estabilidad en el empleo del trabajador contratado y al mantenimiento del nivel de empleo del resto de la plantilla de la empresa contratante. Y, en fin, que tal medida se acompaña de otras que pretenden atemperar el aspecto más gravoso que para el trabajador tiene un período de prueba de mayor duración, como son, de un lado, la eventual compatibilización

del salario con la prestación de desempleo o el mantenimiento del derecho a su percepción a la finalización, y, de otro, y esto es lo más relevante, que a la superación del mayor período de prueba se le anuda el carácter indefinido de la relación laboral. Todo ello, permite afirmar que aun cuando el precepto impugnado faculta al empleador la rescisión unilateral *ad nutum* del contrato durante un período más amplio del previsto con carácter general en la normativa laboral, sin embargo, se cumple en este caso con el requisito de la proporcionalidad. En efecto, a la vista del carácter excepcional y temporal de la medida, su limitado alcance, así como su finalidad de fomentar la contratación y el empleo estable (sobre todo de los desempleados con mayores dificultades ocupacionales) durante una situación de crisis económica, cabe apreciar que concurre la proporción exigible entre el sacrificio que a las garantías del trabajador supone la adopción de la medida y los beneficios, individuales y colectivos, que la misma reporta. Además, la medida puede calificarse, igualmente, como necesaria e idónea para la consecución de la legítima finalidad pretendida (creación de empleo estable), puesto que es un incentivo para que las pequeñas empresas elijan la fórmula de la contratación indefinida, al ofrecérseles, como contrapartida, la oportunidad de rescindir libremente el contrato durante un año, permitiéndoles durante tal período de tiempo no sólo constatar las aptitudes profesionales del trabajador contratado, sino también verificar si el puesto de trabajo que se crea con carácter indefinido resulta viable económicamente. Tal circunstancia resulta particularmente relevante en el actual contexto económico, ya que, como apunta el Abogado del Estado, esta disposición permite que las pequeñas empresas puedan hacer uso de esta modalidad contractual para ponderar los riesgos económicos asociados a la suscripción del contrato.

En definitiva, incluso admitiendo que el legislador podría haber adoptado otras medidas alternativas a la aquí cuestionada, lo cierto es que, desde la estricta perspectiva constitucional, la fijación de un período de prueba de un año en el contrato de trabajo previsto en el art. 4.3 de la

Ley 3/2012 no vulnera el art. 35.1 CE, pues, «en términos razonables y proporcionados pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE» [STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3 f)].

c) A juicio de los recurrentes, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera también el art. 37.1 CE por establecer una regulación indisponible para la negociación colectiva, infracción rechazada por el Abogado del Estado al considerar que el precepto constitucional no impide su carácter imperativo.

Esta impugnación ha sido también resuelta en la STC 119/2014, en la que hemos tenido la oportunidad de indicar que el carácter imperativo de la regulación legal impugnada (sobre la duración del período de prueba de un año y su consiguiente indisponibilidad para la negociación colectiva) goza de una justificación legítima, razonable y proporcionada, dado que «[l]a configuración legal como norma de derecho necesario absoluto de la duración del período de prueba de un año en el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador», razón por la cual, la decisión legislativa impugnada contribuye «a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo de creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico». Por ello, a la vista de la finalidad y alcance de la previsión cuestionada, y una vez ponderados los intereses constitucionales en juego, alcanzamos la conclusión de que «no puede tildarse de lesiva del art. 37.1 CE la decisión del legislador de establecer en un año la duración del período de prueba del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con el carácter de norma imperativa indisponible para

la negociación colectiva» [apartado b) del fundamento jurídico 3 C)].

d) Para los recurrentes, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 infringe también el art. 24.1 CE por impedir un efectivo control judicial sobre la decisión empresarial y no conllevar resarcimiento para el trabajador. El Abogado del Estado lo niega, al ser posible la revisión con el alcance que lo permite la propia naturaleza de la institución del período de prueba.

Este motivo de impugnación también ha sido rechazado en nuestra STC 119/2014, de 16 de julio, en la que hemos descartado la infracción del art. 24.1 CE sobre la base de que las decisiones empresariales de desistimiento adoptadas al amparo del citado art. 4.3 son revisables antes los Jueces y Tribunales cuando no se ajusten al régimen jurídico establecido en la Ley o se hayan adoptado por motivos discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales del trabajador. Tal y como advertimos en esa Sentencia, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no garantiza el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial o una indemnización derivada del mismo, al ser exigencias que la norma sustantiva no contempla en la configuración del período de prueba [FJ 3 D)].

e) Finalmente, los recurrentes sostienen que el art. 4.3 impugnado vulnera el art. 14 CE, en tanto que al no reconocer indemnización a los trabajadores en caso de desistimiento empresarial durante el período de prueba, se estaría dispensando una diferencia de trato injustificada a los trabajadores indefinidos con período de prueba con relación a los trabajadores contratados temporalmente, quienes, por regla general, sí tienen derecho a ella. Según el Abogado del Estado, se impone la desestimación de este motivo al no existir un derecho constitucional al tratamiento diferenciado.

Los recurrentes cuestionan un efecto jurídico del período de prueba cuya regulación no se efectúa en el art. 4.3 impugnado, sino en las normas a las que se remite, únicas a las que, en su caso, podría imputarse el vicio de inconstitucionalidad. Con independencia de ello, este nuevo repro-

che de inconstitucionalidad tampoco puede ser acogido dado que los recurrentes no ofrecen un término válido de comparación para efectuar el juicio de igualdad. Efectivamente, los colectivos de trabajadores que se contrastan se rigen por regímenes jurídicos diversos, resultando plenamente diferenciadas las modalidades contractuales a las que unos y otros están sometidos. Con todo, la no atribución de indemnización al trabajador por el desistimiento empresarial no supone una diferencia de trato contraria al art. 14 CE, sino que es una consecuencia intrínseca de la propia institución del período de prueba común a todos los contratos de trabajo. Debe desestimarse, por tanto, también este último motivo de impugnación del art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

4. El siguiente reproche de constitucionalidad se atribuye por los Diputados recurrentes al apartado primero del art. 12 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, precepto que bajo el rótulo «Modificación sustancial de condiciones de trabajo», da nueva redacción al art. 41 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), referido a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Hay que indicar, no obstante, que el reproche de inconstitucionalidad no se dirige a la totalidad del contenido del art. 41 LET en su nueva redacción, sino que sólo se cuestiona, como aclaran los recurrentes, la facultad de modificación atribuida al empresario en el apartado 5 de ese precepto (en conexión con su apartado 4) respecto a las «modificaciones colectivas» de condiciones de trabajo (es decir, las que afectan a un determinado número de trabajadores de la empresa en un lapso de tiempo de noventa días, según señala el apartado 2 del mismo precepto). El cuestionado apartado 5 reza de la siguiente manera: «La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación». En suma, queda fuera de nuestro enjuiciamiento el examen de la regulación de las «modificaciones de carácter individual», esto es, de aquellas

modificaciones que en el período de referencia establecido legalmente no alcancen los umbrales señalados para las «modificaciones colectivas», y cuyo procedimiento se encuentra previsto en el apartado tercero del citado art. 41, por no haber sido impugnado por los recurrentes.

a) Imputan los recurrentes al art. 12.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, en primer lugar, la infracción del art. 37.1 CE y, por derivación, del art. 28.1 CE, al permitir que el empresario pueda alterar unilateralmente las condiciones de trabajo previstas en acuerdos o pactos colectivos. Por el contrario, el Abogado del Estado la niega sobre la base de la distinta naturaleza de tales pactos.

De entrada, ha de advertirse que la cuestión de fondo que ahora se impugna (la facultad unilateral del empresario de modificación sustancial de condiciones de trabajo) no es una novedad introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, sino que está presente en nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del estatuto de los trabajadores, y del texto articulado de la Ley de procedimiento laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. Concretamente, el apartado tercero de su art. 5, bajo el título de «Modificaciones, suspensión y extinción del contrato de trabajo», dio nueva redacción al art. 41 LET («Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo»), suprimiendo, de un lado, la intervención de la autoridad laboral en el procedimiento, y previendo para las modificaciones de carácter colectivo, la apertura de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, tras cuya finalización, el empresario había de comunicarles su decisión modificatoria. Aunque dicho precepto fue nuevamente alterado tanto por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, como por el posterior Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, esa facultad empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuando no se llega a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, se ha mantenido hasta la

redacción ahora impugnada, que es objeto del presente recurso de inconstitucionalidad.

Los «acuerdos o pactos colectivos» a los que se refiere el art. 41 LET, cuya posibilidad de modificación unilateral por el empresario se discute en el recurso, son los conocidos como «extraestatutarios» o «de eficacia limitada» (STC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5), es decir, los celebrados al margen de la específica regulación contenida en el título III del estatuto de los trabajadores sobre los convenios colectivos (conocidos como convenios «estatutarios»), a los que se reconoce legalmente eficacia *erga omnes* (art. 82.3 LET). Esta afirmación se deduce de lo establecido en el art. 41.6 LET, que dispone que «[l]a modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3», y en consecuencia, no por el cauce del art. 41 LET ahora examinado.

Hecha la observación que antecede y como hemos señalado con anterioridad en el fundamento jurídico 2 de esta Sentencia, el art. 37.1 CE hace un llamamiento a la ley para garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, pero sin imponer al legislador la adopción de una concreta opción para llevar a efecto el mandato que contiene. Y el legislador ordinario, en cumplimiento de tal mandato, ha optado por reconocer un «plus de eficacia» a los convenios colectivos «estatutarios» por su carácter *erga omnes* (STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 2). De esta manera, los denominados pactos «extraestatutarios», al no cumplir las exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas por el título III del estatuto de los trabajadores, carecen de la eficacia general o *erga omnes* que caracteriza a los convenios «estatutarios» (esto es, los que se celebran conforme a la específica regulación de ese título III de la LET), gozando únicamente de una eficacia personal limitada o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación. Los pactos «extraestatutarios» se rigen, pues, «por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual, los contratos producen efectos sólo

entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código civil)», de modo que «[l]a lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales» (STC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5).

En definitiva, tanto los convenios colectivos estatutarios, como los denominados «pactos extraestatutarios», son producto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, reconocido en el art. 37.1 CE, siendo predicable de unos y otros, por lo tanto, la «fuerza vinculante» a la que ese precepto constitucional también se refiere. Sobre esta base, es claro que la medida legal controvertida incide en el citado derecho constitucional al permitir la inaplicación de los citados pactos extraestatutarios por decisión del empresario. Ahora bien, que exista una injerencia en el mismo no supone, por sí misma, que sea inconstitucional, pues puede resultar legítima si cuenta con una justificación razonable y proporcionada al fin perseguido.

En este sentido, y con relación a la justificación de la norma, advierte la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que el precepto cuestionado se dirige a favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo, buscando el reajuste de la organización productiva para adaptarla a la cambiante situación económica. La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). En consecuencia, la limitación del derecho a la negociación colectiva mediante la atribución de la facultad de modificar las condiciones de trabajo pactadas extraestatuta-

riamente, se justifica en la consecución de fines consagrados en la Constitución.

Contando la medida controvertida con una justificación razonable desde el punto de vista constitucional, para comprobar si guarda la necesaria proporcionalidad con el fin pretendido, es necesario constatar si cumple las tres condiciones siguientes: a) si es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (juicio de idoneidad); b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad), debiendo tenerse en cuenta, a este respecto, que compete al legislador la realización del juicio de necesidad, y que el control constitucional en estos casos es limitado, pues se ha de ceñir a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, y c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [en este sentido, entre otras, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8, y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 7]. Es necesario precisar brevemente los condicionantes a los que el art. 41 LET somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación unilateral de las condiciones de trabajo fijadas extraestatutariamente. La citada facultad empresarial, en primer lugar, no puede afectar a los convenios colectivos sino sólo a pactos «extraestatutarios» o «de eficacia limitada». En segundo lugar, se concibe únicamente como alternativa al fracaso de la negociación previa y preceptiva con los representantes de los trabajadores. En tercer lugar, no excluye la posibilidad de acudir a aquellos otros procedimientos específicos establecidos en la negociación colectiva para llevar a cabo esas modificaciones. En cuarto lugar, tampoco impide a las partes acordar la sustitución de esa negociación previa por un procedimiento de mediación o arbitraje. En quinto lugar, no permite al empresario adoptar la decisión de forma discrecional, sino exclusivamente cuando concurren «proba-

das razones económicas, técnicas, organizativas o de producción» (apartado 1). En sexto lugar, se atribuye al trabajador en determinados casos y cuando acredite la concurrencia de un perjuicio, la posibilidad de rescindir el contrato con derecho a percibir una indemnización. Y, en último lugar, la decisión empresarial queda sujeta, en todo caso, al control judicial ante la jurisdicción social, al ser impugnabile tanto colectivamente (conflicto colectivo), como individualmente (acción individual).

De lo anterior cabe deducir que la medida supera el juicio de idoneidad al ser adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, evitar la destrucción del puesto de trabajo mediante su adaptación a las concretas circunstancias que atraviese la empresa. También supera el juicio de necesidad pues, al margen de que los recurrentes no ofrecen como alternativa la existencia de otra medida menos lesiva que permita la consecución de aquel fin con la misma eficacia, no se advierte que se haya producido con la medida elegida por el legislador un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, a la vista de los condicionantes a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación, y, en concreto, al concebir la modificación unilateral del empresario como un recurso sólo permitido ante el fracaso de los preceptivos mecanismos previos de negociación o transacción con los representantes de los trabajadores. Y, en fin, también supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues se trata de una medida que resulta ponderada, no sólo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva.

Debe rechazarse, en definitiva, la inconstitucionalidad del art. 12.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, desde esta perspectiva.

b) Alegan también los recurrentes que el apartado primero del art. 12 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, vulnera el art. 24.1 CE, al considerar que la laxitud de las causas justificativas para proceder a la modificación sustancial de las condiciones de

trabajo extraestutariamente acordadas propicia que la decisión unilateral del empresario escape de todo posible control, impidiéndose así el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. A juicio del Abogado del Estado, no cabe apreciar esta infracción al prever la ley un control judicial pleno de esas decisiones empresariales.

Hay que subrayar que el art. 41 LET (en la redacción dada por el art. 12.1 impugnado) establece, por un lado, que el trabajador que «se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social», en cuyo caso, «[l]a sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser re- puesto en sus anteriores condiciones» (apartado 3), con el abono de daños y perjuicios (art. 138 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), o, en su caso, con derecho a la extinción indemnizada del contrato de trabajo [arts. 41.3 y 50.1.a) LET]. Y, por otro lado, que contra las decisiones modificativas «se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual», aunque «[l]a interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución» (apartado 5). Como puede observarse, el precepto impugnado somete la decisión empresarial al control judicial ante la jurisdicción social, en todo caso, al ser reclamable la decisión modificativa tanto individual como colectivamente, por lo que, como apunta el Abogado del Estado, no cabe apreciar limitación objetiva o subjetiva del enjuiciamiento judicial de la decisión del empresario adoptada al amparo del art. 41 LET impugnado.

En cuanto a la alegada «laxitud» de las causas justificativas hay que recordar que el art. 41 LET prevé la posibilidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando «existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción», aclarando después que «[s]e consideran como tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa». Esta definición actual de las causas justificativas tiene su origen, en una parte, en el art. 41 de

la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del estatuto de los trabajadores (que permitía la modificación de las condiciones de trabajo cuando existiesen «probadas razones técnicas, organizativas o productivas»), y, en otra parte, en la modificación operada en ese art. 41, por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (que la permitía cuando concurriesen «probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción»).

Dicho lo que antecede, es necesario señalar que, en contra de lo que afirman los recurrentes, la redacción del precepto impugnado no impide un control judicial pleno y efectivo, tanto de la concurrencia de la causa (cuya prueba, como señala el precepto, corresponde al empresario que adopta la medida), como de la justificación de la modificación realizada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada. No cabe duda, además, que en la interpretación de la norma recurrida se puede tomar en consideración la definición de las «razones económicas, técnicas, organizativas y de producción» que se lleva a cabo en otros preceptos del estatuto de los trabajadores (en la redacción que les ha dado la propia Ley 3/2012, de 6 de julio), como son: el art. 47 (en materia de suspensión del contrato o reducción de jornada), el art. 51 (con relación al despido colectivo) o, en fin, el art. 82.3 (respecto de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo). De esta manera, el legislador no sólo ha orientado suficientemente la labor del aplicador, sino que ha otorgado suficientes elementos valorativos para la realización de un control judicial de la aplicación de la norma, como se ha dicho, pleno y efectivo.

Debe desestimarse, por tanto, la inconstitucionalidad del art. 12.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, al no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

5. El siguiente precepto impugnado es el apartado primero del art. 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que bajo el título «Negociación colectiva» da nueva redacción al apartado 3 del art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido

de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), que regula el procedimiento de inaplicación en la empresa de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, comúnmente conocido como «descuelgue» (y así calificado expresamente por el apartado IV de la propia exposición de motivos de la Ley 3/2012). Consideran los recurrentes que esta norma vulnera tanto el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), como el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), al permitir la inaplicación del convenio por decisión de un tercero ajeno a los sujetos que lo pactaron, así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no existir el debido control judicial de la medida adoptada. El Abogado del Estado las niega, a la vista del régimen jurídico que rige la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y al ser revisable judicialmente su decisión.

a) Ante todo, hemos de comenzar precisando que aunque en este proceso se recurre formalmente el apartado primero del citado art. 14, en realidad no se cuestiona todo el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo en él previsto, sino tan sólo el párrafo octavo del nuevo art. 82.3 LET en el que se atribuye una función decisoria dirimente a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos correspondientes de las comunidades autónomas. Así las cosas, aunque con posterioridad a la aprobación de la Ley 3/2012, se ha modificado el precepto impugnado por el art. 9.5 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes del orden económico y social (que tras su convalidación ha dado lugar a la Ley 1/2014, de 28 de febrero), tal circunstancia no afecta al objeto del presente recurso, pues la modificación operada no atañe a la intervención de la citada Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos correspondientes de las comunidades autónomas en el procedimiento de inaplicación previsto en el art. 82.3 LET, sino sólo a la determinación de los sujetos legitimados para actuar en representación de los

trabajadores durante los períodos de consulta para la adopción del acuerdo de inaplicación.

b) Hay que indicar que las cuestiones planteadas en este proceso con relación al art. 14.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, han sido resueltas por la STC 119/2014, de 16 de julio, a la que hemos de remitirnos.

En la citada resolución hemos rechazado que el precepto impugnado resulte inconstitucional por infracción del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE) y del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). En este sentido, hemos indicado, de un lado, que la medida legislativa cuestionada se dicta en un contexto de grave crisis económica con el objetivo de favorecer la flexibilidad interna de la empresa como alternativa a la destrucción del empleo o al cese de una actividad productiva, atendiendo, de este modo, a un fin constitucionalmente legítimo, cual es, tanto el de garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE) mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), como la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general (art. 38 CE) [apartado a) del fundamento jurídico 5 A)].

De otro lado, hemos considerado también que la norma impugnada resulta razonable y proporcionada, teniendo en cuenta que la intervención controvertida de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico correspondiente constituye un remedio subsidiario que en modo alguno desplaza o suplanta a la negociación colectiva o al ejercicio de la libertad sindical. Antes al contrario, opera cuando los diferentes cauces de solución del conflicto previstos en la norma se han mostrado como inservibles y, por tanto, como un remedio ante el fracaso de la negociación colectiva, con el exclusivo objetivo de evitar que la situación de bloqueo entre las partes quede abocada al enquistamiento, con grave peligro para la estabilidad de los puestos de trabajo o, incluso, de la propia viabilidad de la empresa. La decisión se atribuye, además, a un órgano colegiado de composición tripartita y paritaria, que está formado por representantes

de la Administración General del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, habiendo establecido la normativa los mecanismos precisos para garantizar su independencia e imparcialidad. Junto a tales circunstancias, también hemos valorado que la posibilidad de inaplicación de condiciones de trabajo discutida se encuentre sujeta, tanto a limitaciones causales (conurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas y de producción), materiales (al poder afectar en exclusiva a las materias especificadas en el precepto impugnado) y temporales (su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa afectada), cuanto a un posterior control jurisdiccional [apartado b) del fundamento jurídico 5 A)].

En suma, a la vista del régimen jurídico aplicable a la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos prevista en la norma impugnada —en concreto, las restricciones y límites a las que se encuentra sujeta— y tras llevar a cabo la pertinente ponderación de los intereses constitucionales en conflicto y de sus respectivos sacrificios, hemos rechazado en la STC 119/2014 la vulneración de los arts. 37.1 y 28.1 de la Constitución, en tanto que «el precepto legal impugnado contempla una medida razonable, que supera las requeridas exigencias de proporcionalidad, en aras de preservar los bienes constitucionales protegidos en los arts. 35.1, 38 y 40.1 CE» [apartado b) del fundamento jurídico 5 A)], sin que, además, pueda impedir la anterior conclusión (como postulan los recurrentes) lo mantenido por este Tribunal con relación a los arbitrajes públicos obligatorios en la STC 11/1981, de 8 de abril, en tanto que la norma impugnada en el presente proceso constitucional presenta sustanciales diferencias respecto a la que en su día fue examinada por aquella Sentencia [apartado c) del fundamento jurídico 5 A)].

c) Finalmente, en cuanto a la eventual infracción del art. 24.1 CE, esta cuestión ha sido también resuelta en la STC 119/2014, de 16 de julio, en la que hemos tenido la oportunidad de señalar que «el art. 82.3 ET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la Comisión

Consultiva Nacional de Convenios Colectivos del órgano autonómico correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter *ultra vires* de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa». Por ello, declaramos que «no cabe excluir que esa intervención judicial derivada del art. 82.3 LET permita a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral en aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional. Así entendida, por tanto, la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico correspondiente prevista en la norma impugnada —con carácter subsidiario, como ya se dijo—, en cuanto trámite previo al proceso es plenamente compatible con el art. 24.1 CE; en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado», ya que no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia. Por todo ello, concluimos en la citada Sentencia que «interpretado el precepto en el sentido de que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, acotado a los aspectos jurídicos propios del conocimiento de la jurisdicción, incluido el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas», había de descartarse que el párrafo octavo del art. 82.3 LET, en la redacción dada por el art. 14.uno de la Ley 3/2012, de 6 de julio, resultase contrario al derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 CE [F 5 A)].

6. El siguiente precepto impugnado es el apartado tercero, en conexión con el apartado segundo, del art. 14 («Negociación colectiva») de la Ley 3/2012, de 6 de julio, por el que se da nueva redacción al art. 84.2 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (LET), en el que se declara que, en determinadas materias, «[l]a regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior», y, además, que los acuerdos interprofesionales y convenios o acuerdos colectivos sectoriales «no podrán disponer de la prioridad aplicativa» citada. Tal previsión vulnera, a juicio de los recurrentes, los arts. 28.1 y 37.1, ambos de la Constitución, dado que supondría la postergación de la negociación colectiva de los representantes sindicales (contenido básico de la libertad sindical), por la llevada a cabo por representantes no sindicales, esto es, por los comités de empresa y los delegados de personal (cuya representatividad no se asienta en la libertad sindical, sino en el derecho de participación en la empresa de los trabajadores que los eligen), y que conforme al texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores pueden negociar los convenios de empresa cuya preferencia aplicativa se reconoce. Entienden igualmente que tal medida legislativa carecería de objetividad y de proporcionalidad al suponer la exclusión del protagonismo de los interlocutores sociales o del «espacio que por naturaleza» les corresponde en la negociación colectiva. Por su parte, el Abogado del Estado considera que la Constitución no impone al legislador un modelo de negociación colectiva en el que se maximice la posición de los sindicatos, ni le obliga a establecer una estructura centralizada de la negociación colectiva en la que los convenios colectivos sectoriales sean los instrumentos preferentes para la fijación de las condiciones de trabajo.

Este Tribunal se ha pronunciado ya respecto a la constitucionalidad del precepto impugnado y,

más concretamente, con relación a la prioridad aplicativa del convenio de empresa desde la perspectiva de los derechos a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE). En la STC 119/2014, de 16 de julio, ha concluido que «siendo incuestionable que la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes, la modificación introducida por el art. 14.3 de la Ley 3/2012 en el art. 84.2 LET, tanto en lo relativo a la posibilidad de negociación de convenios de empresa dotados de prioridad aplicativa en cualquier momento de la vigencia de un convenio sectorial de ámbito superior, como en lo referido a la prohibición de acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales de disponer de tal prioridad aplicativa, no vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), ni tampoco la libertad sindical (art. 28.1 CE)» [FJ 6 f)].

Ahora bien, a la vista de los argumentos esgrimidos en el presente recurso de inconstitucionalidad por los recurrentes y sin perjuicio de la conclusión anterior, es necesario entrar ahora a dar respuesta concreta a las diferentes afirmaciones que los recurrentes realizan en defensa de la inconstitucionalidad del precepto impugnado.

a) Los recurrentes basan sus dudas de constitucionalidad, en principio, en la dicotomía entre los dos tipos de representación de los trabajadores y su diferente posición y garantía constitucionales, postulando la existencia de un modelo de negociación colectiva en el que prevalece la negociación sindical, en detrimento de la protagonizada por otros representantes de los trabajadores. Pero, como ya hemos indicado en el fundamento jurídico 2 de esta Sentencia, al que ahora nos remitimos, tal punto de partida no se acomoda al reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), pues este no se constriñe al ámbito de la acción sindical, sino que se reconduce genéricamente al de los «representantes de los trabajadores».

Partiendo de ello y de que el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) es de configura-

ción legal, al legislador le corresponde ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de los convenios, pudiendo ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en función de la opción que en cada momento considere más oportuna. Y en tal sentido, el art. 14.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que da nueva redacción al art. 84.2 LET, haciendo uso el legislador del amplio margen de libertad otorgado por la Constitución para la configuración legal del ejercicio del derecho a la negociación colectiva, ha optado por declarar la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre los de ámbito superior, atribuyéndole un plus de eficacia, como una medida de flexibilidad interna, alternativa a la destrucción de empleo, a través de la cual pueden adaptarse las condiciones de trabajo que se identifican como más cercanas a la realidad de la empresa a las circunstancias concretas por las que ésta atraviesa. Esta opción legal no es nueva, pues había sido recogida, aunque con carácter dispositivo para los convenios de ámbito superior, por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, con el fin de acomodar las relaciones laborales al entorno económico y productivo en el que se desenvuelven. Asimismo, por esta opción de «descentralización» de la negociación colectiva se había ya decantado el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito el 25 de enero de 2012 por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en el que se insta al desarrollo por medio de los convenios sectoriales, de las reglas de articulación de la estructura de la negociación colectiva que apuesten por la descentralización, propiciando la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, exclusivamente en las materias a las que hace referencia (salarios, tiempo de trabajo, clasificación profesional, aspectos de las modalidades de contratación, medidas de conciliación laboral, así como aquellas otras materias previstas en los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales), por entender que es ése el ámbito más adecuado para configurarlas.

En tal línea, la norma impugnada parte de la consideración de la empresa como un espacio especialmente propicio para la negociación colectiva de cara a la fijación de las condiciones de trabajo que resulten ajustadas a las concretas características y necesidades de la empresa y sus trabajadores, razón por la cual, dota de prioridad aplicativa al convenio de empresa fruto de esa negociación (entre los representantes de los trabajadores —delegados de personal, comités de empresa, o secciones sindicales— y la empresa), sobre los de ámbito superior (negociados entre las representaciones sindicales y empresariales más representativas en sus respectivos ámbitos).

b) Como ha quedado señalado en los antecedentes, los recurrentes reconocen en su recurso que la medida adoptada responde a un objetivo constitucionalmente legítimo, como es el de facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de los trabajadores. Sin embargo, consideran que el legislador, sin perjuicio de dar prioridad aplicativa al convenio de empresa, podía haber optado por fórmulas menos lesivas del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante del convenio, bien dejando abierta la posibilidad de excluir esa prioridad aplicativa en determinados ámbitos, o estableciendo cauces de comunicación entre los órganos de administración del convenio superior y los negociadores del nuevo convenio de empresa.

Pues bien, habiendo aceptado los recurrentes la existencia de una justificación legitimadora de la medida controvertida, han circunscrito realmente el debate a la intensidad de la incidencia (proporcionalidad) en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva exclusivamente desde el punto de vista sindical. No obstante, y antes de analizar la incidencia que tiene la medida desde la perspectiva del derecho a la libertad sindical, conviene recordar que desde la perspectiva del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), ya hemos señalado en la STC 119/2014 [FJ 6 e)] que tan legítima resulta desde el punto de vista constitucional la opción legislativa que otorgue prioridad a la negociación colectiva de ámbito superior a la empresa, como aquella otra que

considere oportuno dar preferencia aplicativa al convenio de empresa para ajustar las condiciones de trabajo a la concreta realidad y necesidades de la entidad empresarial.

Ciertamente, cabe precisar que resulta tan legítima la una como la otra porque, antes que suponer un límite o condicionante del derecho a la negociación colectiva, no hacen sino promover su ejercicio a un diferente nivel. El legislador ha optado por dar preferencia al resultado de una negociación descentralizada sobre el resultado de una negociación centralizada, en uno y otro caso, entre los «representantes de los trabajadores» y los empresarios, asumiendo como de mayor validez el criterio de la cercanía del representante a la empresa, sobre el de su lejanía, cuando se trata de regular condiciones de trabajo afectantes a determinadas materias. Por lo demás, la prioridad aplicativa del convenio de empresa, ni imposibilita la negociación colectiva de ámbito superior sobre las materias respecto de las cuales se prevé tal prioridad, ni resta eficacia normativa a la regulación sectorial ya existente, que seguirá siendo de aplicación en todas las empresas de su ámbito que no aprueben su propio convenio colectivo con fundamento en el nuevo art. 84.2 LET. En consecuencia, desde la estricta perspectiva del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), no es posible apreciar que el legislador haya incidido de una forma negativa en el citado derecho al dar prioridad aplicativa, en determinados casos, a lo pactado por los representantes de los trabajadores a nivel de empresa, pues, como ya ha quedado dicho, este precepto constitucional no ha reservado a los sindicatos, en exclusiva, el derecho a la negociación colectiva sino que ha optado por un «amplio reconocimiento» de su titularidad, sin hacer distinciones entre los representantes sindicales y aquéllos otros que no lo sean.

c) Desde la óptica de la negociación colectiva como expresión de la acción sindical, tampoco es posible advertir la infracción del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) que se alega en el presente proceso constitucional. Aunque, como hemos señalado con anterioridad, la negociación colectiva forma parte del derecho de liber-

tad sindical, concebido como medio primordial de acción sindical para el cumplimiento de los fines constitucionalmente reconocidos a los sindicatos en el art. 7 CE, sin embargo, esta afirmación «resulta, sin duda alguna, compatible con la configuración legal del ejercicio del derecho a negociar» (por todas, STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4).

En efecto, desde el punto de vista legal, el art. 84.2 LET impugnado no impide, en sus respectivos ámbitos y conforme a las normas legales que rigen la materia, que los sindicatos con mayor representación negocien convenios sectoriales, ni tampoco que las secciones sindicales lo hagan en el ámbito de la empresa. Antes al contrario, los convenios de empresa cuya prioridad aplicativa declara la norma impugnada pueden negociarse tanto por los representantes unitarios (comité de empresa o delegados de personal) como por las secciones sindicales que tengan presencia en los citados órganos de representación unitaria y, sumando la mayoría de sus miembros, así lo acuerden, siendo, además, su intervención prioritaria a la de los restantes representantes unitarios (art. 87.1 LET).

En consecuencia, de la misma manera que hemos admitido como una opción constitucionalmente válida, que no vulnera el art. 28.1 CE, el que la legitimación para negociar determinados convenios colectivos se restrinja a organizaciones sindicales que acrediten un cierto nivel de representatividad y no a otras, «allí donde el legislador ha querido dotar al acuerdo resultante de unos determinados y específicos efectos jurídicos» (STC 224/2000, de 2 de octubre, FJ 4), igual de válida es la opción legislativa ahora discutida de priorizar los efectos de la negociación de las condiciones de trabajo a nivel empresarial, permitiendo así dotar de mayor eficacia a los pactos alcanzados, no sólo por las secciones sindicales, sino también por los delegados de personal y comités de empresa, con independencia de que estén o no sindicalizados, tanto más cuanto ese plus de eficacia no imposibilita a los sindicatos la negociación colectiva de eficacia general ni impide, por tanto, el ejercicio de una de sus funciones esenciales.

En suma, de lo que antecede se concluye ahora que ninguno de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente en el presente proceso constitucional tiene fuerza para desvirtuar la conclusión alcanzada en la STC 119/2014, de 16 de julio, en la que entonces concluimos, y ahora debemos insistir, que el art. 14.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, no vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), ni tampoco la libertad sindical (art. 28.1 CE), teniendo en cuenta que no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva; que respecto de esta última el legislador tiene libertad de configuración para fijar su estructura y ordenación, y que del Texto Fundamental no se deduce tampoco que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores (FJ 6).

7. Los diputados recurrentes impugnan también el apartado tercero del art. 18 («Extinción del contrato de trabajo») de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que da nueva redacción al art. 51 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), que, bajo el título de «Despido colectivo», habilita al empresario, tras la sustanciación de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores (apartado 2), a la extinción de los contratos de trabajo, siempre que concurren «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» (apartado 1). Los recurrentes no denuncian la inconstitucionalidad de todo el precepto impugnado, sino sólo la definición que se realiza de las citadas causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción» en su apartado primero, que consideran que, por su indefinición, vulnera tanto el derecho a no ser despedido sin una justa causa (art. 35.1 CE), como el derecho a un control judicial efectivo sobre la causalidad del despido (art. 24.1 CE). A juicio del Abogado del Estado, sin embargo, no se ha producido ninguna de las vulneraciones denunciadas, en la medida que las causas de despido se encuentran suficientemente definidas y permiten

el posterior control jurisdiccional sobre su concurrencia, razonabilidad y proporcionalidad.

a) Comenzando por la denunciada vulneración del art. 35.1 CE, consideran los recurrentes que la nueva redacción dada al art. 51.1 LET prescinde del elemento de causalidad en la delimitación de los motivos económicos y empresariales del despido, pues ha suprimido la obligación empresarial de acreditar la concurrencia de la causa extintiva y de justificar que de ella se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva.

El derecho al trabajo (art. 35.1 CE) no se agota en la libertad de trabajar, sino que en su vertiente individual, se concreta, entre otras cosas, «en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y también STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). Ahora bien, en la medida en que la regulación de las relaciones de trabajo se ha deferido por la Constitución al legislador (STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2), es a éste a quien corresponde la determinación de las causas de extinción del contrato (AATC 429/1983, de 28 de septiembre, FJ 2; y 57/1985, de 24 de enero, FJ 4), no siendo nuestra función la de «enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 11), sino únicamente la de determinar si la opción asumida por el legislador en el ejercicio de la competencia que le atribuye el texto constitucional sobrepasa o no el margen razonable de libertad que le reconoce el art. 35 CE.

Pues bien, el legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración, introdujo la figura del «despido colectivo» en la reforma operada en los arts. 49.9 («Extinción del contrato») y 51 («Despido colectivo») de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del estatuto de los trabajadores, por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del estatuto de los trabajadores, y del texto articulado de la Ley de procedimiento laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social. Su exposición de motivos señala que «[c]uando la necesidad de extinción tiene carácter colectivo y se encuentra

basada en crisis de funcionamiento de la actividad empresarial, en ella confluyen elementos de trascendental importancia, vinculados tanto a los derechos de los individuos como a las posibilidades de supervivencia de las empresas, los cuales, según las soluciones que se adopten, pueden llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales» (7 párrafo del apartado 3). A tal fin, tipificó un despido causal, basado en «causas económicas, técnicas, organizativas y de producción» (art. 49.9 LET), que se entendía que concurrían «cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos» (art. 51.1 LET).

Tras sufrir la regulación del «despido colectivo» (art. 51 LET) sucesivas modificaciones, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, precisó el alcance de las expresiones utilizadas, debido a la existencia de «algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción... al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente» (decimosegundo párrafo del apartado II, de su exposición de motivos). Así, disponía en su art. 2 que concurrían «causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo», a cuyos efectos, «la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado». Y se entendía «que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos

de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado», a cuyos efectos, «la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

Finalmente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, objeto del presente proceso constitucional, ha modificado nuevamente el contenido al art. 51 LET, concretamente y en lo que ahora interesa, para suprimir la mención específica a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, al considerar que «tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa», cuando «el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas» (octavo párrafo del apartado V). De esta manera se sigue definiendo el «despido colectivo» como la extinción de contratos de trabajo que se funde en «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» (apartado primero), para entender que concurren «causas económicas» cuando «de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas», precisando, además, que «[e]n todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el

mismo trimestre del año anterior»; concurren «causas técnicas» cuando «se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción»; concurren «causas organizativas» cuando «se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción»; y concurren «causas productivas» cuando «se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

Según lo que antecede, no puede afirmarse que el precepto impugnado haya consagrado un despido colectivo no causal o *ad nutum*, como defienden los recurrentes, basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial, sino que ha condicionado la decisión extintiva, como ha sucedido desde sus orígenes, a la concurrencia «fundada» de una causa «económica», «técnica», «organizativa» o «productiva», cuyo contenido y alcance delimita, con el objeto de facilitar tanto la aplicación de la norma (por el empresario con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas), como el posterior control judicial de la decisión extintiva en función de las circunstancias concurrentes. La supresión específica de las referencias que hacía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, a la prueba de la concurrencia de la causa y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, por las dificultades para demostrar que la decisión extintiva servía «para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» o «para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma» en orden a favorecer «su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias

de la demanda». Y la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto de cara a su aplicación, como al posterior control, tanto más cuando la norma, en primer lugar, exige que la decisión esté «fundada» en alguna de las causas que delimita (art. 51.1 LET), y, en segundo lugar, impone al empresario un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores en el que debe entregarles no sólo «una memoria explicativa de las causas del despido colectivo», sino también «toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo» (art. 51.2 LET). En suma, en contra de lo mantenido por los recurrentes, la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización.

En consecuencia, no es posible apreciar que la nueva delimitación de lo que ha de entenderse por «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» vulnere el art. 35.1 CE.

b) Consideran también los recurrentes que la indefinición de las causas legales impide un control judicial efectivo sobre la causalidad del despido (art. 24.1 CE). Sin embargo, como ya hemos señalado, no es cierto que la regulación controvertida incurra en un grado de indefinición tal que impida un control judicial pleno y efectivo sobre la medida adoptada por el empresario, pues dicho control se extiende tanto sobre la concurrencia de la causa (cuya prueba corresponde al empresario que adopta la medida), como de la razonabilidad de la decisión extintiva adoptada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada. Hay que insistir en que el art. 51.2 LET obliga al empresario, en la apertura del período de consultas con los representantes de

los trabajadores, a comunicarles «la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo», información (o falta de ella) que permite luego realizar al órgano judicial un control efectivo tanto sobre la concurrencia de la causa, como sobre la adecuación a la decisión extintiva.

A lo anterior hay que añadir, además, que en nuestro ordenamiento, por estar en juego el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), «rige el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4), lo que supone que «[l]a aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta», debiendo acomodarse la interpretación y aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales a los principios y valores que la Constitución, como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, consagra (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Es, pues, al juez, a quien corresponde apreciar la concurrencia de una causa real y verosímil, que por ser justa, esto es, por ajustada a la razón, legítima la decisión empresarial extintiva de la relación laboral, dentro de los parámetros normativos que le ha otorgado el legislador, en el ejercicio de las competencias que la Constitución le ha atribuido (art 35.2 CE).

En suma, debe rechazarse que el apartado tercero del art. 18 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, vulnere el art. 24.1 CE.

8. Para los Diputados recurrentes, el apartado octavo del art. 18 («Extinción del contrato de trabajo») de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que da nueva redacción al art. 56.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores y, por conexión, el apartado primero del art. 23 de la misma Ley («De las modalidades procesales»), que modifica el art. 110.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, son contrarios a los arts. 35.1 y 14, ambos de la Constitución.

a) El art. 56.2 LET, en la redacción que le ha dado el art. 18.8 impugnado, dispone que «[e]n caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación». Por su parte, el art. 110.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, en la redacción dada por el art. 23.1 cuestionado, señala que «[s]i el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación». Con esta nueva regulación, en el supuesto de que un despido se califique como improcedente, el empresario tiene el derecho a optar entre readmitir al trabajador en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación (salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la Sentencia) o a la extinción del contrato exclusivamente con entrega de la correspondiente indemnización legal. Sin embargo, en el caso de que se tratase de representantes legales de los trabajadores o delegados sindicales, la opción por la readmisión o por la extinción de la relación laboral correspondería a éstos, con derecho a la percepción de los correspondientes salarios de tramitación en todo caso (art.18.9 de la Ley 3/2012).

El art. 57 LET limita la cuantía de los salarios de tramitación, cuya responsabilidad correspondería asumir al empresario conforme al art. 56.2 LET. Dispone que «[c]uando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda» el empresario podrá reclamar del Estado el abono de los satisfechos al trabajador por el tiempo «que exceda de dichos sesenta días»; responsabilidad empresarial de pago de los salarios de tramitación que se ha ampliado hasta los noventa días por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (apartado primero de la disposición final decimocuarta). Por otra parte, el art. 209.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (en la redacción que le ha dado la

disposición final quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio), dispone que cuando el empresario opte por extinguir la relación laboral en los supuestos de despido, su decisión se entenderá «como causa de situación legal de desempleo», sin que el ejercicio de la acción contra el despido impida que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo.

La regulación del art. 56 LET que ahora se cuestiona encuentra su origen en el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (declarado inconstitucional por la STC 68/2007, de 28 de marzo, por ausencia del presupuesto habilitante ex art. 86.1 CE), que modificaba el art. 56 LET para establecer, cuando el despido fuese declarado improcedente, la opción empresarial por la readmisión con abono de los salarios dejados de percibir o la extinción del contrato con abono de una indemnización. Acto seguido, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, derogó el anterior Real Decreto-ley 5/2002, y modificó nuevamente el art. 56 LET, recuperando la figura del salario de tramitación para el supuesto de extinción del contrato de trabajo en los despidos improcedentes. Ha sido entonces la modificación operada en ese mismo art. 56 LET por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la que ha reintroducido, en el caso de despidos improcedentes, la opción empresarial por la readmisión con abono de los salarios dejados de percibir o la extinción del contrato con abono de una indemnización, opción finalmente asumida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuya modificación del art. 56 LET, en conexión con la de art. 110.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, constituye uno de los objetos del presente recurso de inconstitucionalidad.

b) Consideran los diputados recurrentes que al limitar los apartados cuestionados el derecho a la percepción de los salarios de tramitación exclusivamente al supuesto en que el empresario opte

por la readmisión del trabajador tras la declaración de la improcedencia del despido, se está favoreciendo la extinción definitiva de la relación laboral en contra de la estabilidad en el empleo que proclama el art. 35.1 CE. Para el Abogado del Estado, sin embargo, se trata de una opción legislativa que no puede calificarse de irrazonable.

El motivo de inconstitucionalidad ahora planteado ha sido rechazado recientemente por este Tribunal en el ATC 43/2014, de 12 de febrero, con relación al art. 56.2 LET, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuyo contenido se reproduce en el art. 18.8 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, ahora cuestionado. Como hemos declarado en la citada resolución, hay que rechazar que la decisión del legislador de mantener en los despidos improcedentes la tradicional opción entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación o el pago de una indemnización económica adecuada vulnere el art. 35.1 CE, puesto que tal opción legislativa entra dentro del margen de libertad de configuración de las relaciones laborales que le es atribuida a aquél por la Constitución.

Ciertamente, hay que insistir en que la regulación de las relaciones de trabajo se ha deferido por la Constitución al legislador (STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2), a quien corresponde, con un amplio margen de decisión, la fijación de los efectos de la extinción del contrato de trabajo (AATC 429/1983, de 28 de septiembre, FJ 2, y 57/1985, de 24 de enero, FJ 4). De esta manera, es al legislador a quien le compete concretar, en función de las circunstancias económicas y sociales concurrentes, el alcance de los efectos que derivan de la declaración de improcedencia de un despido en orden a la readmisión del trabajador o a la extinción definitiva del contrato laboral y, por tanto, a quien compete articular el ejercicio de las facultades empresariales y la protección de los derechos del trabajador.

El legislador ha regulado las causas de extinción del contrato de trabajo y sus efectos en los arts. 46 a 57 LET. Concretamente, y en lo que al des-

pido declarado improcedente se refiere (no así en el despido calificado como nulo), el art. 56 LET ha previsto como efectos, a elección del empresario (salvo cuando se trata de representantes legales de los trabajadores o de delegados sindicales), la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir (desde la fecha de despido hasta la notificación de la Sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo), o la extinción del contrato de trabajo (desde la fecha del cese efectivo en el trabajo) con abono de una indemnización (equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio hasta un máximo de veinticuatro mensualidades). La modificación de los costes asociados al despido y, en concreto, la supresión por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de la obligación de pago de los salarios de tramitación que, de conformidad con la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, se venían abonando no sólo en caso de readmisión sino también en los supuestos de extinción del contrato de trabajo, se justifica por su exposición de motivos (penúltimo párrafo del apartado V), «en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva». Y, además «los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días».

Según lo que antecede, hemos de recordar una vez más que no es nuestra función la de «enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 11), sino únicamente determinar si la opción asumida en el ejercicio de la competencia que le atribuye el texto constitucional sobrepasa o no el margen razonable de libertad que le reconoce el art. 35 CE.

Y a este respecto hemos de señalar que, como hemos podido comprobar, la opción legislativa controvertida, en el marco en que se inserta, cuenta con una justificación que no puede tacharse de arbitraria o irrazonable. De esta manera, la forma en que ha quedado configurado el derecho empresarial de opción una vez dictada la resolución judicial que califica el despido como improcedente, con independencia de que dicha opción pueda hacer más o menos atractiva, en función de circunstancias diversas, la elección de uno de sus términos, cuenta con una justificación que, no pudiendo calificarse de irrazonable, debe ser considerada como suficiente para legitimarla desde la estricta perspectiva que nos ocupa. En efecto, como ya hemos tenido la oportunidad de señalar, «condicionar el derecho a la percepción de los salarios de tramitación a la vigencia de la relación laboral, reconociendo dicho derecho al trabajador que, por causa de la readmisión, debe entenderse que ha mantenido en todo momento en vigor su relación laboral con la empresa, pese a no haber prestado servicios efectivos por causa a él no imputable, mientras que no se le reconoce a aquel cuyo contrato de trabajo ha quedado definitivamente extinguido en la fecha del despido, constituye una opción que el legislador ordinario puede legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad» (SSTC 84/2008, de 21 de julio, FJ 7; y 122/2008, de 20 de octubre, FJ 7) y, debemos añadir ahora, sin vulnerar tampoco el derecho al trabajo del art. 35.1 CE.

Debe rechazarse, en consecuencia, que el apartado octavo del art. 18, y, por conexión, el apartado primero del art. 23, ambos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, vulneren el art. 35.1 CE.

c) Añaden los Diputados recurrentes que los apartados cuestionados contradicen también el art. 14 CE al consagrar una diferencia de trato injustificada y desproporcionada, lesión que debe ser rechazada, según el Abogado del Estado, al haber sido ya descartada por este Tribunal en precedentes Sentencias.

Es doctrina constante de este Tribunal que para poder efectuar un juicio de igualdad es imprescindible tener un término de comparación válido

(STC 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 5), para lo cual es necesario, antes que nada, precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 a); 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 c); y 139/2005, de 26 de mayo, FJ 6]. Sin embargo, en el primer término de comparación ofrecido por los recurrentes (empresarios que optan por la readmisión frente a los que eligen la extinción del contrato), se pretenden comparar las consecuencias jurídicas derivadas del ejercicio de una opción personal, para cuestionar el pretendido trato desigual derivado del ejercicio de dicha opción en uno y otro sentido. Ciertamente, la diferente situación en la que eventualmente pueden quedar colocados los empresarios una vez ejercitado su derecho opción, difícilmente puede afectar al principio de igualdad. Nos encontramos, entonces, ante términos de comparación no homogéneos o inidóneos que impiden efectuar el juicio de igualdad.

Pero es que, por otra parte, respecto de la diferencia de trato que se generaría, según los recurrentes, entre los propios trabajadores, según la opción empresarial se ejercite en uno u otro sentido, esto es, por la readmisión con abono de los salarios de tramitación o por la extinción del contrato de trabajo con indemnización y acceso a la prestación por desempleo, pero sin abono de los salarios de tramitación, no cabe sino reafirmar, como acabamos de recordar en el apartado anterior, que «condicionar el derecho a la percepción de los salarios de tramitación a la vigencia de la relación laboral, reconociendo dicho derecho al trabajador que, por causa de la readmisión, debe entenderse que ha mantenido en todo momento en vigor su relación laboral con la empresa, pese a no haber prestado servicios efectivos por causa a él no imputable, mientras que no se le reconoce a aquel cuyo contrato de trabajo ha quedado definitivamente extinguido en la fecha del despido, constituye una opción que el legislador ordinario puede legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad» (SSTC 84/2008, de 21 de julio, FJ 7, y 122/2008, de 20 de octubre, FJ 7. En el mismo sentido, STC 143/2008, de 31 de octubre, FJ 3).

Debe rechazarse también que el apartado octavo del art. 18, y, por conexión, el apartado primero del art. 23, ambos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, vulneren el art. 14 CE.

9. Los recurrentes impugnan también la disposición adicional tercera de la Ley 3/2012, de 6 de julio («Aplicación del artículo 47 texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, en el Sector Público»), que añade una nueva disposición adicional 21 al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del estatuto de los trabajadores (LET), conforme a la cual, lo previsto en el art. 47 LET —que se refiere a la «Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor»— «no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado».

Por los motivos que han sido recogidos más ampliamente en los antecedentes de esta Sentencia, los recurrentes sostienen que la norma impugnada vulnera el art. 14 CE (al dispensar al personal laboral que presta servicios en la Administración pública una diferencia de trato injustificada y desproporcionada), así como los arts. 35.1, 23.2 y 103.3, todos ellos de la Constitución, al conducir la medida a la reducción del empleo en lugar de a la reestructuración de plantilla. Niega el Abogado del Estado tales infracciones, ante la falta de un término de comparación válido, dada la existencia de una causa justificativa del diferente trato y al no verse afectado en este caso el derecho a la estabilidad en el empleo.

a) Comenzando con el examen de la vulneración del art. 14 CE, se hace preciso recordar, en primer lugar, que «el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el estatus del personal que presta sus servicios en las Administraciones públicas» (SSTC 57/1990, de 29 de marzo, FJ 2; 110/2004, de 30 de junio, FJ 4; 330/2005, de 15 de diciembre,

FJ 6; y 120/2010, de 24 de noviembre, FJ 5). A partir de aquí, hay que señalar que, conforme reiterada doctrina de este Tribunal, el principio de igualdad en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable [SSTC 172/2012, de 4 de octubre, FJ 4; y 61/2013, de 14 de marzo, FJ 4 a)]. Ahora bien, «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica» (STC 160/2012, de 20 de septiembre FJ 7), sobre todo si de lo que se trata es de establecer una diferenciación basada en la existencia de distintas categorías personales a las que se atribuyen distintos regímenes jurídicos. Por tanto, para poder efectuar un juicio de igualdad es imprescindible tener un término de comparación válido (STC 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 5), para lo cual no sólo es necesario precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables, sino si el legislador ha atribuido a un mismo grupo o categoría personal creado por él mismo unas consecuencias jurídicas diversas sin introducir un factor diferencial [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 a); 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 c); y 139/2005, de 26 de mayo, FJ 6].

En el primer supuesto que plantean los recurrentes (diferencia de trato entre el personal laboral que presta servicios en la Administración pública y el resto del personal sometido a la legislación laboral), es patente que el término de comparación utilizado no es idóneo para efectuar un juicio de igualdad, al tratarse de grupos o categorías personales diferentes, a saber: de un lado, el personal laboral de la Administración pública, que no sólo se rige por la legislación laboral común, sino también, en su condición de «empleados públicos» por normas administrativas y laborales contenidas en el estatuto básico del empleado público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril; de otro lado, el personal laboral de las empresas privadas que está sujeto a la le-

gislación laboral común, esto es, principalmente, el estatuto de los trabajadores.

En el segundo supuesto citado por los recurrentes (diferencia de trato entre el personal laboral que presta su servicios en la Administración pública y el que los presta en entidades que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado), hay que precisar, antes que nada, que el «sector público administrativo» se integra, fundamentalmente, por la Administración General del Estado, los organismos autónomos dependientes de ella, así como por las entidades cuya actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual y no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales obtenidos como contraprestación de las entregas de bienes y prestaciones de servicios [art. 3.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria (LGP)].

Por su parte, el «sector público empresarial» del Estado, está integrado, entre otros entes, por las «entidades públicas empresariales» [art. 3.2 a) LGP] y por las «sociedades mercantiles estatales» [art. 3.2 b) LGP]. Las primeras, son entidades «dependientes de la Administración General del Estado, o de cualquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella» [art. 2.1 c) LGP], que se configuran como «Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propias vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas», quedando sujetas al Derecho administrativo «cuando ejerzan potestades administrativas, sometándose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación» [art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común]. Se trata, en consecuencia, de «Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» (art. 53.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración del Estado), que se rigen, principalmente,

«por el Derecho privado» (art. 53.2 LOFAGE), y en las que el personal a su servicio (no funcionario) «se rige por el Derecho laboral» (art. 55.1 LOFAGE). Son entidades tales como el «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF), los «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea» (AENA), la «Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» (CNMC), la «Comisión Nacional del Mercado de Valores» (CNMV), la «Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda» (FNMT-RCM), o el «Instituto de Crédito Oficial» (ICO).

Las segundas, esto es, las «sociedades mercantiles estatales» [art. 2.1 e) LGP], aunque forman parte del sector público empresarial estatal [art. 3.2 b) LGP], no son Administraciones públicas (art. 2.2 de la Ley 30/1992), de manera que «se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación» [disposición adicional 12 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado (LOFAGE) y art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas]. Se trata de entidades cuya actividad principal consiste en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual, que se financian mayoritariamente con ingresos comerciales obtenidos como contraprestación de las entregas de bienes y prestaciones de servicios que efectúan, y que dependen mayoritariamente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Son los casos, por ejemplo, de la «Corporación de Radio y Televisión Española» (RTVE), el «Grupo Correos», el Grupo «Hulleras del Norte» (HUNOSA), la «Empresa Nacional de Mercados Centrales de Abastecimiento» (MERCASA), la «Empresa Nacional de Residuos Radiactivos» (ENRESA) o la «Empresa de Transformación Agraria» (TRAGSA). Las precedentes aclaraciones realizadas sobre la organización del sector público estatal, tanto administrativo como empresarial, son trasladables al sector público autonómico o local, con las debidas matizaciones derivadas de la concreta

normativa reguladora de su organización institucional en cada uno de sus respectivos ámbitos.

Hecha la precisión que antecede con relación al sector público, tampoco puede admitirse como válida la comparación entre el personal laboral que presta su servicios en el «sector público administrativo» con el personal laboral que presta servicios en el «sector público empresarial», pues como apunta el Abogado del Estado, el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas y, entre ellas, la aplicación o no de las previsiones del art. 47 LET.

En consecuencia, debe rechazarse que la disposición adicional tercera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, vulnere el art. 14 CE.

b) Finalmente, respecto a la invocación de los arts. 23.2 y 103.3, en relación con el art. 35.1, todos ellos de la Constitución, hay que convenir con el Abogado del Estado en que esta queja carece de sustantividad propia, en tanto que los recurrentes alegan la infracción de tales preceptos constitucionales únicamente por conexión y como apoyo de la denuncia principal de este motivo de impugnación, a saber, la relativa a la existencia de un trato desigual contrario al art. 14 CE, que en el anterior apartado ya ha sido rechazado.

En cualquier caso, también desde esta nueva perspectiva del derecho a la estabilidad en el empleo de los trabajadores del sector público, el motivo del recurso merece ser desestimado, en la medida en que la inaplicación del art. 47 LET dispuesta en la norma impugnada, no afecta al derecho de acceso, permanencia y ejercicio en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el art. 23.2 CE, ni tampoco a la reserva de Ley en materia de función pública prevista en el art. 103.3 CE.

10. Finalmente, los recurrentes impugnan el apartado segundo («Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación») de la disposición final cuarta de la Ley 3/2012 («Medidas para favore-

cer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad»). Esta norma da nueva redacción a la disposición adicional 10 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, y dispone que «[s]e entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y el alcance de dichas cláusulas». A su juicio, tal precepto es contrario al derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), a la libertad sindical (art. 28.1 CE), a la prohibición de discriminación (art. 14 CE), así como al derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad (arts. 23.2 y 103.3 CE). Tales infracciones son rechazadas por el Abogado del Estado, sobre la base de la superior posición jerárquica de la ley y teniendo en cuenta la finalidad de la medida adoptada (procurar la viabilidad del sistema de la Seguridad Social).

a) A juicio de los Diputados recurrentes, el excluir de la negociación colectiva la posibilidad de establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa, supone una limitación injustificada de la libertad de estipulación de las partes que vulnera el art. 37.1 CE y, por derivación, el art. 28.1 CE, en la medida en que la regulación de esta materia debe ser atribuida, por designio constitucional, a la negociación colectiva, que cuenta con un espacio regulativo propio que no puede ser ahogado ni suprimido por la normativa estatal. Para el Abogado del Estado, por el contrario, la Constitución atribuye amplias facultades al legislador para configurar el régimen de la estabilidad en el empleo, sin imponerle mandato alguno ni para establecer medidas alternativas al despido, ni para concretar las causas de una eventual extinción de las relaciones laborales.

Partiendo de que el derecho a la negociación colectiva es un derecho esencialmente de configuración legal (STC 85/2001, de 26 de marzo, FJ 5), para determinar la validez constitucional de la exclusión del ámbito de la negociación colectiva

de las cláusulas de jubilación forzosa debemos analizar si la medida legal controvertida cuenta con una justificación objetiva y razonable, que legitime esta injerencia en el ejercicio del citado derecho.

A tal fin, es preciso recordar, que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, sino que también supone, en su vertiente individual, tanto el derecho a un puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, como el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo o, lo que es lo mismo, a no ser despedidos si no existe una justa causa (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). Dicho esto, es necesario señalar que este Tribunal ha admitido una política de empleo basada en la jubilación forzosa y, por tanto, la posibilidad de que el legislador fije una edad máxima como causa de extinción de la relación laboral, porque aunque suponga una limitación al ejercicio del derecho al trabajo de unos trabajadores, sirve para garantizar el derecho al trabajo de otros, o, lo que es lo mismo, sirve al reparto o redistribución del trabajo (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). Y también hemos considerado constitucionalmente válido que el legislador, «modificando la situación preexistente», autorice «a la negociación colectiva a regular una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma», concretamente, la posibilidad de fijar mediante Convenio un límite temporal del derecho individual al trabajo, ponderando el «equilibrio de los intereses afectados por la permanencia en los puestos de trabajo o la jubilación forzosa» (STC 58/1985, de 30 de abril FJ 7; y también SSTC 95/1985, de 29 de julio; 111/1985, de 11 de octubre; 136/1985, de 11 de octubre; 280/2006, de 9 de octubre y 341/2006, de 11 de diciembre).

Según lo que antecede, podemos afirmar, en primer lugar, que la determinación tanto de la edad como de los efectos de la jubilación en orden a la eventual extinción de la relación laboral es una materia que, en principio, pertenece al ámbito propio de la ley, por estar en juego el ejercicio del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), razón por la cual, la Constitución, de un lado, obliga a los poderes públicos a promover las condiciones

para que la igualdad sea real y efectiva en orden a la participación de todos los ciudadanos en la vida social (art. 9.2 CE), y, de otro, atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE). Y, podemos añadir, en segundo lugar, que la consagración constitucional del derecho al trabajo (at. 35.1 CE) determina que el recurso a la edad de jubilación como causa extintiva de la relación laboral opere como una fórmula racional conforme a la cual, en la medida de lo posible y siempre que las circunstancias socio-económicas lo permitan, sea ejercitada como una opción voluntaria del trabajador y no como una imposición del legislador. No hay que descuidar que ya la recomendación núm. 162 sobre los trabajadores de edad de la sexagésima sexta reunión de la conferencia internacional del trabajo de 23 de junio de 1980, tuvo la oportunidad de señalar que debe procurarse que «el paso de un trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente» [§21 a) del apartado 4 (Preparación y acceso al retiro)], desiderátum que fue asumido por el conocido como «Pacto de Toledo» que, respecto de la edad de jubilación, señalaba que «sin perjuicio de mantener la edad ordinaria de jubilación en los sesenta y cinco años, resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen», sobre todo si se tiene en cuenta el aumento de la esperanza de vida lo que tendrá «como lógica consecuencia un aumento del número de pensionistas y del gasto en pensiones» [Recomendación 10 del informe de la ponencia en el seno de la comisión de presupuestos del Congreso de los Diputados sobre la reforma económica de la Seguridad Social de 30 de marzo de 1995 (núm. de expediente 162/000019, «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie E: Otros textos, núm. 134, 12 de abril de 1995, págs. 17 y 13, respectivamente)]. Esta recomendación fue incorporada al sistema normativo por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible,

siendo favorecida para los trabajadores dependientes por La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, para los trabajadores autónomos por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, y para los empleados públicos por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público.

La situación que ahora se somete a nuestra consideración deriva de que el legislador, en el ejercicio de la competencia que la Constitución le atribuye, modifica la situación preexistente y, en orden a garantizar la plena eficacia del objetivo perseguido con la medida adoptada, excluye esta materia del ámbito de la negociación colectiva, evitando así un posible pacto colectivo sobre la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social en perjuicio del ejercicio individual del derecho. Pues bien, habiendo admitido este Tribunal la legitimidad de una política de empleo basada en la jubilación forzosa como causa de extinción de la relación laboral, porque aun cuando suponga una limitación del ejercicio del derecho al trabajo de unos (vertiente individual), se justificaba constitucionalmente en el objetivo de promover el reparto o redistribución del trabajo facilitando de esta manera el ejercicio del derecho al trabajo de otros (vertiente colectiva), no cabe sino afirmar ahora que otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción, en consecuencia, de esta materia a la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y los empresarios, encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales. En efecto, la medida controvertida se legitima constitucionalmente, (i) porque correspondiendo prioritariamente a la Ley la fijación de los límites al ejercicio del derecho al trabajo, ningún reproche se le puede hacer porque el legislador adopte medidas que atiendan preferentemente a la garantía del ejercicio de este derecho, desde la perspectiva de la continuidad o estabilidad en el empleo; (ii) porque

la medida adoptada se dirige también a garantizar que la transición a la situación de retiro se efectúe voluntariamente por el trabajador en el ejercicio de su derecho al trabajo y de su opción individual por prolongar una vida laboral activa o pasar a una situación de inactividad total o parcial, y (iii) porque en el contexto socio-económico y del mercado de trabajo en el que se inserta la medida controvertida, caracterizado por una situación de crisis económica agravada por una elevada tasa de desempleo en el que, a la par que se reduce exponencialmente el número de aportantes a la Seguridad Social, aumenta el de dependientes, el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo, sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente, como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del sistema nacional de la Seguridad Social, en general, evitándose «el incremento de los déficits públicos, como consecuencia de los mayores pagos de prestaciones y en especial de las pensiones por jubilación» (Pacto de Toledo, *ibidem*, pág. 3).

En suma, puesto que la disposición controvertida sirve tanto al ejercicio del derecho individual al trabajo como a la protección del interés general subyacente, queda justificada sobradamente la incidencia que supone en la libertad de estipulación de las partes, razón por la cual, debe rechazarse la vulneración de los arts. 37.1 CE y 28.1 CE por el apartado segundo de la disposición final cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

b) Como se ha indicado en los antecedentes, los diputados recurrentes sostienen además, que el apartado recurrido resulta contrario a los arts. 14 y 37, ambos de la Constitución, por cuanto que se limita injustificadamente a la actividad sindical la regulación de una materia que se permite al empresario en los supuestos de despido colectivo.

Ya hemos señalado anteriormente que el principio de igualdad en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en «situaciones jurídicas iguales» [STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 4; y 61/2013, de 14 de marzo, FJ 4 a)], pues «el

principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica» (STC 160/2012, de 20 de septiembre FJ 7). En efecto, para poder realizar un juicio de igualdad es necesario tener un término de comparación válido (STC 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 5), y en el presente caso, el ofrecido por los diputados recurrentes no es homogéneo, pues en modo alguno puede compararse la situación de los trabajadores que ven extinguidos sus contratos por jubilación con la de los trabajadores que son objeto de un despido colectivo. Se trata de dos instituciones jurídicas con notables diferencias en cuanto a la finalidad, las causas que las motivan y los efectos que se les atribuye (acceso a la pensión de jubilación, indemnización por despido, prestación de desempleo o, en su caso, suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social).

Debe rechazarse, en consecuencia, que el apartado segundo de la disposición final cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, vulnere los arts. 14 CE y 37 CE.

c) Por último, denuncian los recurrentes que la norma impugnada contraviene igualmente los arts. 14, 23.2 y 103.3, todos ellos de la Constitución, al provocar una diferencia de trato injustificada entre los empleados de las Administraciones públicas, según tengan la condición de personal laboral o funcionarios públicos, por cuanto para los primeros rige la nueva normativa mientras que los segundos quedan sometidos a un sistema de jubilación obligatoria por imperativo legal, afectando al derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, pero proyectado sobre el momento de la pérdida de la condición de empleado público.

Tampoco en este supuesto se ofrece un término válido de comparación que permita efectuar un juicio de igualdad pues, como ya hemos tenido oportunidad de señalar frente a una denuncia semejante, estamos ante «regímenes jurídicos distintos, aplicables a situaciones diferentes, es decir, uno estatutario y otro laboral, puesto que no son los mismos los derechos y deberes de uno y otro personal y es razonable esa distinción»,

tanto más cuanto «la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución» [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 d), y en términos parecidos, STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 9], «porque las relaciones laborales a que se refiere y las que se rigen por un sistema estatutario son relaciones jurídicas desiguales a las que no se impone la aplicación del mismo tratamiento» (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 21). En consecuencia, debe desestimarse la vulneración por el apartado segundo de la disposición final cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de los arts. 14, 23.2 y 103.3, todos ellos de la Constitución.

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 presente recurso de inconstitucionalidad

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de enero de dos mil quince.-Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.-Adela Asua Batarrita.-Luis Ignacio Ortega Álvarez.-Encarnación Roca Trías.-Andrés Ollero Tassara.-Fernando Valdés Dal-Ré.-Juan José González Rivas.-Santiago Martínez-Vares García.-Juan Antonio Xiol Ríos.-Pedro José González-Trevijano Sánchez.-Ricardo Enriquez Sancho.-Antonio Narváez Rodríguez.-Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR:

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez

1. Primero. Como tuve oportunidad de manifestar durante la deliberación del presente y relevante proceso constitucional, disiento de la decisión finalmente adoptada por razones tanto de método (canon de constitucionalidad utilizado) como de fondo. Dentro del máximo respeto

hacia el parecer mayoritario de mis compañeros y por los motivos que expondré, entiendo que la Sentencia de la que me aparto debió de declarar inconstitucionales y nulos los siguientes artículos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral:

a) el art. 12.1, que modifica el art. 41 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET, en adelante), por violación, al introducir un nuevo régimen jurídico, en lo que aquí importa señalar, de las modificaciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo, de la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE) y, por conexión, de la libertad sindical (art. 28.1 CE).

b) el art. 18.3, que da nueva redacción al art. 51.1 LET, por vulneración, al redefinir las causas que habilitan al empresario a adoptar medidas de despido colectivo y, por el juego de la remisión legal enunciada, las que le permiten igualmente acudir a decisiones extintivas de carácter objetivo [art. 50 c) LET], del art. 35.1 CE,

c) los artículos 18.7, que reforma el art. 56.1 LET, y 23.1, que da nueva redacción al art. 110.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social por lesión, al suprimir los salarios de tramitación en el supuesto en que el empresario, una vez declarado judicialmente el despido como improcedente, opte por abonar al trabajador una indemnización, en lugar de readmitirlo, del art. 35.1 CE; y

d) la disposición adicional tercera, que añade al texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores la disposición adicional vigésimo primera, por infracción, al declarar inaplicable el art. 47 LET a las Administraciones públicas y a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, de los arts. 14 y 9.3 CE.

Conforme ya he hecho constar, y ahora reitero, mis objeciones a la sentencia de la que me aparto no solamente tienen un carácter sustantivo, determinante de mi disconformidad con su parte dispositiva, que desestima de manera íntegra el recurso de inconstitucionalidad en su día inter-

puesto por diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista e Izquierda Plural. Además de por razones materiales, mis desacuerdos alcanzan una segunda vertiente, alusiva al tipo de juicio o canon empleado para rechazar los reproches de inconstitucionalidad elaborados por la parte recurrente en relación con la mayor parte de los preceptos de la Ley impugnada que, en mi opinión, debieron ser declarados no conformes con la Constitución y, por consiguiente, nulos. Unas y otras divergencias serán objeto de la debida atención en los razonamientos que siguen, aun cuando antes de adentrarme en este terreno me parece pertinente efectuar una observación preliminar.

Segundo. No es ésta la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse sobre la regularidad constitucional de la Ley 3/2012 así como de su antecedente normativo, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de igual denominación. Con anterioridad, ha emitido dos pronunciamientos. En el primero, se resolvió, a través del ATC 43/2014, de 12 de febrero, la cuestión de inconstitucionalidad 3801-2012, promovida por el Juzgado de lo Social núm. 34 de los de Madrid por un doble orden de motivos: de un lado, por lesión de la mencionada norma de urgencia del art. 86.1 CE y, de otro, por vulneración del art. 18.7 de esta misma norma de los arts. 9.3 y 24.1, en relación con el 35.1, todos ellos de nuestro texto constitucional. En el segundo, se sustanció, mediante la STC 119/2014, de 6 de julio, el recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, instado por el Parlamento de la Comunidad Foral de Navarra contra cuatro concretos artículos de la reforma laboral, ya traspuestos de manera íntegra y sin apenas mutaciones a la Ley 3/2012.

En el voto particular que redacté al ATC 43/2012, citado, ya dejé constancia de mis disensos respecto del orden elegido para el conocimiento y solución por el Tribunal Constitucional de los tres procesos constitucionales promovidos contra la reforma laboral de 2012. Como en su momento dejé escrito, el Pleno de este Tribunal debió de haber acordado la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad procediendo en su

momento, una vez celebrado el oportuno debate y resuelto el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, a sustanciar los dos restantes, habida cuenta de que las quejas materiales formuladas tanto en la mencionada cuestión de inconstitucionalidad como en el recurso de inconstitucionalidad 5603-2012 también se enuncian en aquél otro recurso de inconstitucionalidad, en el recurso de inconstitucionalidad 5610-2012, que añadía nuevos reproches.

Las razones en favor de esta sistemática en el tratamiento de los referidos procesos no solo ni tanto residen —que sí— en la conveniencia de atenerse a una regla no escrita de generalizada aplicación por este Tribunal, expresada a veces mediante la técnica de la acumulación. Además de ello y, probablemente, al margen de ello, cabe enunciar motivos más consistentes, basados, en lo esencial, en las notables ventajas que hubiera aportado la prioritaria resolución del recurso de inconstitucionalidad más amplio; es decir, del presente recurso de inconstitucionalidad. Una decisión semejante, al evitar la desagregación y dispersión, hubiera permitido dotar de mayor densidad y unidad argumentativa a los razonamientos acerca de las denunciadas vulneraciones, por parte de la reforma laboral de 2012, de determinados derechos y, más en general, de concretas reglas iusconstitucionales.

Desafortunadamente, la sentencia de la mayoría ha venido a confirmar los problemas metodológicos en su día anunciados. Por lo pronto, la sentencia contiene abundantes referencias, remisiones o reiteraciones a la doctrina sentada en los dos pronunciamientos previos (ver, a título de ejemplo, los fundamentos jurídicos 3, 5 y 6), lo que, de un lado, ha hecho perder a sus *rationae decidendi* de los atributos de intensidad y originalidad; de otro, ha devaluado la indiscutible relevancia atribuible al recurso de inconstitucionalidad 5610-2012 en razón de tratarse del proceso constitucional de mayor número de tachas; y, finalmente, también ha contribuido a mermar la paralela importancia de esta sentencia, en buena medida reducida a la condición de resolución de aplicación de una jurisprudencia constitucional ya adoptada.

Por otra parte, este modo de haber abordado los complejos procesos constitucionales sobre la reforma laboral de 2012 ha abierto un escenario de incertidumbres, poco conciliable, en mi parecer, con las tareas que este Tribunal tiene encomendadas. Un buen ejemplo de ello lo ofrece el juicio de inconstitucionalidad del art. 84.2 LET. Tras reconocerse que la queja ya fue objeto de examen en la STC 119/2014, la sentencia de la que ahora me aparto, «a la vista de los argumentos esgrimidos en el presente recurso de inconstitucionalidad», opta —de seguro con un buen criterio, basado en una regla de congruencia procesal— por «dar respuesta a las diferentes afirmaciones que los recurrentes realizan» (FJ 6). A pesar de que la sentencia se limita a razonar del modo transcrito, una valoración comparativa de los argumentos y las afirmaciones formulados en el presente RI en relación con los manejados en el recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, a fin de defender la inconstitucionalidad de este mismo precepto legal, del art. 84.2 LET, evidencia una falta de coincidencia plena entre ambos.

En un contexto semejante, el escenario que de inmediato hubiera podido hacer acto de presencia puede enunciarse en términos sencillos: en el supuesto de que alguno de los nuevos argumentos hubiera resultado determinante de la inconstitucionalidad y nulidad del art. 84.2 LET, se habría producido, en un breve lapso de tiempo (apenas seis meses), un cambio en la doctrina constitucional. No es éste, sin embargo y en modo alguno, un escenario deseable. Muy antes al contrario, ha de evitarse por numerosas razones, entre otras, y de manera muy señalada, por cuanto hubiera desconocido y dado de lado, de modo innecesario, las exigencias de prudencia y solvencia jurídico-constitucional que en todo momento deben informar nuestra doctrina.

En todo caso, doy aquí por reproducidas todas y cada una de las discrepancias con la conformidad constitucional de cuatro preceptos legales de la Ley 3/2012 que expresé en el voto particular a la STC 119/2014.

2. Primero. Conforme ya he anticipado, mantengo importantes disensos con el tipo de juicio que la sentencia de la mayoría utiliza para funda-

mentar la regularidad constitucionalidad de los preceptos sometidos a su examen. En este orden de consideraciones, cinco son las reflexiones que me propongo efectuar, alusivas, todas ellas, a los cánones empleados para desestimar las quejas y reproches de inconstitucionalidad. Por lo demás, se trata de reflexiones que se entrelazan y entrecruzan recíprocamente, lo que, al margen de permitirme una exposición concatenada, pide una comprensión integrada.

Segundo. La STC 119/2014 inauguró en los razonamientos de la doctrina de este Tribunal un novedoso canon de constitucionalidad, que la sentencia de la mayoría hace ahora suyo e integra con normalidad. Por enunciar la idea en términos esquemáticos, aunque no simplificadores, estas resoluciones —y, entre ambas, algunas otras— han decidido elevar a la categoría de canon de constitucionalidad el escenario económico adverso que España y, de manera singularizada, los ciudadanos que en ella habitan vienen padeciendo desde hace años. En otras palabras, estas sentencias utilizan la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE —por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III— acordadas por el legislador. Para eludir el reproche de razonar en el vacío, remito al juicio sobre la conformidad constitucional del período de prueba de la nueva figura del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Es, en efecto, el contexto de la crisis económica el que justifica la restricción de esta medida sobre el art. 35.1 CE o sobre el art. 37.1 CE [FJ 3 b) y c) de la presente Sentencia, que reenvía a la STC 119/2014, FJ 3 f)]. Y es esta misma situación la determinante de la desestimación de la vulneración de los arts. 37.1 y 28.1 CE por la nueva regulación del denominado descuelgue salarial [FJ 5 b)].

Conforme ya he anticipado, y ahora argumento, es este un canon bien preocupante, de consecuencias impredecibles para la vigencia en nuestro sistema jurídico de las cláusulas sociales. La premisa implícita en este canon es de rápido enunciado: los derechos sociales constitucionales,

aunque no se definan como derechos de prestación, están sujetos a un doble juicio de constitucionalidad: uno primero de carácter ordinario y uno segundo, de naturaleza extraordinaria, que se activa en situaciones de crisis económica. Sin entrar a fondo ni en la crítica a esta premisa-base ni en el análisis de sus consecuencias negativas, no puedo dejar de afirmar que su implantación entre nosotros tiene una devastadora potencialidad sobre el desarrollo y consolidación del Estado Social, al que puede instalar entre paréntesis, poniendo a disposición del legislador ordinario unas facultades que, no es aventurado entender, podrían terminar hermanándose con las atribuidas al legislador constituyente.

Desde luego, la crisis económica puede validar ciertas limitaciones de los derechos sociales constitucionales. Pero tales limitaciones no pueden alterar el contenido esencial de esos derechos; aquel contenido que, como dijera tempranamente la STC 11/1981, FJ 8, define «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito», quedando comprendido en otro y, en razón de ello, desnaturalizado. O por enunciar la idea en los términos recientemente expresados por el Comité Europeo de Derechos Sociales al elaborar las conclusiones sobre las quejas presentadas por nuestras dos organizaciones sindicales más representativas sobre el cumplimiento por la legislación española de la Carta Social Europea [CEDS, *Conclusions XX-3* (2014), (*Espagne*), *janvier* 2015]: «El Comité considera que las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero 'no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta', de modo que los gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para lograr que «estos derechos sean efectivamente garantizados...» (comentario al art. 6, pág. 26, de la versión francesa).

El límite de los límites de los derechos constitucionales debe de ser, así pues, único y uniforme, al margen y con independencia del contexto eco-

nómico, debiendo mantenerse inalterable a results del ciclo económico. Ciertamente, el contenido accesorio o no esencial de estos derechos puede acomodarse al entorno económico. Pero esa maleabilidad no es predicable de su contenido esencial que, por su propia configuración, ha de estar dotado de una estabilidad al abrigo de los vaivenes de la coyuntura no solo política sino, además, económica.

Tercero. La segunda reflexión hace referencia a la omisión apreciable sin dificultad alguna en el enunciado y desarrollo de ciertos juicios de constitucionalidad vertidos sobre algunos derechos sustantivos (arts. 35.1 y 37.1 CE).

Es bien sabido —y me parece una banalidad insistir en ello— que el art. 53.1 CE estatuye un límite infranqueable al ejercicio, por el legislador ordinario, de sus poderes normativos sobre los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I del texto constitucional; es decir, en los arts. 14 a 38 CE. En suma, el contenido esencial se alza como el «límite de los límites» en la ordenación tanto de los derechos fundamentales y libertades públicas como de los derechos de los ciudadanos.

En razón de ello, el test utilizado por la jurisprudencia constitucional para enjuiciar y valorar la conformidad o no de una medida legal que afecte a esos derechos ha venido siendo tradicionalmente el respeto al contenido esencial del mismo. Por lo demás e innecesario resulta recordarlo, esta tarea exige como un *prius* lógico identificar el contenido esencial del derecho en cuestión. Solo mediante el manejo de este canon, una medida legal podrá ser o no calificada como lesiva de un derecho fundamental, libertad pública o derecho cívico. Mediante fórmula repetida una y otra vez desde la etapa fundacional, este Tribunal así lo ha hecho constar, señalando que las restricciones establecidas al ejercicio de los derechos constitucionales, «en todo caso, han de respetar su contenido esencial» [entre otras muchas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a) y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4].

En este contexto, resulta no solo llamativo sino, adicionalmente, inquietante que la sentencia de mi discrepancia haya omitido la más ligera alusión al contenido esencial de dos de los derechos fundamentales aquí controvertidos: el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). Al silenciarse por completo tan trascendental cuestión, la omisión detectada equivale a una negación implícita de la propia vigencia en los derechos cuestionados de un contenido esencial, entendido, como ya se ha señalado y ahora se repite, como límite constitucionalmente infranqueable por el legislador.

En realidad, esta ausencia resulta tanto más preocupante, al tiempo que criticable, cuando se comprueba que la sentencia de la mayoría —siguiendo la senda abierta por la STC 119/2014— insiste una y otra vez en la idea de que ambos derechos constitucionales son derechos de «configuración legal», —apelando, por cierto y en lo que concierne al derecho a la negociación colectiva, a la doctrina contenida en las SSTC 85/2001, de 26 de marzo, y 224/2000, de 2 de octubre, que tratan sobre la contratación colectiva en la función pública, ajena, según jurisprudencia de este Tribunal, al derecho ex art. 37.1. CE—, como si dicha conformación jurídica, fruto de la intermediación legislativa, tuviera alguna relevancia desde una vertiente material de constitucionalidad; esto es, como si comportara algún efecto decisivo en el enjuiciamiento de los mínimos o imperativos que la Constitución instituye. Por enunciar la misma opinión en otras palabras, el que un derecho constitucional sea objeto de delimitación o concreción normativa a través de la ley pertinente en nada influye en el límite que el texto constitucional impone; a saber: el respeto al contenido esencial. Antes al contrario, la intervención del legislador define, precisamente, las fronteras indisponibles de sus contenidos.

Cuarto. Frente al anterior e insoslayable canon, la Sentencia utiliza otros juicios alternativos, dando la espalda al terminante mandato enunciado en el art. 53.1 CE. Precisamente respecto de estos otros criterios, la resolución, manifestando una desmesurada servidumbre argumental con la STC 119/2014, aborda los reproches de inconsti-

tucionalidad recurriendo al juicio de proporcionalidad en sentido amplio.

En concreto y en lo que aquí me importa hacer constar, tal acontece paradigmáticamente con el examen de la presunta inconstitucionalidad del art. 41 LET [FJ 4 a)]. Sin entrar por el momento en contrastar si la nueva regulación legal de la modificación sustancial de condiciones colectivas de trabajo ha transgredido o no el contenido esencial de la garantía constitucional de la fuerza vinculante (art. 37.1 CE), lo que ahora me interesa es centrar la atención en la aplicación al derecho controvertido del citado canon de proporcionalidad. Es ésta, en mi opinión, una aplicación criticable por un doble orden de motivos.

Conforme a una muy reiterada doctrina constitucional, el uso del canon de proporcionalidad tiene un carácter complementario, en lugar de alternativo, al canon sobre el respeto de la limitación establecida al contenido esencial, que se erige así, como ya se ha razonado, en el juicio de constitucionalidad sobre derechos fundamentales de primer grado. Por decirlo con las contundentes y clarificadoras palabras de la STC 57/1994, FJ 6, luego repetidas en otras muchas [a título ejemplificativo SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4 y 70/2002, de 3 de abril FJ 10 b)], el ejercicio de los derechos fundamentales (en el caso a examen, el derecho a la intimidad) puede ceder ante otros derechos o intereses «constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo perseguido, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (cursiva mía).

En íntima conexión con lo que vengo de argumentar, se sitúa la segunda razón de mi disenso con el recurso al canon de proporcionalidad. De ordinario y como regla general, éste se utiliza por nuestra jurisprudencia en un entorno bien distinto al predicable de la queja sobre la inconstitucionalidad del art. 41 LET. Este canon, en efecto, suele manejarse en una situación de conflicto entre dos derechos, bienes y valores constitucionali-

mente relevantes, siendo su objetivo verificar si la restricción impuesta a uno de los derechos a contraste resulta idónea, necesaria y proporcionada. De seguro, el efecto más criticable de este enfoque metodológico —como ya tuve ocasión de razonarlo en el voto particular a la STC 119/2014— reside en que el juicio de proporcionalidad termina alejándose del territorio constitucional, para, probablemente de forma deliberada, recaer en otra zona que, por su elasticidad, resulta más propicia para avalar las, a veces, disimuladas o encubiertas extralimitaciones constitucionales de la reforma laboral; aludo, claro está, a la zona de la legalidad ordinaria.

La lectura del desarrollo argumental del canon de proporcionalidad que la sentencia construye para salvar los reproches de inconstitucionalidad vertidos sobre el tan citado art. 41 LET, ilustra de manera ejemplar la anterior aseveración. La Sentencia de la que disiento, en efecto, califica la nueva regulación de la modificación sustancial de las condiciones colectivas de trabajo como idónea, necesaria y proporcionada. A tales efectos: i) la idoneidad se deduce del hecho de que la medida es adecuada «para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, evitar la destrucción del puesto de trabajo». ii) la necesidad deriva de que «no se advierte que se haya producido por el legislador un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, a la vista de los condicionantes (legales, se entiende) a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial» y iii) la medida, en fin, es «ponderada, no solo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva».

Cualquier jurista medianamente avezado con la legislación laboral puede confirmar, en efecto, que el criterio que sostiene la desestimación de las censuras de inconstitucionalidad dirigidas al art. 41 LET, es un canon de estricta legalidad ordinaria, bastándole para alcanzar esa conclusión reparar en una serie de datos, directamente deducibles de la simple lectura de la sentencia.

i) El fin atribuido a la medida legislativa, que salva el juicio de idoneidad, deriva de la declaración contenida en la exposición de motivos de la Ley 3/2012; pero es esta una declaración que carece de la obligada correspondencia con la regulación legalmente estatuida. Sin perjuicio de lo que habrá de razonarse más adelante, el fin primero y esencial, aquel que define las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, individuales o colectivas, y caracteriza su régimen jurídico, no reside en evitar la destrucción de empleo sino, y ello es bien diferente, en poner a disposición del empresario un mecanismo de adaptación de las condiciones de trabajo. De ahí, que el recurso por un empresario a la medida contemplada en el art. 41 no le cierra las puertas a la adopción, de manera anticipada, simultánea o sucesiva, ni de otras medidas de flexibilidad interna (por ejemplo, suspensión de los contratos de trabajo o reducción de la jornada laboral: art. 47 LET) ni tampoco —y se trata del dato decisivo para desmontar la tesis propuesta— de los dispositivos de flexibilidad externa más extremos; esto es, del recurso a despidos por funcionamiento de la empresa, tanto individuales [art. 52 c) LET] como colectivos (art. 51 LET).

ii) El test de necesidad queda superado en razón de los límites —de los «condicionantes», por expresar la idea con el lenguaje de la sentencia de la mayoría— a su ejercicio que el propio pasaje legal controvertido ha implantado. Incluso en un alarde de autismo hermenéutico, la sentencia no duda en confirmar la validez de este test mediante la simple constatación de que la modificación unilateral de las condiciones colectivas de trabajo es un recurso solo permitido en caso de fracaso de la preceptiva negociación abierta durante el período de consulta, sin entretenerse a comentar, aunque sea de pasada, que el art. 82.3 LET, sin embargo, no consiente al empresario adoptar una similar decisión unilateral respecto de las condiciones de trabajo contenidas en otro tipo de convenio colectivo, el denominado estatutario, que se diferencia del sujeto a la disciplina del art. 41 LET —manifiestamente más lesiva para el art. 37.1 CE— en atención no a su fuerza vinculante, similar en ambas modalidades, sino a su

eficacia personal. En posterior apartado, tendré ocasión de retornar sobre este concreto aspecto del pasaje legal controvertido.

iii) Finalmente, el juicio de proporcionalidad queda solventado mediante la invocación de un doble orden de factores: de un lado y nuevamente, por los «límites y garantías» a los que el legislador ha sujetado la regulación de la institución cuestionada y, de otro, por cuanto su aplicación reporta más ventajas «para el derecho del trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva». Sin entrar a rebatir la anómala atribución al régimen jurídico del art. 41 LET de su condición de elemento decisivo para la positiva confrontación tanto del test de necesidad como del de proporcionalidad, el segundo de los factores enunciados, haciendo gala de la más canónica de las interpretaciones apodícticas que se puedan imaginar, incurre, por lo pronto, en una grave omisión, de tono no susceptible de calificarse como menor, cual es la de identificar con la necesaria claridad en qué consisten las ventajas reportadas al derecho al trabajo y los perjuicios ocasionados a la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Pero además de este poco razonable olvido y suponiendo, lo que de seguro es mucho suponer, que la finalidad de la regla del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores controvertida resida en evitar la destrucción del empleo, este concreto factor, ahora invocado con vistas a reforzar la condición de medida ponderada y proporcionada de la citada regla legal, opta por someter a contraste dos derechos constitucionales que, por su muy distinta titularidad y naturaleza (individual y colectivo), no toleran una confrontación comparativa en términos de ventajas y perjuicios; o, al menos, no lo toleran sin haber realizado un previo ejercicio de justificación argumental.

Por lo demás, y no es lo de menos, la configuración de la restricción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos instrumentada a través del art. 41 LET como una medida ponderada por los motivos ya expuestos no solo no logra rebasar el más benévolo test de proporcionalidad en sentido estricto; a un nivel más intenso, aquella configuración comporta el quebrantamiento, de

manera radical y sin modulaciones, de los principios más elementales que informan el propio test. Instalando mi razonamiento en una posición alineada con el enfoque metodológico empleado, que en modo alguno comparto, esta ruptura trae causa en un elemento decisivo; a saber, la medida legal no comporta una limitación proporcionada del derecho constitucional controvertido; sencillamente, lo anula. En esta situación, que razonaré más adelante bien que desde un diferente canon de constitucionalidad, la adjudicación al derecho al trabajo —ya de por sí discutible— de una posición preferente y a la fuerza vinculante del convenio colectivo de una posición claudicante da de lado e ignora de manera frontal el principio de equivalencia que debe informar todo juicio de ponderación.

Quinto. Las consecuencias negativas de la preterición del examen del contenido esencial de los derechos presuntamente vulnerados por determinados pasajes legales de la Ley 3/2012 y de su sustitución por otros cánones alternativos, con el consiguiente aposentamiento del razonamiento en el territorio de la legalidad ordinaria, resultan aún más visibles en relación con el enjuiciamiento de art. 51.1 LET, al que la parte recurrente censura por haber lesionado el art. 35.1 CE. La sentencia de la mayoría se ocupa de analizar esta tacha en el FJ 7 a), ateniéndose a la sistemática que se expone seguidamente.

Tras situar el debate a examen, dedica un primer párrafo a sintetizar la doctrina constitucional sobre el art. 35.1 CE, poniendo el máximo énfasis en la que califica como opción constitucional de deferir a la decisión del legislador la determinación de las causas de extinción del contrato de trabajo y, por consiguiente, no deteniéndose en analizar los límites que a la libertad del legislador impone el contenido esencial del derecho cuestionado.

Por cierto, no deja de llamar la atención que, en el contexto sistemático que se analiza, la sentencia de la que me separo traiga a colación de manera expresa, bien que descontextualizándola por completo, la STC 198/2012, a fin de trazar las limitaciones sustantivas de la función atribuida a este Tribunal: «no corresponde a este Tribu-

nal enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles». La afirmación reproducida de esta última resolución, en efecto, se hace no solo ni tanto en un entorno temático por completo alejado del laboral, cual es el relativo a la ley reguladora del matrimonio de personas del mismo sexo; se formula tras declarar que «lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio *sin afectar a su contenido*, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales... y sin que *la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio*» (cursivas mías). Y es entonces, inmediatamente después de efectuar las conclusiones que se acaban de transcribir, cuando ese pronunciamiento, la STC 198/2012, procede a describir en negativo las funciones de este Tribunal.

Retornando a la sistemática empleada, la sentencia de la mayoría entra a examinar la evolución experimentada en nuestro sistema de relaciones laborales en el régimen jurídico de los despidos colectivos, dispensando una especial atención a las tres siguientes regulaciones legales: la originaria de 1980, la de 2010 y la de 2012. Este análisis ocupa casi dos tercios del espacio consagrado a verificar la presunta vulneración del art. 35.1 CE por el art. 51.1 LET.

Finalmente y sin solución de continuidad, se procede a construir el juicio de constitucionalidad, que arranca con una expresión que lo enlaza con la evolución normativa efectuada inmediatamente antes: «Según lo que antecede, no puede afirmarse que el precepto impugnado haya consagrado un despido no causal o *ad nutum*». Una lectura de los ulteriores y sumarios argumentos confirma que la constitucionalidad de la regla legal controvertida la aportan los contenidos normativos ya presentes en la Ley del estatuto de los trabajadores desde su primera versión. Sin aludir, ni siquiera de manera colateral, al derecho constitucional presuntamente lesionado, el derecho al trabajo en su vertiente individual, la sentencia de

la mayoría instala su razonamiento en el plano de la más estricta legalidad infraconstitucional, llevando a cabo un análisis exquisitamente comparativo de las ordenaciones legales derogada y vigente para concluir, de manera apodíctica, con la afirmación siguiente: «la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo, a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión...».

Sexto. Ya he hecho constar que la sentencia de la que disiento reemplaza el canon que resulta de obligado uso en aquellos procesos constitucionales cuyo objeto es la presunta inconstitucionalidad de una restricción de un derecho constitucional por otro, que resulta no tanto complementario del anterior sino, con mayor rigor, subordinado o accesorio y, por consiguiente y en modo alguno, alterno: el canon de proporcionalidad en sentido amplio. Pero en ocasiones, incluso, este canon se sustituye por un mero análisis de justificación no arbitraria y razonable de la medida legal controvertida, análisis este más propio de la presunta violación por una norma legal del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) que de las limitaciones impuestas al ejercicio de derechos constitucionales, amparados por la garantía del respeto al contenido esencial.

Tal acontece, de manera ejemplar, con el reproche de violación del art. 35.1 CE que los recurrentes hacen al nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación, que se despacha —trayendo de nuevo a colación el párrafo final de la STC 198/2012, FJ 11— en base al análisis que se efectúa de dicho régimen. Por decirlo en sus propios y sumarios términos: «la opción legislativa controvertida, en el marco en que se inserta, cuenta con una justificación que no puede tacharse de arbitraria o irrazonable». Por lo demás, la sentencia vuelve a descontextualizar la jurisprudencia sentada por este Tribunal. En esta ocasión, se citan las SSTC 84/2008, de 21 de julio, y 122/2008, de 20 de octubre, que, como habrá ocasión de razonar más adelante, enjuiciaron los salarios de tramitación desde el ámbito de los arts. 14 y 24.1

CE, estableciendo una doctrina que, sin ofrecer razonamiento alguno, se dice también aplicable al art. 35.1 CE.

3. Primero. El primero de mis disentimientos de carácter sustantivo se centra en la validación que el pronunciamiento mayoritariamente adoptado hace de la regla contenida en el art. 41 LET que, en lo que aquí importa reseñar, autoriza al empresario a la modificación sustancial de condiciones colectivas de trabajo, entendiendo por tales aquellas que, estando «reconocidas en acuerdos o pactos colectivos», afecten a un número de trabajadores que no supere los umbrales legalmente establecidos, diferenciados en atención al censo de la plantilla de la empresa.

En el apartado anterior he efectuado algunas observaciones críticas sobre los cánones de enjuiciamiento constitucional empleados por la resolución de la que me distancio, resultando ahora oportuno efectuar un doble y combinado recordatorio. De un lado, he objetado el contenido sustantivo del juicio de proporcionalidad en sentido amplio del que la sentencia se vale para rechazar la censura de inconstitucionalidad vertida sobre aquel pasaje legal, descartando así la violación del art. 37.1 CE. De otro, he hecho constar que el canon primero y esencial para calificar desde una perspectiva constitucional las restricciones o limitaciones a los derechos constitucionales ha de instrumentarse mediante el examen de la afectación o no de su contenido esencial.

Sin insistir ahora en argumentos ya expuestos, el obligado criterio de enjuiciamiento para poder fundamentar que, en un sentido discrepante al sostenido por la sentencia de la mayoría, el art. 41 LET lesiona de manera frontal la garantía constitucional alegada por la parte recurrente —esto es, la fuerza vinculante de los convenios colectivos— exige, como no puede ser de otro modo, analizar si la regulación establecida sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo ha invadido el contenido esencial de dicha garantía, desconociéndolo y, por consiguiente, lesionándolo. Es ésta una tarea interpretativa que abordaré en dos tiempos. En el primero, examinaré el ámbito de imputación

normativa de la fuerza vinculante de los convenios con vistas a demostrar que la noción legal «acuerdos o pactos colectivos», cuyas condiciones de trabajo pueden ser modificadas unilateralmente por el empresario, entra dentro de ese ámbito normativo. Una vez aclarado este importante extremo, abordaré ya el tema central del canon de constitucionalidad enunciado.

Segundo. No obstante ello, no me parece pertinente resaltar en modo muy sumario los aspectos más sobresalientes introducidos por la Ley 3/2012 con incidencia en la regulación controvertida.

La ley impugnada ha reformado intensamente el régimen jurídico de «las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo» establecido en el art. 41 del texto estatutario. Del conjunto de cambios introducidos, una especial relevancia jurídica tiene el cambio llevado a cabo en el criterio de la distinción entre las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter individual y de carácter colectivo. Para una mejor comprensión del alcance e impacto de dicho cambio, no resultará impertinente efectuar algunas referencias al régimen jurídico vigente con anterioridad a la aprobación de la reforma laboral de 2012.

Desde la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de reforma del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aquella distinción se asentó sobre un criterio bastante acorde con la calificación legal de esta tipología; a saber: la naturaleza de la fuente atributiva de la condición que se pretende mutar. La legislación, en efecto, configuraba como individuales las modificaciones de condiciones acordadas mediante pacto individual o concedidas unilateralmente por el empresario con efectos individuales y como colectivas aquellas otras contenidas en acuerdos o pactos colectivos o concedidas unilateralmente por el empresario con efectos colectivos. No obstante, esta regla general, en relación con la modificación de dos concretas condiciones, las funcionales y el horario de trabajo, se excepcionaba, entrando entonces en juego para la calificación jurídica un segundo criterio: el de los umbrales; esto es, el relativo al número de trabajadores afectados en

función del censo de la empresa. En todo caso, la configuración de una concreta decisión modificativa del empresario como individual o como colectiva tenía (y sigue teniendo) una relevante consecuencia en la intensidad o grado de la participación de los representantes de los trabajadores: mientras que, al menos en la literalidad del art. 41 LET, las modificaciones colectivas exigían la apertura de un período de consultas con vistas a alcanzar un acuerdo, la única exigencia condicionante del válido ejercicio por el empresario de las modificaciones individuales consistía y sigue consistiendo en un simple deber de notificación de la decisión adoptada a los mencionados representantes.

Como ya he anticipado, la Ley 3/2012 ha revisado en profundidad el régimen de diferenciación entre modificaciones individuales y colectivas, suprimiendo el criterio de la valoración de la naturaleza de la fuente de fijación de la modificación o, lo que es igual, uniformando el régimen jurídico en derredor a los umbrales. Con semejante mudanza normativa, el ámbito de las modificaciones sustanciales de dimensión individual se ha ampliado en la misma dimensión en que se ha estrechado el campo de vigencia de las modificaciones de carácter colectivo.

En todo caso, la parte recurrente se limita a impugnar el régimen de las modificaciones colectivas, como por otra parte así lo advierte la sentencia de mi disenso. No obstante, entiendo que el criterio decisivo para apreciar la inconstitucionalidad de la nueva regulación ni depende ni conecta —pues se trata de una noción de estricta legalidad ordinaria— con el carácter individual o colectivo de la modificación misma sino, y ello es bien diferente, de la fuente que instituye las condiciones de trabajo que se modifican unilateralmente por el empresario. En otras palabras, el número de trabajadores afectados constituye, desde una vertiente constitucional, un dato inocuo, siendo lo verdaderamente decisivo el que la condición modificada se encuentre regulada en un instrumento nacido de la negociación colectiva. En razón de ello, considero que la inconstitucionalidad aplicable a las modificaciones legalmente denominadas como colectivas debe

predicarse también, por razones de conexión, de las modificaciones legalmente tipificadas como individuales, siempre y cuando la medida empresarial modifique el contenido normativo de un «acuerdo o pacto colectivo».

Tercero. La jurisprudencia constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre el ámbito de protección de la garantía constitucional de la fuerza vinculante, resultando decisiva a estos efectos la doctrina sentada por la STC 121/2001, de 4 de junio, que en verdad no hace sino reiterar, para el caso a examen, una orientación ya mantenida en anteriores resoluciones (entre otras muchas, SSTC 73/1984, de 11 de julio; 98/1985, de 29 de septiembre; 57/1989, de 16 de marzo y 108/1989, de 8 de junio).

En el referido pronunciamiento, en el de 4 de junio de 2001, el Tribunal Constitucional se planteó la cuestión de determinar el alcance y eficacia jurídica de un acuerdo de empresa, denominado «plan de viabilidad», suscrito entre una sección sindical y una determinada empresa y cuyo contenido versaba sobre una pluralidad de cláusulas, entre otras acciones de saneamiento financiero, plan de reducción de gastos y marco de relaciones laborales. Esta pluralidad y complejidad de las materias no impedirá al Tribunal Constitucional calificar al citado acuerdo de empresa como un instrumento nacido de la autonomía negocial. Por utilizar sus propias palabras:

«Este carácter complejo y plural del que aparece dotado el pacto controvertido impide una consideración conjunta del mismo, al mezclarse en él materias que caen en el ámbito de las decisiones de gestión económica empresarial con otras de contenido típicamente laboral. No obstante... la llamada por la empresa a sujetos colectivos para participar en su conclusión, así como la repercusión socio-laboral de las materias objeto del acuerdo, sirve para modalizar su naturaleza y lo convierte en un típico producto de la negociación colectiva, sometido, por tanto, a las reglas, principios y límites constitucionalmente definidos, entre otros, aquellos derivados del libre ejercicio del derecho de libertad sindical.» (FJ 5, párrafo segundo).

Por si la doctrina que se viene de transcribir no fuera suficientemente clara y contundente, las reflexiones del Tribunal Constitucional ahondarán y profundizarán aún más, si cabe, en la misma tesis; a saber, en el reconocimiento de la garantía de la fuerza vinculante a todo instrumento nacido del derecho a la negociación colectiva, aun cuando ni pertenezca a la categoría de convenio colectivo ni su eficacia personal sea la propia de los convenios colectivos estatutarios; esto es, la eficacia general o *erga omnes*. En tal sentido, el párrafo tercero del FJ 5 razonará del tenor siguiente:

«El resultado de esta actividad negocial no ha dado como resultado, en este caso, un convenio colectivo estatutario que busque establecer una regulación general aplicable al grupo de empresas al carecer de los requisitos que legalmente se imponen para su válida constitución. El Acuerdo entra, por ello, de lleno en el ámbito de los que la jurisprudencia y la doctrina han venido en denominar pactos extraestatutarios o de eficacia limitada... Tales pactos, que se encuentran amparados por el art. 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal *erga omnes*...».

En definitiva, la doble garantía constitucional enunciada en el art. 37.1 CE —la que asegura a los sujetos colectivos un espacio vital para la autorregulación de sus intereses recíprocos y asegura igualmente a los productos derivados de ese derecho de fuerza vinculante— tiene un alcance general, comprendiendo en su ámbito protector a la integridad de los instrumentos pactados por los representantes de los trabajadores y empresarios en el ejercicio de su derecho a la libertad negocial, sea cual sea su eficacia —general o limitada— y sea cual fuere la denominación asignada —convenio o acuerdo—, diferenciación, ésta última, construida sobre la base de un elemento accidental, cual es el contenido de lo pactado: general o con vocación de regular la totalidad de las condiciones de trabajo (convenio colectivo) o singular, destinado a tratar una materia o un grupo de materias dotadas de cierta homogeneidad.

Cuarto. El segundo inciso del art. 37.1 CE dispone que «la ley garantizará... la fuerza vinculante de los convenios». En la STC 58/1985, de 30 de abril, el intérprete supremo de nuestra Constitución dejó escrito que la vinculabilidad de los convenios colectivos es una garantía «no derivada de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional» (FJ 3). Con ello, el Tribunal Constitucional se inclinaba de manera resuelta por atribuir una eficacia directamente constitucional a la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Pero eludía pronunciarse sobre el contenido esencial e indisponible de esta garantía constitucional; de una garantía cuya erosión o desconocimiento viciaría de inconstitucionalidad la regla jurídica dictada por el legislador al amparo del mandato formulado en el art. 37.1 CE. ¿Qué ha de entenderse por fuerza vinculante del convenio colectivo?

Desde una perspectiva estrictamente formal o, mejor aún, lexicológica, la expresión utilizada por el art. 37.1 CE tuvo un carácter innovador; más aún, introdujo en el lenguaje normativo una expresión que resultaba ajena a los usos lingüísticos de nuestro sistema jurídico laboral así como de los ordenamientos jurídicos vecinos, entendida esta vecindad como comunidad de estructuras, principios y valores de un Estado constitucional de Derecho. No obstante, y si apreciada desde una dimensión material, la novedad aportada por el art. 37.1 CE pierde buena parte de su fuste. Sea cual fuere el contenido que se le deba atribuir, la «fuerza vinculante» es un concepto que pertenece y se inserta en la teoría de los efectos del convenio colectivo. O en otras palabras, hablar de fuerza vinculante de los convenios colectivos equivale a hablar de su eficacia jurídica, del despliegue de cambios o transformaciones que, en la realidad jurídica, va a producir la vigencia de esa autónoma reglamentación de intereses que el convenio colectivo comporta.

La natural y radical ubicación sistemático-normativa de la fuerza vinculante de los convenios colectivos en el campo de sus efectos no dice todavía nada sobre el contenido o modo de ser de esa eficacia. Pero aporta, en si misma considerada, alguna conclusión de notable interés; a saber: el

mandato del art. 37.1 CE, que garantiza y ordena garantizar a la ley la fuerza vinculante de los convenios colectivos, se sitúa en un campo ajeno al de su naturaleza. Como no podía ser de otro modo, la CE ni se pronuncia ni prejuzga la naturaleza de ese acto que va a dar vida al convenio colectivo; y, menos aún, define el fundamento de dicho acto. Lo que el texto constitucional hace, desde su superioridad normativa, es, de un lado, garantizar al convenio colectivo un grado razonable y aceptable de efectividad en su cumplimiento, razonabilidad y aceptabilidad que quedan protegidas con la garantía enunciada en el art. 53.1 de la norma suprema. Y, de otro y desde esa misma superioridad y con estos condicionamientos, ordenar al legislador a que, al regular la negociación colectiva, respete dichas garantías. Una inteligencia de la citada garantía constitucional a la luz del discurrir histórico, de las experiencias jurídicas deparadas por los sistemas jurídicos comparados, de la propia conciencia social sobre la contribución de las instituciones encargadas de encarnar ese pluralismo y de lograr esa igualdad mediante la defensa y promoción de los intereses sociales y económicos que les son propios y, sobre todo, de los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE) y de los valores que informan el Estado social y democrático de Derecho y que se manifiestan, en lo que aquí importa destacar, en el pluralismo social, en la tensión del ordenamiento hacia la adopción de medidas que aseguren de manera real y efectiva el principio de igualdad entre los individuos y los grupos en que éstos se integran (art. 9.2 CE) obliga a entender que aquella garantía no otra cosa debe significar que la protección de la función económico-social típica del convenio colectivo. El contenido esencial de la fuerza vinculante asegura a las reglas y disposiciones de los instrumentos nacidos de la negociación colectiva destinados a regular las relaciones laborales una vinculabilidad más fuerte y diversa de la que resulta de la mera aplicación de los principios rectores de la libertad contractual. La previsión constitucional, en definitiva, asegura a las cláusulas normativas del convenio, acuerdo o pacto colectivo, en todo caso y al margen de otros efectos, una superioridad res-

pecto de los actos procedentes de la autonomía privada individual. O, por decirlo en el lenguaje de la doctrina constitucional, esta garantía «presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual» (entre otras, SSTC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6, y 225/2001, de 20 de noviembre, FJ 4).

Quinto. Los anteriores razonamientos tiñen la regulación establecida en el art. 41 LET de una incontrovertible inconstitucionalidad. La facultad que dicho precepto confiere al empresario de modificar de manera unilateral, incluso en contra del parecer de los representantes de los trabajadores, las condiciones de trabajo establecidas en un acuerdo o pacto colectivo, enunciadas a título de ejemplo en el ordinal 1 de dicho pasaje legal, entre las cuales se encuentran materias de tanta relevancia jurídica como la jornada de trabajo o la cuantía salarial, no es en modo alguno compatible con la garantía de la fuerza vinculante que el art. 37.1 CE reconoce a todo producto negocial. En tal sentido y como se ha razonado, el contenido esencial de dicha garantía comporta la atribución a cualquier instrumento nacido de la negociación colectiva «entre representantes de los trabajadores y empresarios», sea cual sea la eficacia personal y el contenido del mismo, de una eficacia supraordenada a los pactos o a las decisiones de carácter individual.

A estos efectos, irrelevante resulta la denominación legal del instrumento como acuerdo o pacto colectivo, pues, como se ha tenido oportunidad de argumentar, la jurisprudencia constitucional extiende la garantía de la fuerza vinculante del convenio colectivo a cualquier dispositivo negocial, sea cual sea su *nomen legis* o su eficacia personal. E igual significación de irrelevancia ha de asignarse a que, conforme a lo previsto en el precepto legal a examen, el legítimo ejercicio de dicha facultad quede condicionado a la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiendo por tales, tras la aprobación de la Ley 3/2012, las relacionadas con «la competitividad, la productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

Como acontece con la regulación establecida en el art. 82.3 LET, cuya inconstitucionalidad tuvo oportunidad de argumentar con motivo del voto particular a la STC 119/2014, el art. 41 del mismo texto legislativo también convierte en regla general lo que ha de entenderse como excepción, confundiendo como interés general lo que en principio ha de ser tratado como un estricto y subjetivo interés particular de titularidad del empresario. En un sistema jurídico como el español, en el que toma asiento constitucional la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, la mejora de la competitividad o de la productividad de una empresa no puede en modo alguno calificarse, sin más, como un objetivo de interés general. Desde luego, tales objetivos se encuentran amparados por la libertad de empresa (art. 38 CE); pero ni a éste ni a ningún otro derecho fundamental puede atribuírsele, como ha hecho notar hasta la saciedad nuestra jurisprudencia constitucional, al entrar en conflicto con otro, una prioridad o preeminencia aplicativa absoluta. Semejante conflicto ha de resolverse con criterios de proporcionalidad. Y no atiende en modo alguno a este principio la regla jurídica que, como sucede con el art. 41.1 LET, sacrifica con criterios de generalidad uno de los derechos constitucionales a confrontación.

Por todo ello, la facultad del empresario *ex art.* 41 LET, de modificar de manera unilateral e, incluso, en contra del parecer de los representantes de los trabajadores, las condiciones de trabajo establecidas en un acuerdo o pacto colectivo ha de estimarse vulneradora del art. 37.1 CE. Y por lo mismo, habría de haber sido declarada inconstitucionalidad y nula.

Sexto. La irregularidad constitucional del art. 41 va más allá de la violación de la garantía constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo (art. 37.1 CE). También alcanza a uno de los derechos fundamentales que forman parte de los pilares estructuradores del Estado social; a saber: la libertad sindical (art. 28.1 CE).

Tiene razón la Sentencia de la mayoría cuando afirma, conforme a una abundante doctrina constitucional que así ha venido a reconocerlo y que, por sobradamente conocida, no es pre-

ciso citar de manera expresa, que el derecho a la negociación colectiva forma parte de la libertad sindical [FJ 2 d)]. Es ésta, desde luego, una afirmación cierta; pero una exacta inteligencia de la misma reclama complementar su escueto enunciado, al menos, con un doble recordatorio adicional, extraído de esa misma doctrina. Por lo pronto, conviene hacer constar que la negociación colectiva, cuando es ejercitada por un sindicato, se integra en el contenido esencial de la vertiente colectiva de los derechos sindicales de actividad, y no ya en su contenido adicional. Como dejara dicho la STC 229/2002, de 9 de noviembre, FJ 7 (y las que ahí se invocan), «cuálquier aproximación a la base constitucional de la libertad sindical y, por ende, de la acción sindical, debe dejar previamente sentado el carácter promocional de los sindicatos que en la Constitución española asumen los artículos 7 y 28.1 CE como elemento clave de la configuración del Estado social y democrático de Derecho». El segundo recordatorio que resulta oportuno traer ahora a colación reside en que la pertenencia de la negociación colectiva al contenido esencial de la libertad sindical comprende e integra la doble garantía constitucional formulada en el art. 37.1 CE. Por expresarlo ahora en los términos de la STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3, el reconocimiento de la negociación colectiva en el art. 37.1 supone «la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias y asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, *un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo*» (cursiva mía). Ambas garantías, garantía del ejercicio de una actividad contractual colectiva, libre de injerencias de los poderes públicos, mandados a promocionar de manera real y efectiva esa actividad, y garantía de que los instrumentos nacidos de la negociación colectiva van a tener reconocidos unos efectos jurídicos imperativos, al abrigo de las derogaciones y mutaciones procedentes de actos unilaterales o de pactos individuales, se incorporan al contenido esencial de la acción sindical. Como lógico consecuente de esta inescin-

dible conexión, la lesión de una u otra garantía violenta simultáneamente la libertad sindical.

Tal es cabalmente lo que acontece en aquellos casos en los que el empresario decide por su sola voluntad inaplicar, alterando, las condiciones de trabajo formuladas en un pacto o en un acuerdo colectivo de carácter sindical. Al consentir el art. 41 LET a los titulares de las organizaciones empresariales la adopción de una medida de esta naturaleza, además de vulnerar el art. 37.1 CE, lesiona el art. 28.1 del texto constitucional.

Por lo demás, no me resisto a denunciar los equívocos en los que incurre la sentencia de la que me separo al hilo del tratamiento que lleva a cabo sobre la titularidad del derecho constitucional a la negociación colectiva. En el párrafo segundo del fundamento jurídico 2 d), tras reconocer que el derecho a la negociación colectiva «le ha sido atribuido también (*sic*) por la Constitución al sindicato», manifiesta, de un lado, que dicho derecho se articula «a través del ejercicio de la libertad sindical (art. 28.1 CE)» y, de otro, que el tan repetido derecho «no se ha hecho de forma exclusiva, (de modo) que excluya a otros posibles representantes de los trabajadores», por lo que, con cita de la STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4, termina concluyendo que la negociación colectiva está atribuida «constitucionalmente a los sindicatos y a otras representaciones colectivas de los trabajadores».

Sin entretenerme a objetar la muy notable extravagancia que comporta utilizar el adverbio *también* para identificar la atribución constitucional a los sindicatos del derecho a la negociación colectiva, el razonamiento de la sentencia de mi divergencia hace gala de dos relevantes equívocos, que en buena medida vienen a poner entre paréntesis orientaciones interpretativas de este Tribunal bien consolidadas.

Es cierto, como ya he recordado, que la actividad contractual colectiva puede formar parte, siempre que sea ejercitada por un sindicato, del contenido esencial de la libertad sindical. La opinión que ya no puedo compartir es que la titularidad del derecho constitucional a la contratación colectiva se articule «a través del ejercicio de la libertad sindical (art. 28.1 CE)». Una opinión

semejante, además de privar a la negociación colectiva de su condición de derecho autónomo, se aparta de arraigadas enseñanzas de nuestra doctrina, que sostiene un criterio bien divergente del expuesto; en concreto, que determinadas lesiones de este derecho, ejecutadas frente a un sindicato, que comporten por su entidad y trascendencia una arbitraria eliminación o desconocimiento del mismo, además de vulnerar el art. 37.1 CE, también infringen el derecho fundamental a la libertad sindical.

Mayor significación tiene el segundo de los equívocos, que es aquel que, con mención expresa de la STC 208/1993, defiende la dimensión constitucional del derecho a la negociación colectiva de las representaciones de los trabajadores distintas de las sindicales. Dando de lado el error que puede haber habido en la concreta referencia de la mentada sentencia, en ninguno de cuyos fundamentos jurídicos puede leerse el texto entrecortado, lo que me interesa destacar es que, incluso en el supuesto de que hubiera habido un desliz en el momento de la cita, al ser otro el pronunciamiento que hubiera debido invocarse, la tesis ahí defendida se aparta y contradice de manera abierta nuestra doctrina. Desde la STC 118/1983, de 13 de diciembre, FJ 4, este Tribunal ha señalado que nuestro texto constitucional, al institucionalizar los derechos colectivos laborales, ha partido de un amplio reconocimiento de los titulares, «eludiendo la consagración de un monopolio sindical», de manera que, en concreto, el de negociación colectiva lo confiere a los «representantes de los trabajadores». Pero la pluralidad de titulares de este singular derecho no significa, en contra del criterio que sobrevuela la sentencia de mi discrepancia, que pueda defenderse una equivalencia y, menos aún, una identidad entre las representaciones sindicales y no sindicales de los trabajadores. Como señalara la STC 98/1985, FJ 3, «los órganos de representación de los trabajadores en la empresa no tienen reconocimiento constitucional, sino que son creación de la ley, y poseen solo una indirecta relación con el art. 129.2 de la CE» (entre otras muchas, SSTC 165/1986, de 18 de diciembre, FJ 3; 104/1987, de 17 de junio, FJ 1; 8/1988, de 25 de enero,

FJ 3; 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 3 y 95/1996, de 29 de mayo, FJ 3).

Una orientación doctrinal, como la ahora recordada con brevedad, no toleraría una interpretación como la sostenida en la Sentencia de la mayoría. La decisión sobre la existencia de la representación unitaria y sobre las facultades a ella atribuidas pertenece a la esfera de libertad del legislador, que no cuenta en este aspecto con limitación constitucional alguna. En concreto y en lo que aquí interesa, a su libre discrecionalidad corresponde definir en qué casos y bajo qué condiciones pueden intervenir los comités de empresa o los delegados de personal en los procesos contractuales colectivos, sin que una eventual restricción de esa participación o, al límite, una eventual ablación de la legitimación negocial hoy legalmente reconocida pudiera calificarse como una medida legislativa atentatoria al art. 37.1 CE. Séptimo. Antes de terminar este apartado, me parece aún conveniente, por razones de su notable actualidad, efectuar una última observación. Como ya he tenido oportunidad de hacer constar [apartado 2 b)], en el capítulo de las motivaciones manejadas por la sentencia de la mayoría para conferir al art. 41 LET, el sello de constitucionalidad, se atribuye una especial relevancia a los «límites y garantías» que legalmente condicionan el ejercicio por el empresario de la medida consistente en modificar una condición de trabajo estatuida en un acuerdo o pacto colectivo. En concreto y en el listado de estos «condicionantes», una significación aún más relevante se confiere al hecho de que la modificación del empresario «se concibe como alternativa al fracaso de la negociación previa y preceptiva con los representantes de los trabajadores», pensamiento éste que vuelve a reiterarse para fundamentar el test de necesidad [FJ 4 a)].

Es esta una comprensión del requisito de celebración del período de consultas de todo punto errada desde una perspectiva constitucional, pues el cumplimiento de semejante exigencia no actúa como impedimento legal para que, ante la falta de acuerdo, el empresario pueda de manera efectiva proceder a modificar parte del contenido normativo de un pacto o acuerdo colectivo; y es

ahí donde radica precisamente su inconstitucionalidad. Así lo ha venido a entender, precisamente, el ya citado Informe del CEDS de 2015, que, al analizar el vigente art. 41 LET y tras recordar en efecto que la ausencia de acuerdo durante el período de consultas no cierra al empresario la posibilidad de aplicar unilateralmente los cambios, afirma que «la legitimación de la derogación unilateral de convenios colectivos libremente negociados vulnera la obligación de promover procedimientos de negociación», no resultando conforme con el art. 6.2 de la Carta Social Europea (página 28 de la versión francesa).

4. Primero. El segundo de mis disensos con la sentencia de la mayoría se refiere al juicio de constitucionalidad efectuado en relación con el art. 18.3 de la Ley impugnada, que reforma el art. 51.1 LET, llevando a cabo una intensa modificación de las causas justificativas del despido colectivo y, en atención al juego de una remisión legal, de las causas que resultan igualmente aplicables para una concreta modalidad de los denominados despidos objetivos [art. 52 c) LET].

Mi discrepancia con respecto a la sentencia de la que me separo no solo afecta a la solución dada a la queja de inconstitucionalidad vertida por los recurrentes sobre estos concretos preceptos, a los que se reprocha la vulneración de los arts. 35.1 y 24.1, ambos del texto constitucional. Mi disentimiento también alcanza, y con parecida intensidad, con el tipo de juicio utilizado para fundamentar esa solución, huérfano de la menor consistencia constitucional; o, por expresar la misma idea en positivo, construido todo él, sin moderación ni disimulo alguno, conforme a criterios de una nuda legalidad ordinaria. Expuestos que han sido en anterior apartado los motivos determinantes de que, en mi opinión, el canon de enjuiciamiento empleado carezca de la obligada sustancia desde una perspectiva constitucional, me centraré seguidamente en ofrecer las razones que debían de haber amparado los reproches de inconstitucionalidad sobre los preceptos legales ahora a examen.

En tal sentido me ocuparé, en primer lugar, de recordar de manera sucinta lo que ha de entenderse como contenido esencial del derecho al

trabajo, en su vertiente individual (art. 35.1 CE), para, inmediatamente después, demostrar que el art. 18.3 de la Ley 3/2012 ha lesionado ese contenido esencial.

Segundo. Al margen del mandato a los poderes públicos de adoptar aquellas medidas orientadas a lograr una situación de pleno empleo (art. 40.1 CE), la Constitución española no reconoce el derecho de los trabajadores a disponer de un concreto o singular empleo, ni en el sector privado ni tampoco en el sector público, empleo éste que actúa, con criterios de generalidad, no solo como fuente económica para su mantenimiento y, en su caso, para el de su familia, sino, además y simultáneamente, como vía preferente de integración social y factor determinante del desarrollo de su personalidad. No obstante ello, el texto constitucional garantiza, una vez que se está desempeñando un puesto de trabajo a través de una relación jurídica obligatoria, que a la parte del contrato de trabajo que se compromete a la ejecución de la prestación laboral no se le pueda extinguir dicho contrato, salvo que concurra una justa causa de suficiente entidad.

No es cuestión ahora de volver a reiterar cuanto se argumentó sobre la dimensión individual del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE en el apartado III 2 del Voto particular a la Sentencia 119/2014, de 16 de julio, debiendo entenderse por reproducidos los razonamientos ahí formulados. A los efectos que aquí me interesan, bastará destacar que el contenido esencial del derecho al trabajo, en esa dimensión, impone una triple limitación a la voluntad unilateral del empleador de dar por finalizada la relación laboral y, con ello y adicionalmente, a sus poderes de organización, ejercitados al amparo del contenido de la libertad de empresa (art. 38 CE). Una primera de naturaleza formal, de modo que el acto de despido debe sujetarse a un procedimiento, que se sustancia en la exigencia de forma escrita que permita al trabajador conocer la decisión y el motivo del despido. Una segunda de carácter sustantivo, que afecta a la motivación del acto mismo de despido, que ha de estar basada en una justa causa, dotada de entidad suficiente. Y, en fin, una tercera restricción, de entidad adjetiva ahora, que se

instrumenta a través del derecho del trabajador de someter la decisión empresarial al control judicial, correspondiendo al juez o magistrado la potestad de revisar la regularidad formal y material de esa decisión empresarial, procediendo a la subsiguiente calificación del despido. Esta tercera limitación instaura una estrecha vinculación entre los derechos al trabajo y a la tutela judicial. Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones estas tres características del despido en el sistema constitucional español de relaciones laborales (entre otras muchas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8; 20/1994, de 27 de enero, FJ 2, y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 9).

Tercero. La versión modificada del art. 51.1 LET mantiene el mismo listado de causas (económicas, técnicas, productivas y organizativas) así como, en su mayor parte, la definición que de las mismas se contenía en la anterior versión de ese precepto. No obstante, y es este un dato relevante a efectos del juicio de constitucionalidad, el nuevo texto ha borrado de su enunciado normativo la necesidad de que el empresario justifique la concurrencia de razonabilidad a la hora de extinguir los contratos de trabajo por razones de funcionamiento de la empresa.

El punto de partida de la regulación anterior era de por sí sumamente flexible en lo que a la justificación de las causas técnicas, organizativas o productivas se refiere; pero obligaba a la empresa a justificar la razonabilidad del despido colectivo bien para prevenir una evolución negativa de la empresa, de lo que podía inferirse que el despido era la respuesta a una situación de riesgo para la suerte futura de la empresa, que podía advenir en caso de que la extinción colectiva no se adoptase, bien para mejorar la organización de sus recursos con vistas a favorecer su posición competitiva en el mercado, de modo que el despido se articulaba, en esta segunda hipótesis, como respuesta a las ineficiencias de la empresa.

La regulación actual del art. 51.1 LET simplemente, omite toda alusión sobre el juicio de razonabilidad del despido colectivo amparado en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. No se trata, sin embargo y pese a lo

que pudiera pensarse en una primera impresión, de un mero olvido; antes al contrario, el objetivo pretendido y la consecuencia resultante es la eliminación de cualquier referencia al juicio de razonabilidad. La exposición de motivos de la norma así lo confirma sin margen para la incertidumbre, razonando del tenor siguiente:

«También se introducen innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos. La ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto... tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que han venido dando lugar a que los tribunales realizaran, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos como para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) ET.» (Apartado V)

Sin entrar a comentar las razones de la omisión por la sentencia de la que me aparto de la menor referencia al pasaje que se viene de transcribir, constatación ésta que desde una perspectiva de conjunto del pronunciamiento mayoritario evidencia en todo caso un uso selectivo de las aseveraciones contenidas en el preámbulo de la ley impugnada; dando de lado todo ello, digo, no resulta en verdad tarea fácil poder ofrecer de manera más clara y contundente una explicación del objetivo de la reforma, que no ha sido otro que el dejar fuera del control judicial la valoración de si el despido es o no una medida necesaria o si el propio despido ha de estar o no justificado en atención a juicios de razonabilidad y proporcionalidad. El propósito de la norma fue y es convertir la causa de los despidos colectivos y, por el juego del reenvío legal, también la de los despidos económicos objetivos [art. 52 c) LET] en una mera condición, que opera a modo de supuesto fáctico concretado en la disminución de ventas

o ingresos o en cualquier cambio técnico, organizativo o productivo, que, caso de hacer acto de presencia, confiere al empresario, de forma automática y directa, más allá de la verificación del hecho que determina la condición, una facultad irrestricta para decidir la suerte de la vigencia de los contratos de trabajo, constituyendo así un espacio inmune al control judicial, que queda desapoderado para ponderar si los despidos son medidas justificadas, necesarias, razonables o proporcionadas en función de las circunstancias del caso. La nueva regulación no pide, como hacía la anterior, que la situación económica negativa de la empresa o que los cambios técnicos, organizativos o productivos en los que se justifique la extinción de los contratos de trabajo haya de tener una potencialidad suficiente para afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo en la misma. El empresario, ahora, no ha de acreditar más que la concurrencia del hecho, habiéndose prescindido de toda obligación de que la empresa justifique que de sus resultados económicos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

De esta forma, una mera reducción de las ventas o ingresos ordinarios durante tres trimestres constitutivos, comparada respecto del «mismo trimestre del año anterior» (*sic*; inciso final del párrafo segundo, art. 51.1 LET), se erige por sí sola en causa para la extinción colectiva de los contratos de trabajo, con independencia del impacto que esta reducción de ventas o de ingresos haya producido en su situación económico-financiera y en su capacidad para mantener el volumen de empleo. Basta pues la mera circunstancia de que la persistencia requerida en la disminución de ingresos ordinarios (por cierto, no se computan los ingresos que en los balances aparezcan como extraordinarios) se exprese durante tres trimestres consecutivos, siendo destacable que la regulación vigente no obliga a ponderar un ejercicio económico anual, única vía razonable para verificar si el hecho económico acaecido ha generado o no, de modo real y efectivo, las consecuencias determinantes para proceder

a dar por finalizada la vida de un determinado número de contratos laborales.

Es evidente, sin embargo, que, en sí misma considerada, la reducción de ventas o de ingresos durante tres meses consecutivos no es un dato decisivo o determinante respecto de la eventual pérdida de competitividad o de productividad de la empresa, ya que puede responder a una variada serie de factores coyunturales, entre los que los fiscales pueden desempeñar un papel relevante, así como a deliberadas estrategias en la política de precios o de costes adoptadas por la propia empresa. Y sobre todo y en lo que aquí interesa destacar, tampoco tienen que suponer una situación económica negativa en tanto que la disminución de ingresos o ventas puede no llevar aparejado un deterioro de la cuota de resultados si correlativamente existe un sistema de ajuste en los costes. La revisión de las causas del despido colectivo y objetivo supone, a la postre, instalar las decisiones empresariales de extinción de los contratos de trabajo basadas en el funcionamiento de la empresa en un ámbito de máxima discrecionalidad empresarial, desprovisto de la constitucional exigencia de justa causa con entidad suficiente.

En suma, la mera reducción de ventas o ingresos, sin ninguna ponderación cuantitativa o proyección sobre los eventuales resultados de la empresa y sin tan siquiera venir determinados por una falta de competitividad empresarial, son meros hechos que amparan legalmente el despido sin ningún otro elemento que integre tanto la causa como la justificación de la medida extintiva. Y lo mismo sucede con las causas técnicas, organizativas y productivas que, al ser definidas, ni se vinculan a una situación de dificultad de la empresa, ni se exige que el despido sea una medida necesaria y razonable para cumplir alguna finalidad legítima, como la viabilidad de la empresa y del empleo.

Por este lado, la norma legal revisada configura el despido económico, individual o colectivo, como un acto desvinculado, en la realidad de las empresas, de una situación con la suficiente entidad, proporcionalidad y necesidad, debilitando así, hasta hacer desaparecer, la más relevante de

las limitaciones derivadas del constitucional derecho al trabajo, en su dimensión individual (art. 35.1 CE): la exigencia de una justa causa con entidad suficiente. O, en otros términos, el precepto legal de la norma impugnada priva de todo signo de relevancia a las extinciones contractuales por razón del funcionamiento de la empresa. Las causas del despido económico quedan convertidas, como paladinamente lo confiesa el preámbulo de la norma impugnada, en unos meros hechos que afectan al ámbito económico, técnico, organizativo o productivo; en unos hechos que, en la configuración de la citada ley, en modo alguno son expresivos de una mínima situación de necesidad, al menos indiciariamente objetivada, que pudiera justificar, incluso en apariencia, la procedencia de extinguir los contratos de trabajo.

En resumen, las reformas introducidas por la Ley 3/2012 automatizan la causa extintiva ante la mera existencia de un hecho económico que, como se ha razonado, carece de la menor transcendencia objetivada de suficiente entidad, justificación y necesidad para considerar que la regulación del despido colectivo se encuentra constitucionalmente amparada.

Por lo demás, y se trata de un dato adicional pero de no menor importancia, la supresión del juicio de razonabilidad de la decisión extintiva también implica la exoneración al empresario de la carga de aportar los elementos o criterios en virtud de los cuales se procederá a la concreción de los concretos colectivos de trabajadores afectados por la decisión extintiva de carácter colectivo. Por este lado, la reforma no sólo supone atribuir al empresario facultades casi absolutas a la hora de determinar la extinción de contratos de trabajo ante meras previsiones de pérdidas o reducciones de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos; también abandona a su discrecionalidad, la fijación del número de trabajadores y la concreción de los puestos de trabajo afectados por dicha extinción.

La conclusión a extraer de los razonamientos que se vienen de exponer es de enunciado rápido: el nuevo art. 51.1, al formular las causas extintivas del contrato de trabajo por razones vinculadas al

funcionamiento de la empresa sin una motivación justa, conectada de manera efectiva, clara y cierta con la marcha económica de la empresa, no respeta la manifestación sustantiva o material del contenido esencial del derecho al trabajo en su dimensión individual. En atención a ello, el art. 51.1 y, por conexión, el art 52 c), ambos del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, debieron declararse inconstitucionales y nulos.

Cuarto. En atención al valor interpretativo conferido por el art. 10.2 CE a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, no puede dejar de mencionarse, finalmente, que la vigente ordenación legal sobre los despidos económicos, colectivos e individuales, choca de manera frontal con preceptos del Convenio 158 OIT. Es patente la incompatibilidad de dicha ordenación con su art. 9.1, que establece que los órganos competentes en cada país ante los que el trabajador puede recurrir la extinción de su contrato de trabajo, no solo han de estar facultados «para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación laboral». Además de ello, también dichos órganos han de estar facultados para «pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada», justificación esta que es la que, precisamente, ha de conducir a analizar la suficiencia de la causa acreditada y, necesariamente, la proporcionalidad o ajuste entre la suficiencia de la causa acreditada y la justificación de la terminación del contrato.

Precisamente y como confirma la lectura de la Exposición de Motivos de la ley impugnada, los órganos judiciales han de resolver los despidos sometidos a su conocimiento sin entrar a verificar la racionalidad de la medida. Por este lado y en resumen, puede afirmarse que el art. 18.3 de la Ley 3/2012, que modifica el art. 51.1 LET, con el contenido adoptado, también comporta un incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España.

5. Primero. Los artículos 18.7 y 8 y 23.1 de la Ley 3/2012, han procedido a dar una nueva redacción a los arts. 56, 1 y 2, LET y 110.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, que han modificado la regulación de los salarios de trami-

tación cuyo abono queda sujeto no tanto ni solo a la calificación judicial del despido sino, adicionalmente, a la opción adoptada por el empresario. En síntesis, la citada regulación ha suprimido su pago en caso de despido improcedente en el que el empresario hubiere ejercido la opción del abono de la indemnización equivalente a 33 días, desestimando la alternativa de la readmisión. O expresada la idea desde otro ángulo, el trabajador despedido improcedentemente tendrá derecho a percibir los salarios que hubieren mediado entre las fechas de comunicación del despido y la notificación de la sentencia única y exclusivamente si el empresario opta por su readmisión. Es ésta, por lo demás, una regla que no rige para los representantes de los trabajadores, que conservan el derecho a la percepción de los salarios de tramitación sea cual fuere la opción elegida por ellos en el supuesto de que la sentencia hubiere calificado su despido como improcedente (art. 56.4 LET).

No ha sido la Ley 3/2012 (ni su precedente normativo, el Real Decreto-ley 3/2012) la primera disposición legal que ha revisado el régimen jurídico de la figura de los salarios de tramitación, que cuenta entre nosotros con una dilatación tradición. El Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de Mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, vino a anticipar la medida legal luego recuperada por el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley aquí combatida de igual numeración, al suprimir el devengo de los salarios de tramitación en la hipótesis de que el despido fuera calificado como improcedente y el empresario no readmitiese al trabajador o, lo que es igual, optare por entregarle la oportuna indemnización. Por su parte, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de idéntica denominación, rectificó la práctica supresión de los citados salarios introducida por el mencionado Real Decreto Legislativo 5/2002, reinstaurando su pago sea cual fuere la opción empresarial.

La doctrina constitucional, de su lado, también ha tenido oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre los salarios de tramitación en conexión con diferentes derechos constitucio-

nales. En tal sentido, las SSTC 84/2008, de 21 de julio, 122/2008, de 20 de octubre, y 143/2008, de 31 de octubre, han analizado la posible incidencia de la supresión de los salarios de tramitación en relación con el principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

No entra en el círculo de mis intenciones caminar por senderos que la jurisprudencia constitucional ya ha clausurado. No obstante y para bien centrar el objeto del presente motivo de inconstitucionalidad, no resultará en modo alguno impertinente traer a colación lo que dejó escrito, en su FJ 8, la STC 84/2008, al rechazar que la supresión de los salarios de tramitación en los términos instituidos por el Real Decreto Legislativo 5/2002 y que ahora recupera de manera simétrica la Ley 3/2012, pudiera implicar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE):

«Este derecho de opción —razonó la mencionada resolución, refiriéndose al conferido al empresario—, finalmente, tampoco afecta en nada a la igualdad procesal de las partes ni menoscaba la función jurisdiccional, dirigida a enjuiciar la procedencia, improcedencia o nulidad de la decisión extintiva, estando taxativamente fijadas en la norma las consecuencias en cada uno de los casos de la decisión judicial. El que la forma en que ha quedado configurado el derecho empresarial de opción una vez dictada la resolución judicial de improcedencia pueda hacer más o menos atractiva, en función de circunstancias diversas, la elección de uno de sus términos o el hecho de que en dicha elección pueda pesar más un tipo u otro de consideraciones cuestiones todas ellas que afectan a la regulación material de los efectos del despido improcedente, pero que en nada limitan el alcance de su tutela judicial.» (FJ 8)

Es desde esta perspectiva material desde la que la parte recurrente formula el correspondiente motivo de inconstitucionalidad, por entender que la vigente regulación del derecho de elección del empresario, una vez suprimidos los salarios de tramitación en caso de que éste opte por la extinción —y no se trate de un representante de los trabajadores—, implica una regulación sustantiva

material del derecho del trabajador ante el despido que vulnera el derecho al trabajo, en su vertiente individual, consagrado en el art. 35.1 CE. Y es desde esta misma perspectiva desde la que la sentencia de la mayoría rechaza este reproche, en decisión que en modo alguno comparto por las razones que expondré de inmediato.

En todo caso, no me parece impertinente dejar ya aclarado desde un principio que, en mi opinión, el vigente régimen jurídico de los salarios de tramitación no solo priva al trabajador de una protección real y efectiva ante los despidos sin justa causa. Además de ello, dicha regulación funciona como un incentivo económico, irracional y arbitrario, a favor de la extinción del contrato de trabajo, colisionando de manera frontal con el derecho constitucional al trabajo, que no puede en modo alguno conciliarse con una medida que no se limita a adoptar una actitud neutra hacia al empresario; antes al contrario, estimula y promueve, de manera abierta, su opción a favor de la terminación de la relación laboral. Por este lado, la propia ley impugnada deja en entredicho y contradice la que constituye, de conformidad con sus propias declaraciones, su finalidad primera y esencial y que ha sido invocada, en más de una ocasión, por las resoluciones adoptadas por este Tribunal con vistas a sostener la regularidad constitucional de algunos preceptos legales de la Ley 3/2012; a saber: el fomento de aquellas medidas destinadas a crear empleo, priorizando su ejercicio por el empresario frente a aquellas otras dirigidas a destruir puestos de trabajo.

Segundo. La Sentencia de la que ahora me separo sustenta la desestimación de los pasajes legales ahora a examen en base a un doble orden de motivos: de un lado, por ser la tesis ya defendida por el ATC 43/2014 y, de otro, por contar la medida legislativa con una justificación «que no puede tacharse de arbitraria o razonable» [FJ 8 a)]. Dejando para un momento inmediatamente posterior la tarea de dotar de la obligada justificación a mi juicio sobre la inconstitucionalidad de esos pasajes, me parece de todo punto oportuno expresar las razones de este disenso.

En atención a que el objeto de mi discrepancia en el pronunciamiento que sustentó la cuestión de

inconstitucionalidad 3801-2013 quedó limitado a sustentar la violación, por el Real Decreto-ley 3/2012, del art. 86.1 CE, en el voto particular que formulé al ATC 43/2014 no tuve oportunidad, por elementales exigencias de congruencia argumental, de objetar las explicaciones determinantes para descartar la vulneración articulada por el órgano judicial promotor de la citada cuestión de inconstitucionalidad contra el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación, introducido por aquella norma de urgencia y traspuesta, sin cambio alguno, al articulado de la ley ahora censurada.

En el decir de esa resolución, el ATC 43/2014, la carencia del necesario asiento de la duda de constitucionalidad planteada por el titular del Juzgado de lo Social núm. 34 de los de Madrid se basa en que, «desde la estricta perspectiva individual de este derecho constitucional —art. 35.1 CE, invocado—», la medida normativa reprobada «constituye una posibilidad constitucionalmente legítima que queda dentro de ese comentado margen de configuración atribuido al legislador ex art. 35.2 CE». Enunciando mi razonamiento desde un punto de vista no solo de fondo sino, adicionalmente, de forma o método, el argumento transcrito, que ahora también hace suyo la sentencia de la mayoría, incurre en una preocupante vaciedad constitucional. En la lógica de esta interpretación, cualquier medida legal de carácter laboral incluida en la ley de desarrollo de ese mandato, que fue precisamente el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, habría de ser calificada como constitucional, al margen y con independencia de la posible incidencia en el contenido esencial del derecho constitucional sujeto a confrontación. Por enunciar la tesis mayoritaria en otras palabras, una previsión constitucional que se limita a enunciar una reserva de ley, cual es la contenida en el art. 35.2 CE, conferiría *per se* y de manera automática regularidad constitucional material a todas y cada una de las reglas derivadas del ejercicio, por el legislador, de esa previsión.

Una densidad constitucional de tono muy semejante puede y debe predicarse del segundo de los motivos que ampara la desestimación de los

reproches vertidos por la parte recurrente a los artículos 56.1 LET y 110.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social modificados por la Ley ahora combatida, y que se sustancian en el reconocimiento a la concreta medida legal cuestionada de «una justificación que no puede tacharse de arbitraria e irrazonable», coincidente ésta, sin reserva ni matización alguna, con la ofrecida por el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley 3/2012. No voy a entrar a discutir la certeza o no de la conclusión alcanzada, pues eso significaría instalar mi razonamiento en un ámbito, el de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), por completo ajeno al del presente debate. A los efectos que aquí me interesa, me bastará hacer constar que una argumentación al estilo de la manejada, que renuncia a contrastar la verosimilitud de la justificación ofrecida por el legislador y, sobre todo, a verificar si la medida legislativa, por afectar a un derecho constitucional de los enunciados en el capítulo II del título I CE, invade o no el contenido esencial, tiene el riesgo cierto de validar constitucionalmente la práctica totalidad de las reglas jurídicas de indole legal. El carácter no arbitrario e irrazonable asignado, con criterios de automatismo, a la justificación aprestada por el legislador ordinario erige en tarea claudicante, de imposible alcance, la estimación de reproches de inconstitucionalidad. Para instalarse al abrigo de eventuales tachas de inconstitucionalidad, a los legisladores les bastaría con observar la exigencia, instituida en el más insustancial de los protocolos de técnica legislativa, de incorporar, en el preámbulo de la norma, explicaciones más o menos certeras, apreciadas o no en un sentido armónico e integrado con, e integrador de, las otras reglas, de la regulación adoptada.

Tercero. Conforme se ha señalado y reiterado, la parte recurrente imputa a los preceptos legales a discusión la violación de los arts. 14 y 35.1 CE. Centrándome exclusivamente en el análisis de la primera de estas vulneraciones y sin pretensión de reproducir cuanto ya he tenido ocasión de argumentar a propósito del contenido esencial de la vertiente individual del derecho al trabajo (art. 35.1), no me parece inoportuno recordar que la concurrencia de justa causa de entidad sufi-

ciente se integra en ese contenido. A partir de tan relevante constatación, los preceptos legales contestados, reactivando una regla introducida en 2002 pero de muy corta vigencia, suprimen los llamados salarios de tramitación en aquellos casos en los que, tras la declaración judicial de la improcedencia del despido, el empresario opta por el abono al trabajador afectado de la indemnización legal, en lugar de por la readmisión. El propósito de las reflexiones que siguen es demostrar que el derecho del trabajador a la percepción de los referidos salarios es una consecuencia inescindible de su derecho a no ser despedido sin justa causa de entidad suficiente, por lo que aquella medida legal infringe de manera frontal el art. 35.1 CE.

Es ésta una conclusión asentada en diversos razonamientos, entrelazados entre sí. El punto de partida, desde un ángulo cronológico, reside en la imposibilidad constitucional de reconocer a la terminación del contrato de trabajo adoptada por la voluntad unilateral del empresario —esto es, al despido— y que hubiere sido impugnada por el trabajador dentro del improrrogable plazo de caducidad legalmente fijado (art. 59.3 LET), de unos efectos extintivos en un sentido propio. Más allá de juicios de legalidad ordinaria, esa premisa es una consecuencia, como razonaré, de la garantía que instituye el art. 35.1 CE al imponer el concurso de una justa causa en la extinción de los contratos de trabajo. O, enunciada la misma idea desde otra vertiente, la presentación por el trabajador afectado de una demanda por despido improcedente sustituye los iniciales efectos extintivos dotados de una apariencia de validez, en efectos meramente interruptores de la relación laboral. Como corolario de la decisión adoptada por el empresario, las prestaciones básicas y sinalagmáticas del contrato de trabajo (prestación laboral y deuda salarial) quedan interrumpidas desde la fecha del cese del trabajador en su puesto de trabajo hasta que el órgano judicial competente de primera y única instancia de la jurisdicción social conoce y resuelve la demanda por despido, emitiendo la correspondiente calificación (55.3 LET).

Por lo pronto, el reconocimiento por el juez de la concurrencia de justa causa (despido procedente) recupera el carácter extintivo del acto empresarial, dotando a esta declaración de una eficacia *ex tunc*, de modo que el trabajador no tiene derecho ni a ser readmitido ni a percibir indemnización alguna. Bien distinto es, sin embargo, el escenario jurídico que se abre en el supuesto de que la declaración judicial comporte la privación a la decisión unilateral del empresario del atributo de la constitucional exigencia de justa causa de entidad suficiente.

En estos casos y en razón precisamente de carecer la conducta empresarial del atributo que la valida constitucionalmente, el obligado corolario de la declaración judicial de improcedencia del despido solo puede ser la reconstrucción de la relación laboral durante el período de tiempo en que, a resultas de un acto imputable exclusivamente al empresario, el trabajador no pudo ni cumplir con su deber de prestar el trabajo convenido ni percibir los salarios debidos o convenidos. La declaración judicial ahora a examen cancela el estado de interrupción del contrato de trabajo, poniendo igualmente fin a la situación de *mora accipiendi* en que el empresario decidió instalarse por su sola voluntad, obligado ahora a abonar al trabajador los salarios que no le fueron satisfechos, entendida esta obligación como único cauce capaz de reconstruir la relación laboral.

Tradicionalmente, la legislación española ha concedido al empresario, en aquellos casos en los que en el trabajador improcedentemente despedido no concurre la condición de representante unitario o sindical, la posibilidad de optar entre una reparación *in natura* (readmisión) o el pago de una compensación económica (indemnización). Sin entrar a discutir, pues no es cuestión a debate en este proceso, la regularidad constitucional de esa regla legal, lo que me importa reiterar es que, hasta la aprobación de la ley impugnada (y de su precedente legislativo) y, salvo el breve lapso de tiempo de vigencia en este aspecto del Real Decreto Legislativo 5/2002, ambas modalidades de reparación llevaban aparejadas el abono de los salarios de tramitación, conformándose así al terminante mandato establecido en el art. 35.1

CE. En la nueva redacción aportada por la Ley 3/2012 a los artículos. 56.1 LET y 110.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, la elección del empresario en favor del cumplimiento de la obligación de dar, en lugar de la de hacer, deja caer los salarios de tramitación. Por este lado, pues, la ley, en este concreto supuesto de hecho y a pesar de la declaración judicial de inexistencia de justa causa de la conducta extintiva empresarial, no procede a reconstruir o restablecer, en términos constitucionalmente adecuados, la relación laboral interrumpida en toda su plenitud, ya que excluye el efecto remuneratorio que le resulta inherente a lo largo de su vigencia. Muy antes al contrario, los artículos ahora impugnados optan por dotar a dicho acto, con carácter retroactivo, de unos efectos extintivos que no integran aquella garantía de la deuda salarial. O, formulada la misma idea desde otro ángulo, estos pasajes legales privan a la vertiente individual del derecho al trabajo de su contenido esencial; esto es, de la consecuencia primera y esencial vinculada a un despido sin justa causa y entidad suficiente, consistente en la obligada reconstrucción de la relación laboral entre las fechas del cese del trabajador en su puesto de trabajo y de la declaración judicial de la improcedencia de ese cese. Por lo demás, me interesa dejar bien aclarado que la interpretación aquí sostenida no incide sobre las medidas que pueda adoptar el legislador respecto del tipo de reparación o tutela conferido al despido improcedente, medidas éstas que se activan en una secuencia lógica y cronológica, desde la doble perspectiva fáctica y jurídica, ulterior de, y distinta a, la que nace de la declaración por el órgano judicial de la no concurrencia de justa causa para dar por finalizada la relación laboral. Es esta declaración la que obliga constitucionalmente a reconstruir el contrato de trabajo interrumpido por voluntad del empresario, pudiendo el legislador optar, en modo alternativo o exclusivo, en la fase de ejecución de aquella declaración judicial, y como tuvo oportunidad de dejar sentado este Tribunal, por un doble sistema de tutela frente a la improcedencia del despido: la *restitutio in integrum* o tutela real y el pago

de un equivalente económico o tutela obligatoria (STC 55/1983, de 29 de junio, FJ 2).

6. Primero. La parte recurrente impugna, con fundamento en los arts. 14 y 9.3 CE, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 3/2012, que añade en el ET una nueva Disposición Adicional, la vigésimo primera, por la que se excluye, salvo supuestos muy residuales, la aplicación del art. 47 LET, en las Administraciones públicas y en las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos.

Segundo. La Sentencia de la mayoría rechaza la denuncia de vulneración del art. 14 CE haciendo suya la argumentación formulada por el Abogado del Estado que, en resumen, manifiesta la inexistencia en este caso de un elemento válido de comparación. Ni el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas forma parte de un «grupo o categoría» homogénea respecto del personal sujeto a la legislación laboral ni, tampoco, el personal laboral del sector público administrativo y el del sector público empresarial se encardinan en estructuras semejantes, constituyendo, igualmente, grupos o categorías diferentes.

No es ésta, sin embargo, una tesis que pueda compartir en el marco de la reforma laboral de 2012, enjuiciado constitucionalmente. En efecto, resulta oportuno recordar que lo propio del juicio de igualdad —ha dicho este Tribunal de forma invariable y constante— es su carácter relacional. Como presupuestos obligados, requiere, de un lado, que en la medida normativa cuestionada se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables; es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (por todas, recientemente, STC 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 4). Sólo una vez verificado el curso de uno y otro presupuesto resultará procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma. Es esta la circunstancia que, a juicio de la mayoría y por la ra-

zón apuntada en el párrafo anterior, no concurre en el presente recurso.

Esta inteligencia olvida, como no pocas veces ocurre en el juicio relacional referido, que dicha condición subjetiva de la comparación (esto es, que las situaciones sean homogéneas o equiparables) nada tiene que ver con una suerte de identidad entre los colectivos a contraste. Como es obvio, un esquema de coincidencia plena o total identificación, frente a otro de confluencia, similitud u homogeneidad de las situaciones de hecho, supondría vaciar de sentido un derecho de fundamento y conformación relacional (o bien, alternativamente, constreñirlo a una tutela *ad intra* —entre los sujetos pertenecientes a un mismocolectivo—, algo similar a lo que expuse, aunque no a efectos restrictivos sino expansivos de la tutela y a tenor de la particular situación que allí se enjuiciaba, en mi voto particular a la STC 173/2013, de 10 de octubre, en un supuesto de tutela antidiscriminatoria). La exigencia de aquella identidad entre las situaciones de hecho reguladas carece de coherencia en términos lógicos, al tratarse de un derecho de caracterización relacional, dando lugar a una injustificada exclusión de la cobertura constitucional cuando, en razón de su homogeneidad, como sucede en esta ocasión, los colectivos comparados merezcan igualdad de trato normativo.

Aquella noción profundamente formalista del elemento relacional, lamentablemente, se ha impuesto en la presente Sentencia. La mayoría desconoce o da de lado que el principio de igualdad impide que entre colectivos en una situación equiparable u homogénea se sostenga la diferencia de trato normativo en circunstancias que o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad. Dicho examen, que era obligado en este recurso, se ha quedado en el camino argumental, oculto tras el socorrido velo formalista de confundir colectivos distintos y colectivos no comparables ex art. 14 CE.

En mi opinión, en cambio, estando en juego el alcance del régimen jurídico impugnado y sus

efectos sobre sujetos indistintamente vinculados por una relación de naturaleza laboral, concurre válidamente el término de comparación alegado por la parte recurrente. En consecuencia, y como dijera, entre otras resoluciones, la STC 112/2006, de 5 abril, FJ 5, con vistas a poder introducir diferencias normativas ha de existir una suficiente justificación de tal diferencia, debiendo aparecer como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. Y ni justificación ni explicación alguna del diferente trato advierto en la norma, como tampoco respuesta a ese hecho en la Sentencia de la que discrepo.

En efecto, la reforma laboral a examen no ha dudado, de un lado, en aplicar al personal laboral objeto de consideración la posibilidad de medidas extintivas de sus contratos ex art. 51 LET y, de otro, en excluir a ese mismo personal la posibilidad de aplicación de medidas de flexibilidad interna, al estilo de las enunciadas en el art. 47 LET. La exclusión de este último no deja de llamar la atención, pues toda la razón de ser de la citada reforma —al menos la confesada, otra cosa es que el resultado alcanzado no resulte convergente— fue explicada, primero por el Gobierno en el Real Decreto-ley 3/2012 y, más tarde por el legislador en la Ley 3/2012, en clave de atribución de una resuelta prioridad o fomento de las medidas menos traumáticas, articuladas mediante el establecimiento de vías flexibles para la gestión de la mano de obra, en lugar de las más extremas de supresión de empleos. En tal sentido y precisamente, las reformas del último trienio han ido en la línea de favorecer, mediante diferentes incentivos, el recurso al art. 47 LET —como, por ejemplo, los expedientes de regulación de empleo suspensivos o de reducción de la jornada, y consideración en situación de desempleo durante ese tiempo, o incluso desempleo a tiempo parcial—, en detrimento del art. 51 LET.

Apartándose de esta lógica, la disposición adicional vigésima primera del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, excluye, sin matices y de forma absoluta, la aplicación del art. 47 a las Administraciones públicas, salvo el residual supuesto de que el ente público no inte-

gre sus ingresos a través de las transferencias públicas sino como «contrapartidas de operaciones realizadas en el mercado». No explica el legislador la razón de esta desigualdad de trato, limitativa de la flexibilidad interna, pese a que, a la inversa, dedica atención a explicar las razones de otras medidas para el empleo público, como las restricciones a las cláusulas de blindaje para el empleo directivo público. Una medida de tanta relevancia queda huérfana de aclaración; e, igualmente, queda privada de fundamento justificativo la desigualdad normativa que implica en el terreno de la flexibilidad interna, al no estar explicitadas las relaciones entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido.

Aunque el preámbulo de la ley impugnada no lo manifieste, no parece aventurado intentar ofrecer una explicación. En el recurso a las medidas de art. 47 LET, muy utilizado para los ajustes de empleo privado, los presupuestos de la Seguridad Social y del Estado asumen una parte del coste de esos ajustes, a través del pago de las prestaciones por desempleo que abona el Servicio Público de Empleo Estatal. Por este lado, no resulta arriesgado afirmar que la finalidad básica de la regulación legal objeto de impugnación trae causa en la decisión de eludir el posible incremento del déficit de la Seguridad Social y del presupuesto público, presumiendo así un uso masivo, en el sector excluido, de estas medidas de flexibilidad. Ahora bien, enunciar, aunque sea tentativamente, una explicación no supone justificar válidamente la decisión en el plano jurídico. Al contrario, un motivo puramente económico no podría llevar a un tratamiento desigual a situaciones análogas en las que concurren factores que, ex art. 14 CE, obliguen o a un trato igual o demanden, de otro modo, una explicación objetiva, racional y proporcionada de la diferencia normativa. Y nada de ello se detecta en este caso: debe tenerse en cuenta que se trata de una protección social de naturaleza contributiva y, por lo tanto, de un derecho de los trabajadores, de todos ellos, por cuanto, a diferencia de los funcionarios públicos, estos contratos comportan el deber de cotizar por parte de los empleadores públicos.

Un régimen jurídico de seguridad social análogo no se traduce así en una protección en el ámbito laboral equivalente, sino que, al contrario, se excluye de raíz. Es éste un tratamiento peyorativo, sin base ni fundamento objetivo y proporcionado declarado, que quebrante el imperativo del art. 14 CE.

Tercero. Más allá de las razones expuestas, que articulan el juicio de igualdad y me llevan a la conclusión descrita, la ausencia completa de explicación legislativa al trato peyorativo cuestionado enlaza adicionalmente con el art. 9.3 CE.

El canon de constitucionalidad en lo relativo a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) se concreta en dos aspectos esenciales, que perfilan *ad extra* y *ad intra* nuestra verificación. En el primero, es preciso tener en cuenta que el control de la constitucional de las leyes debe ejercerse por este Tribunal de forma que no se impongan constricciones indebidas al poder legislativo y se respeten sus legítimas opciones políticas, de modo que el Tribunal Constitucional ha de observar un exquisito cuidado para mantenerse dentro de los límites del control del legislador democrático, cuidado que debe esmerarse aún más cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad. En el segundo, que constituye propiamente el control material que efectuamos, el análisis nos conduce a examinar si el precepto de que se trate establece una discriminación. Y la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también supondría una arbitrariedad, no resultando pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (por todas, STC 18/2012, de 15 de febrero, FJ 10 y las allí citadas).

En la apreciación de lo que sea una explicación racional se han invocado muy diferentes factores en los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional. Pienso que en no pocas ocasiones el canon del art. 9.3 CE, en la vertiente dicha, queda diluido en un control meramente formal. No sólo por cuanto la proporcionalidad queda

por completo excluida de aquel canon, sino, sobre todo, por las siguientes y combinadas razones: porque se entremezcla muchas veces la existencia de una finalidad legítima en la norma con la existencia de una explicación racional del precepto impugnado; porque no se enjuicia la constitucionalidad del fin de la norma o la medida normativa cuestionada; no se ensayan juicios de correspondencia entre el precepto y su finalidad declarada (de correspondencia objetiva, digo, no de oportunidad política, como es obvio), esto es si el contenido normativo se corresponde objetivamente con el fin declarado y, menos aún, y, en fin, se precisan distintos grados de intensidad en la racionalidad de la medida en función de sus efectos sobre otras previsiones constitucionales o derechos constitucionalmente consagrados.

Sin necesidad de insistir en estas últimas reflexiones o, lo que es igual, limitándome a formular mi juicio a partir del estrecho canon que se ha establecido en nuestra doctrina, mucho menos

intenso que este otro que he enunciado, constituye una abierta y frontal lesión del art. 9.3 CE la total ausencia de justificación racional respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 3/2012, que añade en el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores una nueva disposición adicional, la vigésimo primera, por la que se excluye, salvo supuestos muy residuales, la aplicación del art. 47 LET en las Administraciones públicas y en las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos.

Cuarto. Por la doble y acumulada razón expuesta, la disposición adicional vigésima primera del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, debió de ser declarada inconstitucional y nula.

Y en tal sentido emito este Voto particular.

Madrid, a veintidós de enero de dos mil quince.-
Fernando Valdés Dal-Ré.-Adela Asua Batarrita.-
Luis Ignacio Ortega Álvarez.-Firmado y rubricado.