

DOSSIER DE

Jurisprudencia

Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS

Emilio Cortés Bechiarelli
(Director)



Luz María García García
Rosario de Vicente Martínez
M^a Isabel Candelario
Gemma Fabregat Monfort
José Ángel Oreiro Romar



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizabal



tirant
lo blanch



DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 9
Sentencias de especial relevancia TC y TS

LUZ MARÍA GARCÍA GARCÍA
ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ
M^a ISABEL CANDELARIO
GEMMA FABREGAT MONFORT
JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR



Cátedra de Derechos Humanos

Manuel de Lardizabal



Santander

tirant lo blanch

Valencia, 2016

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: 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.....	25
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ...	93
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social.....	113
Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional	122

CIVIL

LUZ MARÍA GARCÍA GARCÍA

Abogada

(Tol 5571265)

Cabecera: Usura. Anulación de crédito personal «revolving» concedido a un consumidor. Carácter usurario. Artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura. Nulidad intereses remuneratorios abusivo consumidor particular tarjeta crédito. Revolving tarjeta de crédito. Nulidad contrato préstamo usura. Préstamo personal interés remuneratorios usurario. Cesión de créditos cláusulas abusiva intereses remuneratorios. Oposición medidas de protección menor falta de prueba. Nulidad de interés demora de consumo. Intereses usurarios. Prescripción deudas a los 5 años resoluciones 2015 préstamo entre particulares

Jurisdicción: Civil

Ponente: Rafael Sarazá Jimena

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 25/11/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Número Sentencia: 628/2015

Número Recurso: 2341/2013

Supuesto de hecho: El Tribunal Supremo anula por usurario un préstamo al consumo al 24% de interés. Además de calificar el interés estipulado como notablemente superior al normal del dinero, la Sala cree que fue además manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso

RESUMEN:

El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha anulado por «usurario» el crédito de un banco a un consumidor a un interés del 24,6 por ciento. El alto tribunal, en sentencia de la que sido ponente el magistrado Rafael Sarazá, ha estimado el recurso de casación del particular afectado y rechaza la demanda que interpuso contra él el Banco Sygma Hispania, para que le pagase 12.269 euros más intereses por deudas del crédito. Tanto un Juzgado de Cerdanyola del Vallés como la Audiencia de Barcelona dieron la razón al banco y condenaron al consumidor a pagarle esas cantidades.

El Supremo, sin embargo, da la razón al cliente y anula la operación de crédito denominada «revolving» (asimilable a un préstamo personal al consumo), por cuanto incurre en los dos requisitos impuestos en la Ley de Represión de la Usura para ser tachada de «usuraria», ya que el interés fijado era de más del doble del interés medio de los créditos cuando se firmó el contrato.

Dicha Ley de 1908, aún vigente, establece que «será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino». El afectado firmó en 2001 un contrato de «préstamo personal revolving Mediatis Banco Sygma», consistente en un crédito que le permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o el uso de una tarjeta del banco hasta un límite de 3.000 euros. El interés remuneratorio fijado era del 24,6 por ciento TAE, y el de demora, el resultante de incrementar el remuneratorio en 4,5 puntos. El cliente dispuso de 25.634 euros del crédito concedido, que devengaron 18.568 euros de intereses, por lo que aunque había pagado al banco 31.932 euros le eran reclamados otros 12.269.

Además de calificar el interés estipulado como notablemente superior al normal del dinero, el Supremo cree que fue además manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso. En ese sentido, expone que en una operación de financiación del consumo como la analizada no puede justificarse un interés tan excesivo «sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico».

La consecuencia es que el crédito fue nulo y debe rechazarse la demanda del banco. La Ley contra la Usura prevé que en casos de nulidad de los contratos el cliente sólo debe devolver al banco la suma recibida, y en este caso el particular superó esa cantidad.

COMENTARIO

I. ANTECEDENTES (OBJETO DEL PROCESO, TIPO DE RECURSO, PARTES Y SALA)

1. Hechos

El 29 de junio de 2001, una persona física contrató con la entidad «Banco Sygma Hispania, sucursal en España» un préstamo personal denominado «revolving Mediatis Banco Sygma», por el que se permitía al cliente efectuar

disposiciones por medio de llamadas telefónicas a la entidad para que se realizaran ingresos en su cuenta bancaria o mediante el uso de una tarjeta de crédito para la disposición de efectivo en cajeros expedida por la misma entidad, hasta un límite máximo de 500.000 ptas. (3005,06 euros) que podía ser modificado por el prestamista.

En el contrato se pactaba un interés remuneratorio del 22,2%, 24,6% TAE y un interés de demora o moratorio consistente de incrementar el remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales.

El prestatario, tras una primera disposición de 1.803,04 euros, estuvo durante varios años haciendo disposiciones a cargo del crédito hasta un total de 25.634,05 euros, rebasando con creces el límite inicialmente fijado.

El «Banco Sygma» mensualmente le realizaba el cargo de una cuota, que fue incrementándose a medida que aumentaba el saldo dispuesto del crédito. Además, se le efectuaban cargos adicionales y periódicos por intereses y «prima de seguro», así como comisiones de disposición de efectivo por cajero y emisión y mantenimiento de la tarjeta de crédito.

En el año 2009 el prestatario comenzó a devolver impagadas las cuotas mensuales que le iban siendo giradas, devengándose en consecuencia comisiones por impago e intereses de demora.

A la fecha de la presentación de la demanda, el prestatario había pagado al «Banco Sygma» 31.932,98 euros de los 44.202,38 euros que debía en concepto de intereses remuneratorios y moratorios, comisiones y gastos.

2. Íter procesal

Ante el impago del prestatario, en el año 2001 el «Banco Sygma» interpone frente al mismo demanda en reclamación de cantidad por importe de 12.269,40 euros a que ascendía el total adeudado, cantidad que comprendía tanto el saldo de la cuenta de crédito como los intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito pendientes de pago. La demanda dio lugar a los autos de juicio ordinario nº 664/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Cerdanyola del Vallés.

Dado traslado de la demanda al prestatario, éste se opuso a la pretensión formulada alegando el carácter abusivo y usurario de los intereses remuneratorios y de demora previstos en el contrato e instando su nulidad.

El Juzgado dictó Sentencia el 13 de enero de 2012 estimando íntegramente la demanda y condenando al demandado al pago de la cantidad reclamada así como de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y las costas.

Interpuesto recurso de apelación por el prestatario, insistiendo en el carácter abusivo y usurario de los intereses pactados, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) dictó Sentencia el 6 de septiembre de 2013 (Tol 4008206) desestimando el recurso interpuesto y confirmando la dictada en la Instancia en todos sus extremos.

El prestatario acude entonces en casación basándose en dos motivos: 1/ carácter usurario de la operación crediticia por el tipo de interés remuneratorio fijado (*«Infracción por aplicación indebida del art. 1, pfo. 1º inciso 1º de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura»*), y 2/ carácter abusivo del interés de demora.

Admitido el recurso, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) dicta Sentencia el 25 de noviembre de 2015 (Tol 5571265) casando la Sentencia de la Audiencia y, estimando el carácter usurario de los intereses remuneratorios, declara la nulidad del contrato de crédito (por lo que no entra a conocer el segundo de los motivos invocados, la abusividad de los intereses de demora).

II. DISPUTA JURÍDICA

La cuestión jurídica debatida se centra, en este caso, en determinar si un interés remuneratorio del 22,2%, 24,6% TAE, puede ser considerado usurario teniendo en cuenta que superaba el doble del interés medio de los créditos al consumo y suponía más del cuádruplo del interés legal del dinero en la fecha en que se concertó el contrato, como defendía el prestatario.

La Audiencia Provincial, de la misma manera que el Juzgado de Primera Instancia, después de descartar que sobre el interés remuneratorio pudiera hacerse un control de abusividad por tratarse de un elemento esencial del contrato, con base en la Ley de Represión de la Usura (en adelante, LRU) entendió que no se estaba ante un crédito usurario pues el tipo de interés pactado no podía considerarse «excesivo»; concretamente dice: *«Desde luego, la calificación como usurarios de unos intereses remuneratorios no puede hacerse derivar de la proporción que guarden con el interés legal del dinero. Como ha razonado en anteriores ocasiones esta propia sala, a tales fines un primer filtro sería el resultante de su comparación con el “precio normal del dinero” en los créditos/préstamos de consumo cuando se concertó la operación. Y, a falta de otros datos, tal criterio **no permite tachar de excesivo el interés remuneratorio que aquí nos ocupa (22’2%, TAE 24’6%) que apenas supera el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo en la época (año 2001), cifrado en el 12’24% y en el 13’49% para***

bancos y cajas, respectivamente, según los datos estadísticos que publica el Banco de España».

Entra después a valorar la «abusividad» de los intereses de demora con base en la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación para igualmente descartarla al no apreciar que guardase desproporción con los intereses remuneratorios pactados (cuestión en la que no entra posteriormente el Tribunal Supremo, pues la estimación del primera motivo hacía su estudio innecesario).

El Tribunal Supremo no comparte la valoración realizada por las dos instancias previas y revoca la Sentencia recurrida, sentando una doctrina que, como luego veremos, sería deseable fuera mantenida hasta convertirse en consolidada.

III. DECISIÓN Y FUNDAMENTOS USADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

1. Argumentos usados por el Tribunal

El Tribunal Supremo declara la nulidad del contrato de crédito por usuario por aplicación de la LRU con base en los siguientes argumentos:

1) En primer lugar (y al igual que hizo la Audiencia), entendiendo que el interés remuneratorio es un elemento esencial del contrato, descarta que sobre el tipo pactado del mismo se pueda hacer un control de «abusividad» con amparo en la normativa de las condiciones generales de la contratación.

2) Declara la aplicabilidad de la LRU a contratos aunque no puedan ser calificados estrictamente como «préstamos».

3) Analizando los requisitos que deben concurrir en un préstamo para que pueda considerarse usuario, estima que basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 LRU, esto es, «*que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*», sin que sea necesario que además haya sido aceptado por el prestatario «*a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*», pasando a continuación a examinar la concurrencia en el caso concreto de cada uno de estos requisitos.

4) En relación al tipo de interés que ha de ser objeto de valoración, señala que «*el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración*

cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados».

5) Y añade que el interés con el que ha de realizarse la comparación no es el legal del dinero, sino el «normal del dinero» entendiendo por tal el habitual del mercado para ese tipo de operaciones financieras o similares para cuyo conocimiento *«puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas».*

6) Precisa además que de la comparación de un interés y otro (el fijado en el contrato y el «normal del dinero») debe concluirse no que el pactado era «excesivo», como hace la Audiencia Provincial, sino que basta que sea «notablemente superior» al normal del dinero. Consecuencia de ello, y tras comparar el interés remuneratorio TAE fijado en el contrato de crédito con los tipos de interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo a la fecha de celebración del contrato conforme a las estadísticas del Banco de España, estima que una diferencia entre uno y otro de más de el doble sí es de tal envergadura como para concluir que es «notablemente superior» al normal del dinero.

7) Por lo que se refiere al segundo requisito, esto es, que el interés remuneratorio sea *«manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso»*, precisa qué circunstancias excepcionales pueden llegar a justificar la estipulación de un interés anormalmente alto aludiendo al «riesgo de la operación» (*«Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal»*) y a las «menores garantías concertadas».

8) El Tribunal Supremo descarta radicalmente, sin embargo, que el alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario pueda considerarse como una circunstancia justificativa de la imposición de tan alto tipo de interés; razona: *«por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico».*

9) Por último, la Sentencia que analizamos contiene una regla sobre la distribución de la carga de la prueba: será la entidad financiera quien haya

de acreditar qué circunstancias concretas concurren en el caso que justifiquen la imposición de un tipo de interés «notablemente superior al normal del dinero». En defecto de dicha prueba (como ocurría en el supuesto de autos), se entenderá que el tipo de interés pactado es «desproporcionado» con las circunstancias «normales» del caso y dará lugar a la nulidad, como falla la Sentencia.

2. Fallo

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal declara que el contrato de crédito «revolving» que examinaba era usurario por haberse estipulado un interés notablemente superior al del dinero sin que se hubiese acreditado que concurría ninguna circunstancia jurídicamente atendible que hubiera podido justificar un interés tan notablemente elevado.

En consecuencia declara su nulidad, y el prestatario estaría obligado únicamente a devolver la suma recibida en concepto de préstamo, sin intereses. Sin embargo, en el caso concreto el prestatario-demandado ya había abonado al Banco Sygma una cantidad superior a la recibida (lo que motivó la íntegra desestimación de la demanda inicial), pero al no haber formulado reconvencción solicitando la devolución del exceso, el Tribunal no pudo ordenar su devolución.

IV. COMENTARIO

1. Sobre la compatibilidad de la LRU con la normativa sobre protección de consumidores y el control de «abusividad» de los intereses remuneratorios

La Sentencia comienza señalando que la normativa sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores no permite el control del posible carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio pactado. Con ello se sigue una reiterada y uniforme línea jurisprudencial, contenida entre otras en las SSTs 18 junio 2012 (*Tol 2652597*), 22 abril (*Tol 4952038*) y 8 septiembre 2015 (*Tol 5438985*), que pone de relieve la compatibilidad de la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (así como del actual Texto Refundido aprobado por RD 1/2007), con la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura para salvaguardar la legalidad de los intereses fijados en un contrato de préstamo, partiendo de que ambas normativas tie-

nen distinto ámbito de control. El parámetro diferenciador de uno y otro es si el interés que se somete a valoración constituye o no un elemento esencial del contrato, pues el control de contenido se extiende a los derechos y obligaciones de las partes pero no a los elementos esenciales del contrato: así, dado que se entiende que los intereses remuneratorios forman parte del precio, se configuran como un elemento esencial del contrato excluido por tanto de la posibilidad de control de abusividad sobre su contenido o tipo (que sí sería posible, en cambio, respecto de los intereses de demora o moratorios).

A esta conclusión se llega por interpretación —aparentemente forzada— de la «transposición» del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, conforme al cual *«La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*. Pues bien, el TS entiende transpuesta esta prohibición con la modificación de la redacción del anterior art. 10.1.c) de la LGDCU en el siguiente art. 10 bis 1 —hoy art. 82.1 TRLCU—, introduciendo la expresión *«desequilibrio importante de los derechos y obligaciones»* en lugar de *«justo equilibrio de las contraprestaciones»*, y de ahí deriva la imposibilidad del control de abusividad de los elementos esenciales del contrato y, como tal, de los intereses remuneratorios.

Lo cierto es que este precepto no ha sido transpuesto expresamente al ordenamiento jurídico español (opción posible puesto que se trataba de una Directiva de mínimos), por lo que la prohibición de control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato carece de refrendo legal expreso en nuestro país.

Es más, la STJUE 3 junio 2010 (*Tol 2164226*) (analizando precisamente la falta de incorporación del art. 4.2 Dir. 93/13/CEE al Derecho español), tras sentar que la no transposición implica un mayor grado de protección del consumidor no vetado por la propia Directiva —que era de mínimos—, entiende que con su omisión se permite el control del contenido también de los elementos esenciales del contrato: *«Los órganos jurisdiccionales nacionales —dice esta sentencia— pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible»*.

Esta doctrina ha sido aplicada por el TS en varias ocasiones para valorar la abusividad, por ejemplo, del precio de viaje en el contrato de transporte [STS 12 diciembre 2011 (*ToI 2367453*)] o de la «cláusula de redondeo al alza» del tipo de interés [SSTS 2 marzo 2011 (*ToI 2067091*) y 29 diciembre 2010 (*ToI 2031067*)]. Como dice esta última, «Por lo demás, la innecesidad de un pronunciamiento específico en el caso resulta, por un lado, de que la Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2.010, núm. 663, declaró abusivas para los consumidores las “fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto”, con base en los artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y por otro lado, de que **resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 —C 484/08— ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida**».

Sin embargo, cuando se trata de valorar el carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio pactado, la jurisprudencia del TS elude la aplicación de la doctrina del TJUE e insiste en la imposibilidad de controlar el contenido de los elementos esenciales del contrato provocando la aplicación de la LRU, con los problemas de interpretación y disparidad de criterios que veremos a continuación.

La sentencia que analizamos sigue en esta línea, desperdiciando la oportunidad de inaugurar una nueva línea de interpretación jurisprudencial al amparo de la STJUE 3 junio 2010 conforme a la cual las cláusulas en que se pacten intereses remuneratorios abusivos pudieran ser objeto de control de abusividad, que podría ser realizado de oficio —STJUE 14 junio 2012 (*ToI 2557694*)— incluso en el procedimiento monitorio (donde en cambio no se puede hacer valer la nulidad del contrato ex LRU).

Descartada la aplicación de las normas protectoras de los consumidores y usuarios, queda por acudir a los controles generales del art. 1255 CC (ley imperativa, moral y orden público), y como control específico, el control de la Ley de Represión de la Usura de 1908, o «Ley Azcárate», que se declara aplicable a pesar de encontrarse ante un contrato de crédito que, por sus especialidades, no podía ser calificado estrictamente como de préstamo, acu-

diendo al amplio ámbito de aplicación de la LRU que se define en su propio art. 9 («*Lo dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido*»). Se «generaliza», por así decirlo, la aplicación de la LRU a todo supuesto en que haya un préstamo de dinero al consumidor (descuentos bancarios de letras de cambio, pólizas de crédito, préstamos hipotecarios, contratos de crédito encubiertos bajo otra forma jurídica...) y sea cuál sea la forma en que se instrumente (tarjeta de crédito).

2. Sobre los requisitos que deben concurrir en un préstamo para que pueda considerarse usuario y la «objetivación» de la usura

Interpretando el art. 1 LRU, la Sentencia es contundente a la hora de determinar los requisitos que deben concurrir en un préstamo para que pueda ser considerado usurario. Dice: *«basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la ley, esto es, “que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija “que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”»*.

Así, el control del crédito se ejerce de un modo objetivo sobre la nota de proporcionalidad con el interés normal del dinero y las circunstancias del caso, prescindiendo de la valoración subjetiva o de la validez del consentimiento prestado por el prestatario en que se concreta su situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades mentales.

Con ello acoge expresamente la clásica distinción según la cual el pfo. 1º del art. 1 LRU recoge dos tipos de préstamos usuarios:

- el «usurario» en sentido estricto en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso (inciso 1º),
- y aquellos otros en los que el préstamo se concierta en condiciones tales que resulte «leonino» en el sentido de haber sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales (inciso 2º).

Siendo cierto que con esta interpretación se vuelve a la línea jurisprudencial que, a partir de los años 40, retomó la interpretación inicial del precepto para exigir la concurrencia únicamente de los requisitos «obje-

tivos» y prescindir del «subjetivo» para calificar un préstamo de usurario, no se puede obviar la flagrante disparidad de criterios al respecto en la jurisprudencia posterior, donde son numerosos los ejemplos de sentencias que continúan refiriéndose y valorando la «situación angustiosa» que llevó al prestatario a la contratación del crédito; a modo de ejemplo basta citar la STS 23 noviembre 2009 (Tol 1748200) («Cierto que el Banco acreedor obtuvo un beneficio con la prestación de la garantía bancaria, pero ello no cabe calificarlo de leonino, o aprovechamiento de situación angustiosa (...) al no haber estimado que el hecho de encontrarse una sociedad en suspensión de pagos o próxima a ello es causa suficiente para acreditar la situación angustiosa, todo ello de acuerdo con la Jurisprudencia existente al respecto»), las SSTs 1 febrero 2002 (Tol 134898) y 9 julio 1993 (Tol 1663455) y la SAP Barcelona 22 julio 2013 (Tol 4001281), que se cita precisamente por resolver sobre la nulidad de un crédito «revolving» idéntico al que aquí analizamos («Por último, las circunstancias personales de la prestataria y de su cónyuge que se contienen en el contrato, personas mayores sin actividad laboral (pensionista en el caso del cónyuge), así como el hecho de que la disposición de efectivo se posibilitara mediante mecanismos que, por su inmediatez y carencia de soporte escrito para cada una de las concretas disposiciones, más que resultar cómodos —como mantiene la resolución recurrida—, a nuestro juicio impedían que los prestatarios tomaran real conciencia de los riesgos que entrañaban sus actuaciones, permiten colegir que los mismos aceptaron las condiciones predispuestas por la entidad financiera movidos por su inexperiencia y en situación de necesidad»).

El problema radica además que la STS que comentamos, en apoyo de su tesis, cita una jurisprudencia que dista mucho de tener el sentido que se le da. Sin ir más lejos, la Sentencia de 18 de junio 2012 (Tol 2652597), si bien se refiere efectivamente a la «unidad de régimen de la ley de represión de la usura», no lo hace —como se pretende— para determinar el alcance de la ineficacia a que da lugar el préstamo usurario, sino para afirmar expresamente la inexistencia de distintos tipos o regímenes de usura y por tanto exigir la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que enumera el art. 1 LRU: «Sentada la anterior conceptualización, debe rechazarse la alegación que realiza la parte recurrente en orden a una pretendida diferenciación en la ley de represión de la usura de distintos tipos o regímenes de usura, ya sea distinguiendo contratos usurarios, leoninos o falsificados, o bien otra suerte de clasificación y de régimen diferenciado. (...) En este sentido, y aunque la noción de usura se refiera etimológicamente al plano de los intereses, el control se proyecta sobre la relación negocial considerada en su unidad contractual, de forma que, sobre la noción de lesión o perjuicio de una de las partes, el control

se proyecta de un modo objetivo u objetivable a través de las notas del “interés notablemente superior al normal del dinero” y de su carácter de “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, para extenderse, a continuación, al plano subjetivo de la valoración de la validez del consentimiento prestado concretado alternativamente a la situación angustiosa del prestatario, a su inexperiencia o a la limitación de sus facultades mentales».

Ahora bien, si se trata de una reinterpretación de la norma, bienvenida sea; máxime si con ella se inaugura una más uniforme delimitación jurisprudencial de los requisitos exigidos para que un préstamo pueda ser considerado usurario.

3. Sobre la comparación del interés remuneratorio con el «normal del dinero»

La STS precisa los dos términos de la comparación que ha de realizarse para determinar cuándo el interés pactado es superior al normal del dinero, es decir, cuál es el tipo de interés del contrato que ha de ser valorado y con qué otro interés ha de compararse.

Respecto del porcentaje que debe tomarse en consideración para determinar la usura, dice que es el interés remuneratorio pero no al tipo nominal pactado sino a la tasa anual equivalente (TAE). Para justificar esta interpretación invoca el art. 315 pfo 2º del Código de Comercio, conforme al cual *«se reputa interés toda prestación pactada a favor del acreedor»*, definición que coincide con la que da de la TAE el art. 6 de la Ley de Crédito al Consumo *«coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido más los costes»* —no todos, únicamente los señalados en su art. 32.2—).

Esta regla, por tanto, no sólo encuentra refrendo legal, sino que finalísticamente puede considerarse más acertada al evitar que se pueda eludir el carácter usurario de un crédito imponiendo tipos similares a los del mercado pero elevando notablemente los gastos que ha de asumir el consumidor.

Jurisprudencialmente supone un vuelco radical en la postura del Tribunal Supremo, que hasta entonces había entendido que la comparación debía efectuarse exclusivamente sobre el interés nominal pactado, excluyendo expresamente la valoración de la TAE (STS 7 marzo 1998 *(Tol 12953)*): *«Aunque tales gastos y comisiones son tenidos en cuenta para fijar la Tasa Anual Equivalente (T.A.E.), esta Tasa representa el coste total, porcentualmente establecido, de la operación bancaria, no la retribución del dinero puesto a disposición del cliente, es decir, el interés, y así lo declaró esta Sala en sentencia de 18 de febrero de 1991 según la cual desde luego, las demás partidas contabilizadas*

por “comisiones”, “I.T.E”, “gest. not.” y “correo” no pueden equipararse al concepto de interés»); tipo de interés que sin embargo ya venía siendo utilizado en ocasiones por la jurisprudencia menor (p. ej. SSAP Navarra 21 marzo 2013 (Tol 3916079)).

Por lo que se refiere al interés de referencia que determina la validez o no del interés remuneratorio pactado, el art. 1 LRU alude al «interés normal del dinero». La Sentencia parte de la aclaración de que el término no se refiere al «interés legal»; la premisa podría considerarse superflua por reiterativa si no fuera porque en algunas ocasiones el interés legal sigue siendo el tipo de interés con el que se compara el pactado para su calificación de usuario. Así lo hacen por ejemplo las SSAP Asturias 3 mayo 2005 (Tol 634800) y 25 enero 2012 (Tol 2440551), y la SAP Barcelona 22 julio 2013 (Tol 4001281) precisamente para valorar el carácter usurario de un crédito «revolving» idéntico al que aquí se analiza emitido por la misma entidad Banco Sygma, que fue declarado nulo por superar en 2,5 veces el interés legal vigente en el momento de su contratación: «Como indica la propia resolución recurrida, el interés legal del dinero en España estaba situado para el año 2001 en un 5,50%, y el de demora en un 7'50%; asimismo la sentencia de instancia admite que, de aplicarse analógicamente el parámetro contenido en la Ley de Crédito al Consumo —que limita los intereses de los descubiertos en cuenta corriente a 2'5 veces el interés legal vigente en el momento de su contratación— el máximo interés remuneratorio aplicable sería del 13,75 %, con lo que el tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato excedería en un 8'45 % el interés máximo permitido por dicha norma legal (...) el interés remuneratorio convenido rebasa el doble del interés legal del mercado para financiaciones a particulares y, desde luego, el límite fijado por la Ley de Crédito al consumo cuya aplicación analógica suscribimos».

A continuación, se precisa —parafraseando la STS 2 octubre 2001 (Tol 66078)— que por «interés normal del dinero» debe entenderse el interés «normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia», esto es, el tipo medio ordinario de operaciones de créditos al consumo en el momento de su contratación, sugiriendo que se acuda, para su determinación, a las estadísticas que publica el Banco de España a partir de la información que tienen obligación de facilitarle las entidades financieras sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones crediticias.

Acaba el análisis de este requisito especificando que, de la comparación del interés remuneratorio TAE con el tipo medio ordinario de operaciones de crédito al consumo, la conclusión ha de ser que el pactado es, simple-

mente, «notablemente superior», sin ser necesario que lo sea en tan alto grado como para ser calificado de excesivo.

Sienta entonces la regla de que si el interés pactado supera en más del doble el normal del dinero, debe ser considerado «notablemente superior» al mismo. Ya no se trata entonces de que el interés pactado sea del 20, 25 o 30%, sino de la proporción que guarde con el tipo de referencia.

Es una regla podríamos decir de «mínimos», por lo que el doble se considera «notablemente superior» pero no impide que posteriores resoluciones rebajen esa proporción.

4. Sobre la desproporción entre el interés remuneratorio y las circunstancias del caso

Por último, la Sentencia desarrolla qué ha de entenderse por tipo «manifestamente desproporcionado en relación con las circunstancias del caso».

Partiendo de la existencia de un tipo de interés remuneratorio notablemente superior al normal, dice que tales «circunstancias» son aquéllas que justificarían la imposición de un tipo tan elevado (y no las que hubieran llevado al consumidor a aceptarlo, pues, como hemos visto, se prescinde expresamente del elemento subjetivo o «situación angustiosa» o para valorar el carácter usurario de un préstamo) para relacionarlas, a continuación, con el «riesgo de la operación».

Sigue precisando aún más el concepto señalando que el «riesgo de la operación» no puede ser referido al riesgo genérico que esa operación suponga en el mercado o, lo que es lo mismo, al alto nivel de impagos derivado de operaciones de crédito al consumo concedidas sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario. En estos casos, dice, quien genera el riesgo por la «concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales» otorgando financiación sin necesidad de justificación previa de solvencia ni exigencia de garantía alguna, debe asumirlo, sin que pueda repercutirlo al consumidor mediante la imposición de tan elevados tipos de interés.

Por el contrario, vincula el «riesgo de la operación» al riesgo que asume el prestamista con esa operación en concreto, lo que habrá de valorarse en relación a la capacidad de pago del prestatario y al resto de las garantías personales (avales, fianza...) o reales (hipoteca) concertadas para asegurar la devolución de la cantidad prestada. De esta forma, la presencia de cualquier otra garantía excluiría la justificación de tipos elevados de interés (como ya se entendió, por ejemplo, en la STS 23 noviembre 2009 (Tol 1748200)).

Finaliza estableciendo una regla sobre la carga de la prueba de la concurrencia de estas circunstancias, que hace recaer en el prestamista, y que cobra especial relevancia en casos, precisamente, de ausencia de prueba, pues no acreditada por la entidad financiera la circunstancia alguna justificase la imposición de un elevado tipo de interés (riesgo de esa operación en atención a la capacidad de pago del prestatario para cumplir, en tiempo y forma, con el total de las obligaciones financieras asumidas, que debería haber analizado y documentado), el mismo se entenderá usurario.

La falta de estudio de la capacidad de pago del prestatario para evaluar el riesgo de la operación concreta (habitual en los créditos «rápidos» o «preconcedidos») no justifica, entonces, de por sí, la imposición de intereses notablemente superiores al interés común en las financiaciones de consumo.

5. Conclusiones

La relevancia de esta STS de 25 noviembre 2015 radica en que delimita con claridad, precisión y sin ambigüedades el régimen de aplicación del art. 1.1 de la LRU para la calificación de un préstamo como usurario.

Para ello, unas veces, consolida una interpretación que ya venía siendo habitual en los Tribunales, pero, las más, unifica los dispares criterios jurisprudenciales de interpretación de este precepto.

Esperemos que la vocación de esta Sentencia haya ido más lejos de resolver el caso concreto y responda a la finalidad de acabar con la falta de uniformidad que presidía la interpretación jurisprudencial de la «usura», caracterizada hasta hoy por un excesivo casuismo que, en no pocas ocasiones, restaba eficacia a la norma. El hecho de que haya sido aprobada por el Pleno de la Sala I del Tribunal Supremo da esperanzas para esperar que efectivamente vaya a ser así y se convierta en un auténtico precedente.

Por eso, a pesar de que pueda reprochársele no haber aprovechado la oportunidad de aplicar la interpretación que la STJUE 3 junio 2010 propone de la «no incorporación» al ordenamiento jurídico español del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y así extender el control de abusividad a los intereses remuneratorios, lo cierto es que no podemos dejar de celebrar su aprobación.

Sentencia nº 628/2015 de 25 de noviembre de 2015

ENCABEZAMIENTO:
TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

PLENO
Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán
SENTENCIA

Sentencia N.º: 628/2015

Fecha Sentencia: 25/11/2015

CASACIÓN

Recurso N.º: 2341 / 2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 28/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN N. 16

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Escrito por: ACS

CASACIÓN Num.: 2341/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Votación y Fallo: 28/10/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA N.º: 628/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

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. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Mateo, representado ante esta Sala por la procuradora D^a Everilda María del Carmen Camargo Sánchez y asistido por el letrado Don Mariano Andrés Sánchez, contra la sentencia núm. 450/2013, dictada el seis de septiembre de dos mil trece, por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 311/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 664/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Cerdanyola del Vallés, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida «Banco Sygma Hispania sucursal en España», representada ante esta Sala por el procurador D. Manuel Martínez

de Lejarza Ureña y asistido por el Letrado D. Antonio Ibáñez Gómez-Olmedo.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO.- El procurador D. Roser Llonch Trias, en nombre y representación de «Banco Sygma Hispania, sucursal en España», interpuso demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad, contra D. Mateo, en la que solicitaba se dictara sentencia

«[...] condenando al demandado a pagar al actor la suma de 12.269,4 euros como principal, más los intereses legales desde la interposición de la presente demanda, y todo ello con expresa condena de costas del procedimiento a la parte demandada.»

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 21 de julio de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Cerdanyola del Vallés y fue registrada con el núm. 664/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- La procuradora D^a Teresa Prat Ventura, en representación de D. Mateo, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora.»*

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Cerdanyola del Vallés, dictó sentencia núm 4/2012 de fecha trece de enero de dos mil doce, con la siguiente parte dispositiva: *«Fallo: Que debo estimar la demanda interpuesta por Banco Sygma Hispania Sucursal en España condenando al demandado Mateo al pago a la actora de la cantidad de 12.269,4 euros en concepto de principal, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.*

Que debo condenar al demandado Mateo al pago de las costas procesales.»

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Mateo. La representación de «Banco Sygma

Hispania, sucursal en España» impugnó el recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 311/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 450/2013 en fecha seis de septiembre de dos mil trece, cuya parte dispositiva dispone: «**FALLAMOS:** Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Mateo contra la sentencia dictada en fecha 13 de enero de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Cerdanyola del Vallés, confirmando íntegramente la misma, e imponiendo las costas de la alzada a la parte apelante».

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEXTO.- La procuradora D^a María Alarge Salvans, en representación de D. Mateo, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo primero, apartado primero, primer inciso de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la usura.

Segundo.- Se denuncia por aplicación indebida del artículo 10.bis de la Ley 26/1983, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, precepto redactado por la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación».

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha diez de junio de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Mateo, contra la sentencia dictada, en fecha 6 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), en el rollo de apelación

nº 311/2012 dimanante del juicio ordinario nº 664/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Cerdanyola del Vallés.

2º) Y entréguense copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

OCTAVO.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

NOVENO.- Por providencia de 7 de septiembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena**, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Antecedentes del caso.

1.- D. Mateo concertó el 29 de junio de 2001 con «Banco Sygma Hispania» (en lo sucesivo, Banco Sygma) un contrato de «préstamo personal revolving Mediatis Banco Sygma», consistente en un contrato de crédito que le permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por Banco Sygma, hasta un límite de 500.000 pesetas (3.005,06 euros), límite que, según se decía en el contrato, «podrá ser modificado por Banco Sygma Hispania». El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6% TAE, y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales.

Tras una disposición inicial de 1.803,04 euros, durante varios años el Sr. Mateo estuvo realizando disposiciones a cargo de dicho crédito, cuyo saldo deudor superó ampliamente el límite inicialmente fijado. Mensualmente se le realizaba el cargo de una cuota, cuya cuantía se fue incrementando paulatinamente a medida que el im-

porte de lo dispuesto aumentaba. También se le hacían cargos periódicos por intereses y «prima de seguro», así como comisiones de disposición de efectivo por cajero y emisión y mantenimiento de tarjeta. En el año 2009 comenzó a devolver impagadas las cuotas mensuales que le fueron giradas, lo que motivó el devengo de comisiones por impago e intereses de demora.

2.- En julio de 2011 Banco Sygma presentó demanda de juicio ordinario contra D. Mateo en reclamación de 12.269,40 euros, que comprendía, además del saldo de la cuenta de crédito, los intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito.

3.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que recurrió en apelación el demandado, rechazaron el carácter usurario de la operación de crédito, pues los intereses remuneratorios superaban apenas el doble del interés medio ordinario en las operaciones al consumo cuando se concertó el contrato. También rechazaron declarar abusivo el interés de demora, por considerar que el tipo previsto para el mismo no suponía un incremento excesivo respecto del fijado para los intereses remuneratorios en el contrato.

4.- El demandado ha interpuesto un recurso de casación basado en dos motivos, referidos, respectivamente, al carácter usurario de la operación crediticia por el tipo de interés remuneratorio fijado, y al carácter abusivo del interés de demora.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso.

1.- El primer motivo del recurso se inicia alegando: «*se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo primero, apartado primero, primer inciso de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura*».

2.- Las alegaciones que realiza el recurrente para fundamentar el motivo son, resumidamente, que el interés remuneratorio del 24,6% era superior incluso al doble del interés medio de los créditos al consumo en la fecha en que se concertó el contrato, y superaba en más de cuatro veces el interés legal del dinero. Asimismo, varias sentencias del Tribunal

Supremo habían considerado usurarios préstamos a tipos de interés más bajos.

El demandado había dispuesto en total de 25.634,05 euros del crédito concedido con base en el contrato concertado con Banco Sygma, que habían devengado 18.568,33 euros de intereses, por lo que aunque había pagado 31.932,98 euros a la demandante, le eran reclamados 12.269,40 euros.

Por ello, consideraba que debería considerarse pagado completamente el crédito.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Carácter usurario del crédito «revolving» concedido al consumidor demandado.

1.- Se plantea en el recurso la cuestión del carácter usurario de un «crédito revolving» concedido por una entidad financiera a un consumidor a un tipo de interés remuneratorio del 24,6% TAE. El recurrente invoca como infringido el primer párrafo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura, que establece: «*[S]erá nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*».

Aunque en el caso objeto del recurso no se trataba propiamente de un contrato de préstamo, sino de un crédito del que el consumidor podía disponer mediante llamadas telefónicas, para que se realizaran ingresos en su cuenta bancaria, o mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera, le es de aplicación dicha ley, y en concreto su art. 1, puesto que el art. 9 establece: «*[L]o dispuesto por esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido*».

La flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y eco-

nómicas. En el caso objeto del recurso, la citada normativa ha de ser aplicada a una operación crediticia que, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo.

2.- El art. 315 del Código de Comercio establece el principio de libertad de la tasa de interés, que en el ámbito reglamentario desarrollaron la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, vigente cuando se concertó el contrato entre las partes, y actualmente el art. 4.1 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable.

En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito «sustancialmente equivalente» al préstamo. Así lo ha declarado esta Sala en anteriores sentencias, como las núm. 406/2012, de 18 de junio, 113/2013, de 22 de febrero, y 677/2014, de 2 de diciembre.

3.- A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta Sala volvió a la línea ju-

risprudencial inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley de Represión de la Usura, en el sentido de no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art.

1 de la ley. Por tanto, y en lo que al caso objeto del recurso interesa, para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la ley, esto es, «*que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*», sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija «*que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*».

Cuando en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, y 677/2014 de 2 de diciembre, exponíamos los criterios de «unidad» y «sistematización» que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la Ley.

4.- El recurrente considera que el crédito «revolving» que le fue concedido por Banco Sygma entra dentro de la previsión del primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura en cuanto que establece un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado en relación con las circunstancias del caso.

La Sala considera que la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura por cuanto que la operación de crédito litigiosa debe considerarse usuraria, pues concurren los dos requisitos legales mencionados.

El interés remuneratorio estipulado fue del 24,6% TAE. Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predefinidos. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia.

El interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés «normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia» (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre). Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas

de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada. En el supuesto objeto del recurso, la sentencia recurrida fijó como hecho acreditado que el interés del 24,6% TAE apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, lo que, considera, no puede tacharse de excesivo. La cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como «notablemente superior al normal del dinero».

5.- Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. La entidad financiera que concedió el crédito «revolving» no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo,

está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal.

Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

6.- Lo expuesto determina que se haya producido una infracción del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, al no haber considerado usurario el crédito «revolving» en el que se estipuló un interés notablemente superior al normal del dinero en la fecha en que fue concertado el contrato, sin que concurra ninguna circunstancia jurídicamente atendible que justifique un interés tan notablemente elevado.

CUARTO.- Consecuencias del carácter usurario del crédito.

1.- El carácter usurario del crédito «revolving» concedido por Banco Sygma al demandado conlleva su nulidad, que ha sido calificada por esta Sala como «*radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es suscep-*

tible de prescripción extintiva» sentencia núm. 539/2009, de 14 de julio.

2.- Las consecuencias de dicha nulidad son las previstas en el art.

3 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida.

En el caso objeto del recurso, el demandado ha abonado a la demandante una cantidad superior a la que recibió, por lo que la demanda ha de ser completamente desestimada.

La falta de formulación de reconvencción impide aplicar la previsión de la segunda parte del precepto, según el cual, si el prestatario hubiera satisfecho parte de la suma percibida como principal y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.

3.- Al haber abonado el demandado una cantidad superior a la recibida de la demandante, no procede el devengo de intereses de demora, lo que excusa de entrar a resolver el segundo motivo del recurso, que plantea una cuestión que ya ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta Sala (sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre).

CUARTO.- Costas.

La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga expresa imposición de las causadas en los recursos de casación y de apelación, así como que se condene a la demandante al pago de las costas de primera instancia, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO:

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Mateo contra la sentencia núm. 450/2013 dictada, en fecha seis de septiembre de dos mil trece, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección decimosexta.

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

2.1.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Mateo, contra la sentencia núm. 4/2012 de trece de enero de dos mil doce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Cerdanyola del Vallés.

2.2.- Desestimamos la demanda promovida por «Banco Sygma

Hispania, sucursal en España», contra D. Mateo.

3.- No hacemos expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y casación y condenamos a la demandante al pago de las costas de primera instancia.

Librese 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 Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Eduardo Baena Ruiz.- Pedro José Vela Torres.- 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 Letrado/a de la Administración de Justicia 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

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha

(Tol 5587417)

Cabecera: Sustracción del Códice Calixtino, de más de dos millones y medio de euros y de otros objetos en la Catedral de Santiago de Compostela. Condena del acusado como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, de un delito de hurto (Código) y de un delito de blanqueo de capitales, por el que también fue condenado su esposa. Confirmación de la nulidad por falta de cobertura legal de la prueba consistente en instalar dispositivos electrónicos para captar y grabar las conversaciones familiares en el domicilio del acusado. Consecuencias de la nulidad en cuanto a las pruebas derivadas: conexión de causalidad natural y conexión de antijuridicidad. Blanqueo de capitales * delito continuado. Coacción, por corte de luz eléctrica, falta de pago. Prueba ilícitamente obtenida

Jurisdicción: Penal

Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 19/11/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 747/2015

Número Recurso: 686/2015

Supuesto de hecho: El Supremo condena a nueve años de cárcel al ladrón del Códice Calixtino. Además, el alto tribunal ratifica 6 meses de prisión para la esposa del acusado, por blanqueo de capitales, al rechazar su alegación de ignorancia de las importantes cantidades de dinero que poseía de forma ilícita su esposo, así como su desconocimiento de que la compra de inmuebles se hacía con dinero procedente de una actividad delictiva

RESUMEN:

La Sala II del Tribunal Supremo ha condenado a nueve años de cárcel al ladrón del Códice Calixtino por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro de blanqueo de capitales. Pese a rechazar todos los motivos del recurso del acusado, por las «abrumadoras pruebas de cargo» existentes contra él, reduce la pena de 10 a 9 años de prisión al considerar que, por las reglas de la continuidad delictiva, era más beneficioso para él considerar que la sustracción del Códice fue un robo y no un hurto, al contrario de lo que hizo en primera instancia la Audiencia de La Coruña.

Además, el alto tribunal ratifica 6 meses de prisión para la esposa, por blanqueo de capitales, al rechazar su alegación de ignorancia de las importantísimas cantidades de dinero que poseía de forma ilícita su esposo, así como su desconocimiento de que la compra de inmuebles se hacía con dinero procedente de una actividad delictiva.

La sentencia del Supremo, de la que sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro, ratifica la multa de 268.425 euros a cada uno de los cónyuges, así como la condena al procesado a que indemnice a la catedral de Santiago de Compostela con 2,4 millones de euros y 30.000 dólares, por estar probado que robó al menos esa cantidad a lo largo de los años de la caja fuerte del despacho del administrador del edificio religioso.

«El hallazgo del Códice Calixtino en poder del acusado, la importante y variada documentación que también se le intervino correspondiente a la Catedral de Santiago de Compostela, y el hallazgo en su poder de cuantiosas sumas de dinero sustraídas del interior de la Basílica en el periodo comprendido entre los años 2000 y 2012 por una cuantía que rebasa los dos millones y medio de euros, al margen de las cantidades halladas en divisas de casi todo el mundo en el interior de su vivienda, son datos probatorios evidenciadores de su autoría delictiva», señala la sentencia. «Sin olvidar tampoco los códigos facsímiles hallados en su domicilio que se reseñaron en las diligencias de registro, y también las inversiones del dinero sustraído en la adquisición de fincas urbanas que integra el delito de blanqueo de capitales. A todo ello deben sumarse las declaraciones testificales y las pruebas periciales que obran en la causa».

Para el alto tribunal, «la prueba de cargo resulta, pues, tan copiosa, plural y rica en contenido incriminatorio que huelga entrar ya en mayores pormenorizaciones para avalar la convicción que sostuvo la tesis condenatoria de la Audiencia».

En cuanto al delito de blanqueo, la Sala indica que «el acusado, que había sustraído dinero en la basílica compostelana por una suma que supera los dos millones y medio de euros, invirtió más de 268.000 en la compra de los bienes inmuebles con el objetivo de ocultar o encubrir la ilicitud de esa importante suma de dinero ante posibles actuaciones policiales o judiciales».

«No se está, pues, ante un uso o aprovechamiento de escasas sumas de dinero que sirvan al autor del delito para atender a sus necesidades de la vida diaria, sino que se trata de una importante cuantía que se invirtió en la adquisición de bienes inmuebles para retornarla así encubiertamente a los circuitos económicos y mercantiles lícitos y normalizados, con lo cual se vulneran los bienes jurídicos que tutela la norma penal».

Asimismo, el Supremo rechaza la petición del acusado de que se le aplicase la eximente incompleta de anomalía psíquica, por un supuesto trastorno obsesivo de acaparamiento compulsivo de todo tipo de objetos, sostenido en un dictamen de un psicólogo propuesto por el electricista acusado. El Supremo destaca que el acusado se negó, sin embargo, a ser sometido a una pericia oficial médico-forense respecto a su imputabilidad, y que el propio psicólogo que hizo el dictamen de parte afirmó en el juicio que diferenciaba el bien del mal.

Además, el Supremo destaca en la sentencia recurrida se subrayó «que el acusado más que acaparador de objetos lo es de dinero, según se aprecia en las imágenes grabadas en el despacho del administrador de la Catedral. Y además también refiere la Audiencia que no se limita a acaparar dinero, sino que después lo transforma en bienes inmuebles, dato que, ciertamente, otorga una especial singularidad o excepcionalidad al comportamiento del acusado como coleccionista o acaparador compulsivo de simples objetos».

Tras argumentar su rechazo a los 19 motivos del recurso conjunto del matrimonio, el Supremo destaca que las dudas planteadas por la Audiencia en su sentencia sobre si la sustracción del robo fue un delito de robo o de hurto debe resolverse estableciendo que fue robo, ya que, frente a lo que pensó la Audiencia, esa alternativa es más beneficiosa para el reo. Ello se deriva de que la sanción separada del hurto del Código respecto del robo continuado del dinero y otras piezas, conlleva una pena mayor que considerar todos los actos un solo delito continuado de robo.

La Audiencia condenó a 5 años de cárcel por delito continuado de robo, a 3 por hurto y a 2 por blanqueo. Y el Supremo impone una pena de 7 años por un solo delito continuado de robo con la agravante del valor económico e histórico-artístico del Código, manteniendo los 2 años por blanqueo. En total, 9 años de prisión.

COMENTARIO:

Sustracción del Código Calixtino, de más de dos millones y medio de euros y de otros objetos en la Catedral de Santiago de Compostela. Condena del acusado como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, de un delito de hurto (Código) y de un delito de blanqueo de capitales, por el que también fue condenado su esposa. Confirmación de la nulidad por falta de cobertura legal de la prueba consistente en instalar dispositivos electrónicos para captar y grabar las conversaciones familia-

res en el domicilio del acusado. Consecuencias de la nulidad en cuanto a las pruebas derivadas: conexión de causalidad natural y conexión de antijuridicidad. La falta de acreditación de la relación causal entre la práctica inexistencia de hallazgo relevante alguno mediante la escucha de las conversaciones en el domicilio y la práctica posterior de las diligencias de registro en las viviendas y el resto de inmuebles. El descubrimiento inevitable derivado del estado avanzado de la investigación y de la inexorabilidad de la práctica de los registros. Licitud de la diligencia de registro de un garaje-almacén que se halla ubicado de forma independiente de cualquier vivienda. Falta la condición de domicilio, por lo que las irregularidades cometidas carecen de relevancia constitucional. Las inspecciones oculares y la recogida de efectos en lugares o espacios que no tienen la condición de domicilio, entre ellos el vehículo del acusado. La condición de la prueba preconstituida y sus efectos cuando no concurre a su práctica la autoridad judicial y tampoco el imputado. Las diligencias a prevención de la policía y el criterio de la urgencia y necesidad. La diligencias de registro practicadas fuera del tiempo concedido en la resolución judicial y los efectos que genera un incumplimiento de esa naturaleza. Las consecuencias que pudieran derivarse de la falta de concisión de la Secretaría judicial en la plasmación en el acta de los enseres intervenidos en la vivienda. Cómputo de las 72 horas de la detención policial y comienzo del cómputo correspondiente a la detención judicial. Criterio del TC y la inaplicación al presente caso. Formalización de recusación sin que el Juez de Instrucción recusado se aparte de la tramitación de la causa mientras que se tramita el incidente de recusación. Consecuencias en el caso concreto.- Solicitud de nulidad de la declaración del imputado ante el Juez Instrucción por el contenido y el tono de algunas de las preguntas formuladas por el Instructor. Delito de blanqueo de capitales en la modalidad de autoblanqueo. Evolución de la jurisprudencia de la Sala y discrepancias de criterio que se mantienen actualmente sobre la punición del autoblanqueo. Se pena en este caso el delito de autoblanqueo consistente en la adquisición por el acusado de varios inmuebles por la suma de 268.421 euros con el fin ocultar parte del dinero robado. Autonomía del delito de autoblanqueo con respecto al delito antecedente al concurrir un supuesto en que se aprecia el menoscabo de bienes jurídicos tutelados por la norma penal, lo que excluye el concurso de normas y justifica el concurso real de delitos.

I. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA, SECCIÓN SEXTA, DE 17 DE FEBRERO DE 2015 (TOL 4748233)

Según los hechos probados, el acusado, desde el año 2000 hasta el 3 de julio de 2012 —fecha en la que se procedió a su detención—, aprovechando sus frecuentes visitas a la Catedral de Santiago de Compostela —primero como electricista, hasta finales de 2003, y después como rutina diaria—, accedió a distintas estancias y dependencias de la Catedral principalmente al despacho del Deán y al despacho del administrador sin su consentimiento, utilizando las llaves que previamente había sustraído o de las que se había apropiado indebidamente al no devolverlas después de realizar trabajos en la Catedral, y se apoderó de grandes cantidades de dinero en moneda nacional y en divisas, varios facsímiles, diversa documentación de contenido económico, jurídico y relativa a la seguridad de la Catedral y el Códice Calixtino.

Posteriormente el acusado planeó utilizar el dinero sustraído e introducirlo en el tráfico mercantil, invirtiéndolo en la adquisición de fincas urbanas para lo cual se puso de acuerdo con su mujer para adquirir un inmueble. Además, y utilizando el dinero sustraído, los dos acusados junto a su hijo, adquirieron un segundo inmueble. El hijo no abonó cantidad alguna procedente de su patrimonio, limitándose a concurrir al acto de otorgamiento de la escritura pública para figurar aparentemente como adquirente de una tercera parte de la finca.

El Códice Calixtino, uno de los objetos sustraídos de la Catedral, es una obra del siglo XII con un enorme valor patrimonial, además de su valor histórico, artístico y científico.

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos cometidos por el acusado como constitutivos:

A. Respecto al apoderamiento del dinero, documentación y facsímiles: de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237, 238.4, 239.2 y 241.1 en relación con el artículo 235.3 atendido el valor de los efectos sustraídos que superaban la cuantía de más de dos millones y medio de euros, todo ello en relación con el artículo 74.2 del Código penal.

B. Respecto a la entrada, sin el respectivo consentimiento, en los despachos del Deán y del administrador de la Catedral y sustracción del correo personal: de un delito contra la intimidad del artículo 197.1 del Código penal.

C. Respecto al apoderamiento del Códice Calixtino: de un delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237, 238.4, 239.2 y 241.1 en relación con el artículo 235.1 del Código penal.

D. Respecto a la inversión de parte del dinero sustraído en la adquisición de dos inmuebles: de un delito de blanqueo de capitales del artículo 301.1 y alternativamente de un delito de receptación del artículo 298.1 del Código penal.

Conforme a dicha calificación el Ministerio Fiscal solicitó para el acusado la pena de cinco años de prisión, más las penas accesorias correspondientes y comiso de las llaves por los hechos narrados en el punto A; la pena de 2 años de prisión más las penas accesorias correspondientes por los hechos contenidos en el punto B; la pena de cinco años de prisión, más las penas accesorias correspondientes y comiso de las llaves por los hechos narrados en el punto C; y la pena de tres años de prisión, multa, penas accesorias y comiso de las fincas por los hechos relatados en el punto D.

Asimismo el Ministerio Fiscal calificó los hechos cometidos por la esposa y el hijo de ambos de un delito de blanqueo de capitales del artículo 301.1 y solicitó para cada uno de ellos la pena de 1 año y seis meses de prisión, más multa, penas accesorias y comiso de las fincas.

En cuanto a la responsabilidad civil, el Ministerio Fiscal entendió que el acusado debía indemnizar a la Catedral de Santiago de Compostela en 2.454.955,68 euros y 30.016 dólares, con aplicación del artículo 576 LEC. Debía indemnizar, asimismo, de las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia por las sustracciones efectuadas desde el 1 de enero a 4 de julio de 2012.

Acuerda además la entrega a la Catedral de Santiago del Códice Calixtino, de los ejemplares en facsímil del Códice Calixtino, los facsímiles del *Libro de Horas* y el *Officium Virginis*, así como la documentación contenida en las cajas de piezas de convicción, incluida la moneda extranjera no convertible. Asimismo el acusado debía indemnizar al Deán en 2.272 euros, con aplicación del artículo 576 LEC.

La acusación particular ejercitada por el Excmo. Cabildo Catedralicio de Santiago de Compostela elevó a definitivas las conclusiones provisionales considerando que los hechos probados eran constitutivos de los siguientes delitos:

A. Un delito continuado de robo con fuerza en las cosas del artículo 237 del Código penal en relación con los artículos 238.4, 239.2, 241.1 y 74.2 del Código penal.

B. Seis delitos contra la intimidad del artículo 197.1 del Código penal.

C. Un delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237, 238.4, 239.2 y 241.1 del Código penal.

D. Un delito continuado de blanqueo de capitales del artículo 301.1 en relación con el artículo 74 del Código penal. Alternativamente, un delito

continuado de receptación del artículo 298.1 en relación con el artículo 74 del Código penal.

En los hechos relatados en las letras A, B y C la acusación particular solicita que se aprecie la circunstancia agravante de obrar con abuso de confianza conforme al artículo 22.6 del Código penal.

Conforme a ello solicitó para el acusado las siguientes penas: por los hechos relatados en el punto A, pena de siete años de prisión, penas accesorias y comiso de las llaves; por los hechos narrados en el punto B, pena de prisión de dos años por cada delito, multa y penas accesorias; por los hechos narrados en el punto C, pena de prisión de cinco años, penas accesorias y comiso de las llaves y por los hechos relatados en el punto D, pena de prisión de siete años de prisión, multa, penas accesorias y comiso de las fincas.

A la esposa e hijo les considera autores de un delito continuado de blanqueo de capitales del artículo 301.1 en relación con el artículo 74 del Código penal y, por tanto, solicita imponer a cada uno de ellos la pena de siete años de prisión, multa, penas accesorias y comiso de las fincas.

El pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil es compartido con el expuesto por el Ministerio Fiscal.

Por el contrario, la defensa de los acusados solicitó la libre absolución de los tres acusados y al elevar las conclusiones provisionales a definitivas añadió la eximente incompleta del artículo 20.1 del Código penal al haber actuado el acusado a causa de una anomalía o alteración psíquica que le impedía actuar conforme a la comprensión de la ilicitud del hecho, o subsidiariamente como atenuante simple del artículo 21.1 del Código penal.

La Audiencia Provincial de A Coruña en su sentencia de 17 de febrero de 2015 da respuesta, en primer lugar, a las diversas cuestiones planteadas por la defensa en torno a la ilicitud de determinadas diligencias de investigación y otras actuaciones llevadas a cabo en el curso de la instrucción.

Las cuestiones planteadas por la defensa se refieren principalmente a la instalación de micrófonos en el domicilio de los acusados, a las detenciones practicadas, a las diligencias y actas de entrada y registro llevadas a cabo, a las declaraciones judiciales prestadas por los acusados, a las grabaciones realizadas con las cámaras de video y a otras irregularidades que se habrían cometido a lo largo de la instrucción derivadas de la recusación planteada y de las demoras y falta de motivación en la tramitación de las solicitudes y recursos planteados por la defensa.

Entiende la letrada de los acusados que las irregularidades denunciadas vulneran diversos derechos fundamentales recogidos en los artículos 17, 18

y 24 de la Constitución española y que la conculcación de dichos derechos fundamentales ha de conllevar la nulidad de toda la instrucción realizada.

Estos motivos de índole procesal serán examinados posteriormente al analizar la sentencia del Tribunal Supremo.

En cuanto al Derecho penal sustantivo, la Audiencia Provincial considera que los hechos probados son constitutivos de los siguientes delitos:

A. Respecto al apoderamiento de cantidades de dinero, diversa documentación y facsímiles: dichas sustracciones constituyen un delito continuado de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237, 238.2, 239.2, 241.1 en relación con el artículo 235.3 por la especial gravedad de lo sustraído, y todo ello en relación con el artículo 74.2 del Código penal. Coincidiendo en este punto con el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

B. Respecto al delito o delitos contra la intimidad, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña entiende que el acusado ha de ser absuelto por falta del presupuesto de procedibilidad previsto en el artículo 201 del Código penal en el que se dispone que «para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal». En el caso de autos, ninguno de los agraviados por el delito presentó denuncia contra el acusado por estos hechos.

C. Respecto a la sustracción del Códice Calixtino, la Audiencia Provincial entiende que se trata de un delito de hurto agravado al tratarse de una obra con un gran valor no solo económico sino también cultural, artístico, histórico y científico. La calificación como hurto y no como robo con fuerza en las cosas, tal y como había solicitado tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, la justifica la Audiencia en el hecho de que se desconoce si el acusado utilizó fuerza en las cosas para acceder al Códice Calixtino.

La Sala considera que no se ha practicado prueba suficiente que acredite que el acceso del acusado a la cámara en la que se encontraba el Códice se hubiese hecho mediante el empleo de alguna de las modalidades que contempla la figura del delito de robo con fuerza en las cosas y, en concreto, mediante el empleo de llaves falsas, tal y como sostiene el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

La Audiencia Provincial observa que «existe una probabilidad alta de que las puertas del claustro estuvieran cerradas pero no una certeza absoluta de que así fuera y en el Derecho Penal no sirve la sospecha, ni la conjetura, ni la verosimilitud, ni siquiera la mera probabilidad para condenar al reo, sólo sirve la certeza, entendida como la probabilidad máxima. En caso de duda, no puede adoptarse la decisión más perjudicial para el reo».

Asimismo la Audiencia Provincial de A Coruña entiende que no cabe apreciar la continuidad delictiva entre la sustracción del Códice y la del di-

nero y el resto de efectos porque el Tribunal Supremo ha negado en reiteradas ocasiones la posibilidad de apreciar el delito continuado entre el hurto y el robo con fuerza al infringir distinto precepto penal (*Vid.*, entre otras, las SSTS de 23 de junio de 1993 (*Tol* 400741) y de 14 de febrero de 2000 (*Tol* 14663)).

D. Respecto al delito de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código penal entiende la Sala que se dan todos los elementos del mismo. Mediante la adquisición de dos fincas el acusado transformó el dinero sustraído en bienes inmuebles y poniéndolos a nombre de su mujer y de su hijo los integró en el patrimonio de terceros que no habían participado en el delito previo.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por parte de la defensa de los acusados se alegó la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código penal. La Audiencia no aprecia que se hayan producido dilaciones indebidas y extraordinarias imputables al órgano judicial que justifiquen la aplicación de la citada atenuante puesto que la investigación se inició por la desaparición del Códice Calixtino pero, a raíz de la detención de los acusados, se ampliaron los delitos investigados al robo de las cantidades de dinero, al blanqueo de capitales y a los delitos contra la intimidad.

La dilación supone, como ha dicho el Tribunal Supremo, «una inactividad total y absoluta» (STS de 4 de julio de 2006 (*Tol* 984885)). Además, la dilación ha de ser indebida, lo que supone que no todo periodo de inactividad procesal constituye, *per se*, el presupuesto de hecho de esta circunstancia atenuante. Como la dilación fue la consecuencia de la aparición de otros hechos delictivos no cabe, por tanto, apreciar la citada circunstancia atenuante.

Alega asimismo la defensa que concurre en el acusado la eximente incompleta prevista en el artículo 20.1 del Código penal de anomalía psíquica, o subsidiariamente, como atenuante simple prevista en el artículo 21.1 del Código penal. La Sala no aprecia la anomalía psíquica ni como eximente incompleta ni como atenuante al no considerar demostrado que el acusado padeciera una anomalía psíquica que le impulsase a cometer las sustracciones y le impidiese controlarse.

Por su parte, la acusación particular entendió que concurría la agravante de abuso de confianza prevista en el artículo 22.6 del Código penal. Circunstancia que también rechaza la Sala al considerar que la prueba practicada ha puesto de manifiesto que el acusado no tenía una relación tan estrecha que le permitiera acceder a los espacios privados del recinto, como el despacho del administrador o del Deán.

La agravante de abuso de confianza requiere para su aplicación de: a) una especial relación entre el sujeto activo y el pasivo del delito, que origina un específico deber de lealtad entre ambos y b) un aprovechamiento de esa particular relación que facilita la comisión del delito.

La confianza de la que se abusa exige una relación especial, subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que encuentra su razón en relaciones laborales, de amistad, de convivencia, de vecindad, razones familiares o cualquier otra que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza (STS de 28 de junio de 2005 (*Tol* 697835)).

En este sentido, y como resalta la Sala, no puede confundirse el abuso de confianza con la ausencia de controles o con la mera tolerancia. Y de ahí que el juzgador reproche al administrador de la catedral su clamorosa desidia con estas palabras: «la ausencia de medidas de control tendentes a evitar las sustracciones es achacable a una clamorosa desidia por parte de quien fue administrador de la Catedral durante esos años, que siendo conocedor de los robos que se estaban produciendo no informó a otros responsables, salvo un impreciso comentario al Deán, ni adoptó medida alguna eficaz para evitarlo, ni lo comunicó a su sucesor. Es igualmente censurable que nada se hubiese denunciado a la Policía respecto de esta desaparición de dinero cuando se sustrajo el Códice, privando a los investigadores de una información sustancial que habría agilizado, sin duda alguna, la resolución del caso».

Por lo que respecta a la acusada, la Sala la considera autora de un delito de blanqueo de capitales al ser conocedora de la procedencia ilícita del dinero, habiendo señalado el Tribunal Supremo que no es necesario un conocimiento concreto, bastando el genérico y que no se exige un dolo directo, bastando el eventual (*Vid.*, las SSTS de 5 de febrero de 2003 (*Tol* 254087) y de 10 de febrero de 2003 (*Tol* 254111)). Al mismo tiempo la Sala absuelve al hijo del delito de blanqueo de capitales por el que fue acusado al no existir indicios suficientes de los cuales se pueda inferir su participación en el delito de blanqueo.

La acusación particular había solicitado que se condenase a los acusados como autores de un delito continuado de blanqueo, a diferencia del Ministerio Fiscal que entendió que no nos encontrábamos ante un delito continuado. La Sala comparte la tesis del Ministerio Fiscal ya que es la que se ajusta a la doctrina emanada del Tribunal Supremo en torno al delito continuado en el caso del delito de blanqueo, esto es, se estaría ante lo que se denomina por la doctrina «tipos que incluyen conceptos globales», es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que

una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyen, no un delito continuado, sino una sola infracción penal (*Vid.*, entre otras, la STS de 9 de junio de 2014 (*Tol* 4418179)).

El fallo de la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 17 de febrero de 2015 es el siguiente:

1. Condena al acusado por un delito de hurto agravado a la pena de prisión en su máxima extensión, esto es, tres años de prisión, teniendo en cuenta la gravedad del hecho al afectar a un bien tan relevante como es el Códice Calixtino, de valor histórico, cultural, artístico y científico incalculable.

2. Por el delito continuado de robo con fuerza en las cosas, en su modalidad agravada al revestir especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, a la pena de 5 años de prisión. La Audiencia Provincial, en relación con la penalidad del delito patrimonial continuado, se remite a lo señalado por el Tribunal Supremo quien en diversas sentencias ha defendido que el apartado 2 del artículo 74 recoge una norma específica cuya aplicación excluye la genérica del artículo 74.1 que ordena la imposición de la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado en determinados supuestos (*Vid.*, entre otras muchas, las SSTs de 9 de mayo de 2000 (*Tol* 13029), de 12 de junio de 2007 (*Tol* 1106852) y de 16 de abril de 2009 (*Tol* 1449124)), no cabiendo la aplicación de ambos apartados en este caso concreto.

3. Por el delito de blanqueo de capitales previsto en el artículo 301.1 del Código penal y teniendo en cuenta que merece mayor reproche la conducta de quien siendo autor de la actividad delictiva precedente realiza las gestiones tendentes a convertir los bienes sustraídos y a transmitirlos en parte a terceros, le impone al acusado la pena de prisión de dos años y multa de 268.425,11 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de seis meses conforme al artículo 53 del Código penal.

En el caso de la esposa, la Sala le impone la pena de seis meses de prisión y la pena de multa de 268.425,11 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de seis meses conforme al artículo 53 del Código penal.

Como pena accesoria a las de prisión se impone a los condenados la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las penas privativas de libertad. Y conforme disponen los artículos 127 y 301 del Código penal se decreta el comiso de las llaves intervenidas al acusado pertenecientes a la Catedral y las de ambos inmuebles, medida ésta última que no solo afecta a los acusados sino también al hijo ya que actuó como mero testaferro en la compra del segundo inmueble.

A efectos de responsabilidad civil, se condena al acusado a indemnizar a la S.A.M.I. Catedral de Santiago de Compostela en la cantidad de 2.447.590,68 euros y 30.106 \$. Además el acusado deberá restituir a la S.A.M.I. Catedral de Santiago de Compostela el Códice Calixtino, los ejemplares en facsímil del Códice Calixtino, los facsímiles del Libro de las Horas y el Offium Virginis, así como toda la documentación contenida en las cajas de piezas de convicción perteneciente a la Catedral. También deberá restituir la divisa en billetes extranjeros que figura incorporada a la causa. Finalmente, el acusado indemnizará al Deán en la cantidad de 2.720 euros.

Asimismo, de conformidad con los artículos 123 del Código penal y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se imponen a los acusados las costas causadas en la tramitación del procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Respecto al acusado y en relación únicamente con las penas de prisión, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña califica:

SUSTRACCIÓN DEL CÓDICE CALIXTINO	Delito de hurto agravado: arts. 234 y 235.1.5° CP	TRES AÑOS DE PRISIÓN
SUSTRACCIÓN DE CANTIDADES DE DINERO Y DIVERSOS EFECTOS	Delito continuado de robo con fuerza en las cosas: arts. 237, 238.2, 239.2, 241.1 en relación con el art. 235.1.3° y todo ello en relación con el art. 74.2 CP	CINCO AÑOS DE PRISIÓN
COMPRA DE DOS INMUEBLES CON EL DINERO SUSTRÁIDO	Delito de blanqueo de capitales: art. 301.1 CP	DOS AÑOS DE PRISIÓN

II. EL RECURSO DE LOS ACUSADOS

No conforme con el fallo, los acusados recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo por los 19 siguientes motivos:

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el artículo 24 de la Constitución en su manifestación del derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter por aplicación indebida del artículo 301 del Código Penal.

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, y 852 de la LECrim, por vulneración del principio consti-

tucional de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución). (Este motivo solo es respecto a la acusada).

CUARTO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el artículo 24 de la Constitución de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa.

QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, concretamente el artículo 11 de la LOPJ.

SEXTO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el artículo 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa.

SÉPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, concretamente los artículos 333, 569 y 767 de la LECrim.

OCTAVO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el artículo 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 333 y 569 de la LECrim y el artículo 11 de la LOPJ.

NOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, concretamente los artículos 334, 338, 558, 570, 572 y 574 de la LECrim.

DÉCIMO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el artículo 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 334, 338, 558, 570, 572 y 574 de la LECrim.

UNDÉCIMO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el artículo 18.1 y 2 de la Constitución, en relación con el artículo 558 de la LECrim.

DÉCIMO SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim en relación con el artículo 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que

puede producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 334 y 338 de la LECrim.

DÉCIMO TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, concretamente los artículos 334 y 338 de la LECrim.

DÉCIMO CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim por infracción de ley, en relación con los artículos 20.1 y 21.1 del Código penal, por falta de aplicación de dichos preceptos e infracción del artículo 237 del mismo cuerpo legal. (Este motivo solo respecto al acusado).

DÉCIMO QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de ley, en relación con los artículos 57 al 71 de la LECrim y 238, 240, 241 y 242 de la LOPJ.

DÉCIMO SEXTO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim por infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 57 a 71 de la LECrim y 238, 240, 241 y 242 de la LOPJ.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la LECrim por infracción del artículo 24 de la Constitución de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 10 de la Constitución y 389 y 520 de la LECrim.

DÉCIMO OCTAVO.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de ley, en relación con los artículos 389 y 520 de la LECrim.

DÉCIMO NOVENO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim por infracción de los artículos 17.2 y 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración de los artículos 17.2 y 24 de la Constitución en relación con el artículo 497 de la LECrim.

Todos los motivos fueron desestimados.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 1ª) DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2015 (TOL 5587417)

La Sala Segunda del Tribunal Supremo admitió el recurso de casación presentado en nombre y representación de los acusados, celebrándose la deliberación y votación el 14 de octubre de 2015. El 18 de octubre se dictaba Auto acordando prorrogar el término para dictar sentencia por quince días.

1. Cuestiones procesales

Una parte importante de los motivos alegados por la defensa de los recurrentes versan sobre las nulidades procesales por cuestiones relacionadas con la denuncia de violación de derechos fundamentales por la forma de practicarse las diligencias de investigación y de prueba así como la nulidad de todas las actuaciones practicadas durante la fase de instrucción al haber sido el Juez de Instrucción formalmente recusado.

La queja de la defensa parte de que el Juez instructor mediante Auto de 28 de mayo de 2012 acordó «la instalación de dispositivos electrónicos que posibiliten la captación de audio y grabación de conversaciones que se produzcan en el domicilio (...) así como de las medidas necesarias para el acceso al mismo a los fines expresados».

La defensa entendió que la citada diligencia de sonorización acordada por el Juez instructor en el domicilio de los acusados era nula por vulneración de derechos fundamentales.

La medida adoptada, como manifiesta el Tribunal sentenciador, consistente en la instalación de micrófonos ocultos en la vivienda de los acusados, afecta a derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y especialmente, el derecho a la vida privada. Tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, resulta difícil pensar en otra diligencia de prueba más gravosa que dicha intervención y además, se trata de una medida que nuestro Ordenamiento Jurídico ni siquiera contempla. Por ello, el Tribunal sentenciador, sin necesidad de analizar la falta de proporcionalidad de la medida, declaró su nulidad, nulidad que es confirmada por el Tribunal Supremo por falta de cobertura legal de la prueba consistente en instalar dispositivos electrónicos para captar y grabar las conversaciones familiares en el domicilio del acusado.

La consecuencia directa de la declaración de nulidad de la diligencia de sonorización fue la exclusión del proceso de las grabaciones propuestas como prueba documental por las partes acusadoras a raíz de las escuchas

realizadas. Ahora bien, tanto la Audiencia Provincial de A Coruña como el Tribunal Supremo entienden que dicha nulidad no afecta a las restantes diligencias de instrucción llevadas a cabo, tal y como pretende la defensa, porque no se ha practicado prueba alguna que permita establecer un nexo o relación de antijuridicidad entre dichas grabaciones y las restantes diligencias de prueba.

Por otro lado, existían indicios que llevaron a centrar en el acusado las investigaciones desde el inicio. Tales indicios consistían en: información recabada a través de diversos testimonios en torno a las rencillas que mantenía el acusado con los responsables de la Catedral a raíz de su despido, la presencia continua del acusado en el recinto de la Catedral a pesar de que ya no prestaba servicios en la misma, el hecho de haber sido sorprendido en el despacho del Deán, la aparición de las llaves en la Capilla del Alba con la etiqueta «ARCH CAT» entre el material eléctrico de deshecho perteneciente al acusado, etc. Todos ellos indicios anteriores y ajenos a la práctica de la diligencia de la instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de sonidos y que fueron determinantes para dirigir las sospechas hacia el acusado y solicitar las entradas y registros en sus viviendas, por lo que se considera que ninguna conexión de antijuridicidad se aprecia entre la referida diligencia y las restantes practicadas.

Reitera el Tribunal Supremo que la llamada doctrina del «fruit of the poisonous tree» (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del «inevitable discovery» (descubrimiento inevitable). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, «conexión de antijuridicidad», que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera dado, no es el resultado de esa condición.

La defensa solicita asimismo la nulidad de las diligencias de entrada y registro practicados en viviendas, garaje, trastero y coche. Motivos todos ellos que se rechazan puesto que respecto al registro en la vivienda se contó con el consentimiento expreso del acusado. Por tanto, existiendo consentimiento del titular no puede haber vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Respecto al registro en el garaje, dicho registro no requiere autorización judicial al no tratarse de un domicilio. Lo mismo ocurre con

los vehículos los cuales no pueden catalogarse como domicilios ni hallarse tutelados por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Es reiterada la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que señala que «ni el garaje que no sirve de auténtica vivienda de persona alguna (...) ni, menos aún, el vehículo, están amparados por el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.2 de nuestra Carta Magna, por lo que la práctica de su acceso no se encuentra condicionada por los estrictos requisitos exigidos para la entrada y el registro de los domicilios» (STS de 4 de abril de 2002 (*Tol 4921984*)).

Los hechos indiciarios y el cúmulo de datos inculpatórios que convergían en el acusado justificaron las prácticas de los registros en sus viviendas.

En relación con las actas de entrada y registro extendidas por la secretaría judicial, la defensa solicita su nulidad al no haberse hecho constar en las mismas todo lo registrado e intervenido. El motivo no puede ser estimado al no atañer a derechos fundamentales las carencias del acta sino a la articulación procesal de su resultado como medio de prueba, a su fiabilidad o suficiencia, lo que ha de ser determinado a la vista de la totalidad de la prueba practicada en el juicio oral.

La defensa solicita asimismo la nulidad de las declaraciones judiciales practicadas por el Juez instructor por su carácter capcioso. Como recuerda el Tribunal Supremo, el Tribunal sentenciador no compartió algunas expresiones ni el tono empleado por el instructor en varios pasajes de su interrogatorio pero ello no puede implicar que el contenido de lo declarado fuese fruto de la coacción o la presión anímica ejercida por el instructor. Además, la declaración se prestó en presencia de los abogados de los acusados que en ningún momento formularon protesta alguna. Ni el tono empleado ni algunas de las expresiones empleadas por el instructor comporta una situación de indefensión.

Para el Tribunal Supremo, la prueba resulta tan copiosa y rica en contenido incriminatorio que se abstiene de entrar en mayores pormenorizaciones avalando la convicción que sostuvo la tesis condenatoria de la Audiencia Provincial de A Coruña.

2. Cuestiones de Derecho penal sustantivo

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2015, en relación con cuestiones de Derecho penal sustantivo, plantea principalmente tres temas relacionados con la eximente de anomalía psíquica, el delito de blanqueo de capitales y la calificación jurídico penal de la sustracción del Código Calixtino.

A. La eximente de anomalía psíquica

La defensa alega que concurre en el acusado la eximente incompleta prevista en el artículo 20.1 del Código penal de anomalía psíquica, o subsidiariamente, como atenuante simple prevista en el artículo 21.1 del mismo texto legal y se basa para ello en el informe pericial emitido por un psicólogo, designado por el propio acusado, el cual sostiene en su informe que el acusado presenta un trastorno obsesivo compulsivo de tipo acumulador que determina que colecciona todo tipo de objetos que luego no usa y de los que no es capaz de desprenderse.

El Código penal declara exento de responsabilidad criminal al que, al tiempo de cometer la infracción penal, no puede comprender la ilicitud del hecho penal o actuar conforme a esa comprensión, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica.

[anterior] La fórmula utilizada por el legislador consolida una concepción bio-psicológica que exige una causa o elemento psicopatológico, constituido por lo que el legislador denomina anomalía o alteración psíquica, y de un elemento normativo, determinado porque a causa de tal alteración o anomalía, el sujeto es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión, y todo ello además, en el tiempo de cometer la infracción penal. De esta manera no basta con identificar como elemento biológico o biopatológico, un padecimiento mental englobable bajo la amplia rúbrica de anomalías o alteraciones psíquicas, sino que, por grave que sea, es necesario relacionarlo con el hecho concreto cometido, al objeto de establecer, en primer lugar, si el sujeto era capaz de ajustar su conducta a esa comprensión.

El Código penal exige, por tanto, no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo) (*Vid.*, en este sentido, el ATS de 28 de febrero de 2013 (*Tol* 3878564)). La jurisprudencia anterior al vigente Código penal ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, «ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo» (STS de 16 de abril de 2011 (*Tol* 2124647)).

Para apreciar la inimputabilidad del sujeto la jurisprudencia reiteradamente alude a la necesidad de que concurren los siguientes elementos: una base biológica —o psicológica— que conforme una afección psíquica,

ya por una patología médica, lo que sería una anomalía, ya por una crisis temporal, lo que sería una alteración; que esta anomalía o alteración psíquica incida sobre la capacidad intelectual del individuo para comprender la ilicitud del hecho, o sobre su capacidad volitiva para actuar conforme a esa comprensión del ilícito; que la proyección de la anomalía o alteración psíquica del sujeto sobre su capacidad intelectual o volitiva se dé al tiempo de cometer el hecho delictivo y que, además, exista una relación entre la afección enunciada y el delito en sí. Por tanto, es decisivo, en primer lugar, el resultado de la prueba pericial médico psiquiátrica, de la que se extraiga un diagnóstico sobre la existencia y características de la alteración mental y, en segundo lugar, analizado y examinado el material probatorio atinente al elemento biopatológico, establecer el grado y la intensidad del padecimiento psíquico y extraer, operando con tal base biopatológica, la conclusión pertinente sobre si el autor de la conducta delictiva actuó en el caso concreto comprendiendo la ilicitud del hecho y con posibilidad de actuar conforme a esa comprensión, o, en su caso, con una comprensión o una capacidad de actuación limitadas o excluidas.

En el caso de que no concurren todos los requisitos anteriores para eximir por completo la responsabilidad del autor, el artículo 21.1 del Código penal permite la apreciación de la eximente incompleta que exige una considerable disminución de esta capacidad, para comprender o actuar del sujeto. Para el caso de que tan sólo se aprecie una leve merma de las capacidades intelectuales y volitivas del individuo, podrá apreciarse el artículo 21.7 del Código penal, con la consideración de una atenuante analógica,

En el caso enjuiciado, según la defensa, la patología consistiría en un trastorno obsesivo compulsivo de tipo acumulador (colecciona todo tipo de objetos que luego no usa y de los que no puede desprenderse). Ese síndrome de acaparamiento compulsivo le impediría controlar el impulso de coger y acumular los objetos sin ninguna finalidad, de modo que no actuaría siquiera con el ánimo de lucro propio de los delitos de robo y de hurto.

Para el Tribunal sentenciador, sin embargo, la prueba practicada siembra dudas sobre el diagnóstico del acusado en cuanto a la existencia de la anomalía psíquica señalada en el informe pericial. Para ello el Tribunal tiene en cuenta: que se trata del informe de un psicólogo, designado por el propio acusado, y no de un psiquiatra; que el propio autor del informe señaló en el juicio oral que el acusado no le refirió que cogiera dinero; que si la patología consistía en acumular y no poder desprenderse de las cosas, la misma no encaja con la conducta del acusado que sí se desprendió de buena parte del dinero robado para invertirlo en la compra de dos inmuebles y, en último

lugar, la manifestación del perito sobre que el acusado diferencia el bien y el mal.

Por su parte, el Tribunal Supremo, tras advertir que en el «factum» de la sentencia no se especifica que el acusado padezca ninguna clase de anomalía psíquica, considera que «tal contingencia procesal determina que lo lógico y coherente desde un prisma procesal sería no proseguir ya con el examen del motivo y atenernos estrictamente a lo que describen los hechos probados de la sentencia cuestionada».

No obstante, sí recuerda que el Tribunal sentenciador hizo especial hincapié «en que no se ha emitido ningún informe médico forense en la causa con respecto a la imputabilidad del acusado, omisión que se debió únicamente a la oposición del recurrente, que se negó a someterse a esa pericia oficial».

Si para apreciar la eximente por anomalía o alteración psíquica, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el Código Penal exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica (elemento biológico o biopatológico), sino que a él debe sumarse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo), es claro que en el presente caso la citada eximente no puede apreciarse pues al margen de carecer de una pericia sobre la imputabilidad que constate el elemento biopatológico integrante de la anomalía psíquica que alega la defensa, lo cierto es que tampoco se ha acreditado que el acusado tenga como consecuencia de ello excluida o limitada en mayor o menor medida la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo). Sino más bien todo lo contrario, toda vez que el perito psicólogo reconoció que el impugnante distinguía el bien del mal.

Por tanto, la conclusión a la que llega acertadamente tanto el Tribunal sentenciador como el Tribunal Supremo es que no es posible afirmar que su capacidad de comprensión de la ilicitud de su conducta estuviera limitada de forma relevante, ni tampoco que padeciera una anomalía psíquica que le impidiera autocontrolar su conducta y adecuarla a las exigencias de la norma. Ello quiere decir, en palabras del Tribunal Supremo, que «no concurren razones para estimar que la Sala de instancia haya apreciado erróneamente las condiciones de culpabilidad del referido acusado». El motivo, por tanto, resulta inatendible.

B. El delito de blanqueo de capitales: El autoblanqueo

El Código penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado. El blanqueo de capitales es, en otras palabras, el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita, por lo que el delito tiende a conseguir que el sujeto obtenga un título jurídico, aparentemente legal, sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa.

En el caso enjuiciado el acusado decidió invertir una parte importante del dinero sustraído en la adquisición de dos inmuebles. El Tribunal sentenciador consideró que concurrían en la conducta del acusado todos los elementos [anterior]del delito de blanqueo de capitales puesto que mediante la adquisición de dos fincas estaba transformando el dinero sustraído en bienes inmuebles y, poniéndolos a nombre de su mujer y de su hijo, los estaba integrando en el patrimonio de terceros que no habían participado en el delito previo. A su vez, la acusada —la esposa— con su comportamiento ayudó a encubrir el origen ilícito del dinero figurando como propietaria de los inmuebles y ayudando a dar una apariencia de legalidad.

La parte recurrente alega que siendo el delito antecedente del blanqueo de capitales exclusivamente el delito de robo, por el que ya se ha condenado al recurrente en la misma causa, sancionarlo además por delito de blanqueo referido a las cantidades sustraídas por el robo implica una doble condena por los mismos hechos y entiende que los casos en que se da la identidad entre el autor del delito antecedente y del delito de blanqueo constituyen un supuesto de autoencubrimiento impune y añade que la tesis de incriminación de ambas conductas sólo cabría aplicarla por hechos cometidos a partir de la reforma de 2010, en la que se tipificó la conducta del autoblanqueo, pero no por hechos anteriores, como sucede en este caso.

La cuestión, por tanto, a dilucidar es: cuándo el condenado por un delito contra el patrimonio o por un delito de tráfico de drogas o cualquier otro delito, que invierte las ganancias procedentes de dicha infracción penal, podrá ser condenado además, en concurso real, como autor de un delito de autoblanqueo, es decir, ¿la misma persona que cometió el delito antecedente del que derivan los bienes puede cometer también el delito de blanqueo de capitales?

El debate doctrinal y jurisprudencial gira fundamentalmente en torno a la idea de si la condena por un delito de blanqueo de capitales de aquel que

invierte o se aprovecha de cualquier manera de las ganancias procedentes de un delito contra el patrimonio, contra la salud pública o cualquier otro, por el que también ha sido condenado, vulnera o no el principio *ne bis in idem*.

En la respuesta de la jurisprudencia al llamado «autoblanqueo» se pueden distinguir tres etapas:

Una primera etapa, que comprendería hasta 2006, acogió la tesis de que el autoblanqueo no debía ser castigado. La fundamentación se diversificaba en tres criterios: a) por tratarse de actos copenados que debían ser absorbidos en el delito previo; b) por vulneración del principio *ne bis in idem*; c) por una interpretación gramatical restrictiva del artículo 301 del Código penal a favor del reo.

Una segunda etapa, que llegaría hasta 2010, favorable al castigo del autoblanqueo y que se vería reforzada con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006: «El artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente».

Finalmente, una tercera etapa propiciada por la reforma del Código penal por Ley Orgánica 5/2010, de 20 de junio, que despeja toda duda sobre la aplicación del concurso real de delitos al establecer en el artículo 301.1 que la actividad ilícita de donde proceden los bienes aflorados puede haber sido cometida por el propio autor del blanqueo o por un tercero. El Legislador optaba así por considerar que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por su propio autor, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente ya condenado, o de autoprotección de su autor, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca, que tutela el orden socioeconómico, y dado su carácter pluriofensivo al proteger también intereses de la Administración de Justicia, siendo distinto del que tutela el delito al que subsigue.

El artículo 301 del Código penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el artículo

301.1. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido.

La propia jurisprudencia para limitar los posibles excesos en la punición del autoblanqueo, ha realizado una interpretación restrictiva que pone el acento en la aplicación del principio de insignificancia en supuestos de autoblanqueo en adquisición de bienes o derechos de necesidad a corto y medio plazo: «La mera tenencia de fondos que pueden derivar del tráfico (por ejemplo, 433 euros en una cuenta bancaria) o la simple utilización de esos fondos en gastos ordinarios de consumo (por ejemplo el pago del alquiler de la vivienda), o en gastos destinados a la continuidad de la propia actividad del tráfico, no constituye un acto de autoblanqueo pues no se trata de actos realizados con la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, para integrarlos en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita» (STS de 29 de abril de 2015 *(Tol 4988931)*).

Por tanto, es necesario atender: en primer lugar, a la idoneidad de los comportamientos para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y, en segundo lugar, a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar de forma encubierta las ganancias obtenidas.

Es claro que esta finalidad de ocultación debe apreciarse en las compras de inmuebles. El acusado a través de la compra de dos inmuebles pretendía obtener, a través de la explotación de los mismos, unos beneficios blanqueados que ocultasen la procedencia ilícita del dinero con el que se realizó su adquisición. Es decir, actuó con el propósito de rentabilizar en inmuebles las ganancias obtenidas con sus múltiples sustracciones.

Como indica la sentencia del Tribunal Supremo: «el acusado transformó parte del dinero sustraído en la Catedral durante varios años en dos viviendas, cuatro plazas de garaje y dos trasteros, bienes que compró con el ánimo de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero y situarlo así en el circuito económico legal, al que retornó de forma encubierta después de haberlo ingresado ilícitamente en su patrimonio merced a los robos que había perpetrado. Colocó así los beneficios procedentes de su actividad delictiva utilizando los circuitos mercantiles o financieros para dar a aquéllos una apariencia de licitud, sustrayéndolos de este modo a las medidas de intervención y decomiso a las que deberían quedar sometidos al proceder de actividades criminales». Y, añade: «No se precisa para subsumirlos en la modalidad de autoblanqueo, en contra de lo que afirma la parte recurrente, que los hechos hubieran sido ejecutados con posterioridad a la reforma del

Código Penal de 22 de junio de 2010, toda vez que el autoblanqueo también podía ser penado con anterioridad a la referida reforma, a tenor de los numerosos precedentes jurisprudenciales que castigaron esa modalidad de blanqueo en la época anterior al año 2010».

En este caso, el acusado, que había sustraído dinero en la basílica compostelana por una suma que superaba los dos millones y medio de euros, invirtió más de 268.000 en la compra de dos bienes inmuebles con el objetivo de ocultar o encubrir la ilicitud de esa importante suma de dinero ante posibles actuaciones policiales o judiciales. No se está, pues, ante un uso o aprovechamiento de escasas sumas de dinero que sirvan al autor del delito para atender a sus necesidades de la vida diaria, sino que se trata de una importante cuantía que se invirtió en la adquisición de bienes inmuebles para retornarla así encubiertamente a los circuitos económicos y mercantiles lícitos y normalizados, con lo cual se vulneran los bienes jurídicos que tutela la norma penal.

El Tribunal Supremo concluye con la siguiente afirmación: «La cuantía invertida en bienes inmuebles procedentes de un robo continuado de más de dos millones y medio de euros no puede considerarse como un supuesto de autoencubrimiento impune, ni tampoco como un acto copenado por hallarse comprendido en el agotamiento del delito. Ni cabría por tanto hablar de una doble incriminación o de una infracción del principio *non bis in idem*. Y ello porque el blanqueo de 268.000 euros mediante la compra de bienes inmuebles tiene una entidad suficiente para estimar que el disfrute de las ganancias menoscabó el orden socioeconómico como bien jurídico tutelado por el art. 301 del C. Penal. Pues introdujo en el circuito económico una suma de dinero que aminoró el control por el Estado del flujo de capitales procedentes de actividades delictivas ejecutadas a gran escala y que pueden menoscabar el sistema económico, y que afectan también al buen funcionamiento del mercado (competencia lícita) y de los mecanismos financieros y bursátiles.

El motivo no puede, pues, prosperar».

C. Calificación jurídico penal de la sustracción del Códice Calixtino

La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña entendió que al no poder probarse la fuerza en las cosas en la sustracción del Códice Calixtino, la calificación de la misma no podía ser otra que la de un delito de hurto.

El Tribunal Supremo, por el contrario, resuelve que la calificación jurídico penal de la sustracción del Códice Calixtino debe ser de robo con fuerza

en las cosas al ser esta alternativa más beneficiosa para el reo, tema que, por otro lado, no fue tratado ni en el escrito de recurso ni en las alegaciones de las partes. Para el Tribunal Supremo la sanción separada del hurto del Código respecto del robo continuado del dinero y otras piezas, conlleva una pena mayor que considerar todas las sustracciones perpetradas por el acusado de un único delito continuado de robo y añade: «concurren así los requisitos de un único delito continuado de robo con fuerza en las cosas, al acoger como cierto que para acceder a la sustracción del Código el acusado se valió de unas llaves que no eran las destinadas por el propietario para abrir las dependencias en que se perpetró la sustracción (art. 239.3 CP). Sin que para apreciar la continuidad del robo por sustracción del dinero y del robo por sustracción del Código constituya un obstáculo la circunstancia de que nos hallemos ante dos subtipos agravados de robo con fuerza ubicados en dos apartados diferentes de un mismo precepto (el art. 241.1 en relación con el art. 235.1° y 3° del C. Penal, redacción de junio de 2010)».

La jurisprudencia, ciertamente, no ha considerado como óbice para apreciar el delito continuado que los hechos integrables en la continuidad delictiva sean subsumibles en distintos apartados agravatorios de una misma figura penal. Ahora bien, integrada la sustracción del Código Calixtino dentro del delito continuado de robo con fuerza en las cosas, el Tribunal Supremo a la hora de fijar el marco punitivo del delito continuado recurre al apartado 1 del artículo 74 del Código penal y dice literalmente: «al aplicarse los supuestos de subtipo agravado del valor histórico y artístico del Código y dada la cuantía del valor de lo sustraído en el delito continuado de robo, entendemos que ha de aplicarse la pena superior en grado en su mitad inferior. De modo que el marco legal punitivo concreto queda fijado en un mínimo de 5 años y un día y un máximo de 7 años y 6 meses». Fijándolo finalmente en 7 años de prisión.

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el caso del delito continuado de robo con fuerza en las cosas aplicó el apartado 2 del artículo 74 sin remisión alguna al apartado 1 al concurrir la modalidad agravada de especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos.

Como ya sucediera en otros supuestos, como en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 (*Tol 4851998*), se plantea una vez más si la regla penológica del apartado 1 del artículo 74 rige también para los delitos patrimoniales o si, en relación a estos últimos, hay que estar únicamente a lo dispuesto en el apartado 2 del mencionado artículo.

El artículo 74 del Código penal establece las reglas de determinación de la pena al disponer en su apartado 1° que el autor de un delito continuado

será castigado «con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado». En su apartado 2º señala que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado».

Tal planteamiento arranca con la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1998 (*Tol 115238*) donde se considera que no resulta necesaria la imposición de la pena en su mitad superior cuando la continuidad delictiva tiene su origen en faltas continuadas contra el patrimonio. Posteriormente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2000 (*Tol 13029*) subraya que el artículo 74.2 contiene una norma específica cuya aplicación excluye la genérica del apartado 1 del mismo artículo, añadiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2007 (*Tol 1106852*) que la doctrina del alto Tribunal es clara en el sentido de que dicha regla no opera cuando se trata de delitos contra el patrimonio, cuya penalidad en casos de continuidad ha de someterse a la regla especial y autónoma del artículo 74.2, que no obliga a imponer la pena en su mitad superior, todo ello por razón de proporcionalidad de la pena, de no vulneración del principio *ne bis in idem* y de especialidad.

No obstante y para evitar resoluciones contradictorias, que las había, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo abordó esta cuestión en dos sesiones plenarias. En la primera de ellas, de 18 de julio de 2007, aunque no se tomó un Acuerdo formal, posponiéndolo para otro Pleno, se concluye que «en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de este mismo artículo». Idea que se desarrolla en el segundo de los Plenos, el celebrado el 30 de octubre de 2007, donde se alcanza el siguiente Acuerdo: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de la doble valoración», es decir, en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

Para el Tribunal Supremo (STS de 25 de abril de 2008 (*Tol 1331006*) el Acuerdo de 30 de octubre de 2007 supone una «reorientación» de la tesis de la especialidad del apartado 2 del artículo 74 frente al apartado 1 del mismo precepto, pues «no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de

la regla agravatoria prevista en el artículo 74.1 del CP»; aunque después se matice esta afirmación general «con el fin de impedir que su aplicación conduzca, en determinados supuestos que ofrece la práctica, a la doble incriminación de un mismo hecho». Estos supuestos en los que, de manera excepcional, no se aplicaría la previsión del artículo 74.1 serían, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2009 (*Tol 1449124*), los siguientes:

1. Cuando por la adición del perjuicio causado varias faltas patrimoniales se convierten en delito. Seguramente, tras la reforma penal de 2015, en el lugar de las «faltas» se tendrá que leer «delitos leves»: cuando por la adición del perjuicio causado varios delitos leves patrimoniales se conviertan en delito menos grave.

2. Cuando delitos patrimoniales genéricos o básicos originan uno cualificado.

3. Cuando el hecho reviste notoria gravedad y perjudique a una generalidad de personas, en cuyo caso es de aplicación el delito masa previsto en el último inciso del artículo 74.2 del Código penal.

Todo ello resulta claramente explicitado en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009 (*Tol 1525330*) que señala los siguientes criterios:

A) Como primer paso ante un delito patrimonial continuado debemos acudir a la especificidad del n° 2 del artículo 74 del Código Penal, que establece una forma de punición, pero también un mecanismo para determinar la infracción más grave, que en delitos de esta naturaleza se forma adicionando el valor de los distintos quebrantos económicos ocasionados por la continuidad.

Si de la suma de las distintas cuantías económicas surge un marco punitivo exasperado diferente, sólo debe aplicarse éste, sin que se recargue la sanción por la continuidad, porque al proceder conforme al n° 2 del artículo 74 se exasperó la pena. Los casos serían:

B.1) Varias sustracciones o apropiaciones integrantes de falta, originan, por razón de la cuantía, la aparición de un delito.

B.2) Varias infracciones comunes o genéricas por la cuantía (artículo 249 del Código Penal, en materia de estafa, como es el caso concernido) que determinan la aplicación del art. 250.1.6 Código Penal.

B.3) Que nos hallemos ante un delito masa (que el hecho revistiera notoria gravedad y hubiera afectado a una generalidad de personas) regulado en el último inciso del artículo 74-2 Código Penal.

Fuera de estos casos cabría aplicar el artículo 74.2 del Código penal, para determinar la infracción más grave y después recurrir a la norma ge-

neral (en evitación de agravios comparativos con otras infracciones no patrimoniales) e intensificar la pena en la medida establecida en el número 1º del artículo 74, todo ello siempre que no se produzca una doble valoración de las conductas, reñidas con el principio *ne bis in idem* (STS de 30 de abril de 2015 (Tol 4952210)).

En el caso de la sentencia objeto de comentario nos encontraríamos ante el segundo supuesto: cuando delitos patrimoniales genéricos o básicos (varios robos con fuerza en las cosas del tipo básico) originan uno cualificado por la especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, que conlleva aplicar la pena de prisión de dos a cinco años al concurrir la circunstancia 5ª del artículo 235.1 del Código penal.

Es decir el régimen general, aplicación del apartado 1 del artículo 74 en los casos de delito patrimonial continuado, tiene entre sus excepciones que cuando teniendo en cuenta el resultado, el perjuicio total causado, su consideración implique una alteración de la subsunción: varios hechos cada uno de ellos constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas que aisladamente considerados no exceden de una especial gravedad por el valor de los efectos sustraídos, pero que conjuntamente determinan la aplicación de la agravación del artículo 241.1 del Código penal. En estos casos si el perjuicio ya se ha tenido en cuenta para determinar la pena no puede volver a tenerse en cuenta para aplicar el régimen previsto en el artículo 74.1 del Código penal.

3. El Fallo

La Sala Segunda del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación y en consecuencia condena a nueve años de cárcel al autor de la sustracción del Códice Calixtino por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro de blanqueo de capitales. Pese a rechazar todos los motivos del recurso del acusado, por las «abrumadoras pruebas de cargo» existentes contra él, reduce la pena de 10 a 9 años de prisión al considerar que, por las reglas de la continuidad delictiva, era más beneficioso para él considerar que la sustracción del Códice fue un robo y no un hurto, al contrario de lo que hizo en primera instancia la Audiencia Provincial de A Coruña.

Además, el alto Tribunal ratifica 6 meses de prisión para la esposa, por blanqueo de capitales, al rechazar su alegación de ignorancia de las importantísimas cantidades de dinero que poseía de forma ilícita su esposo, así como su desconocimiento de que la compra de inmuebles se hacía con dinero procedente de una actividad delictiva.

La sentencia del Tribunal Supremo, de la que sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro, ratifica la multa de 268.425 euros a cada uno de los cónyuges, así como la condena al procesado a que indemnice a la catedral de Santiago de Compostela con 2,4 millones de euros y 30.000 dólares, por estar probado que robó al menos esa cantidad a lo largo de los años de la caja fuerte del despacho del administrador del edificio religioso.

Respecto al acusado y en relación únicamente con las penas de prisión, la sentencia del Tribunal Supremo califica:

SUSTRACCIÓN DEL CÓDICE CALIXTINO	Delito continuado de robo con fuerza en las cosas: arts. 237, 238.2, 239.2, 241.1 en relación con el art. 235.1.3º y 5º y todo ello en relación con el art. 74.1 y 2 CP	Siete años de prisión
SUSTRACCIÓN DE CANTIDADES DE DINERO Y DIVERSOS EFECTOS		
COMPRA DE DOS INMUEBLES CON EL DINERO SUSTRÁIDO	Delito de blanqueo de capitales: art. 301.1 CP	Dos años de prisión

Sentencia de diecinueve de noviembre de dos mil quince

ENCABEZAMIENTO:

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 lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, con Sede en Santiago de Compostela, de fecha 17 de febrero de 2015. Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrentes, los acusados Gerónimo y Rosa, representados por la procuradora Sra. Vázquez Senin, y como recurrido «Cabildo Catedralicio de Santiago» representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Santiago de Compostela instruyó Procedimiento Abreviado 3178/11, por delitos de hurto, robo y blanqueo de capitales contra Gerónimo, Rosa y otro, y lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña cuya Sección Sexta (con sede en Santiago de Compostela) dictó en el Rollo de Sala 25/14 sentencia en fecha 17 de febrero de 2015 con los siguientes hechos probados:
Primero.- Don Gerónimo, mayor de edad y sin antecedentes penales, en una fecha no determinada entre los días 30 de junio de 2011 y 5 de julio del mismo año, con ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, acudió, como solía hacer de forma habitual, al recinto de la Catedral de Santiago de Compostela. Una vez en su interior, se dirigió al claustro y después de atravesar varias puertas de la zona del Archivo que no consta estuviesen cerradas, llegó hasta la Cámara en la que se encontraba depositado el Códice Calixtino, cámara cuya puerta tenía las llaves puestas.

Una vez dentro de la cámara, se apoderó del Códice y ocultándolo entre sus ropas, salió del recinto catedralicio hacia el exterior, cogió su coche y se trasladó hasta el garaje de su propiedad situado en la CALLE000, de la localidad de Milladoiro, en donde dejó depositado el libro en el interior de una caja y envuelto en una bolsa dentro de papeles de periódico hasta que fue localizado por la Policía el día 4 de julio de 2012 en buen estado de conservación y sin haber sufrido desperfectos.

El Códice Calixtino es una obra del siglo XII, con un destacadísimo valor no sólo patrimonial, sino también histórico, artístico y científico, estudiado por los medievalistas como fuente de la historia europea y fundamental para conocer el fenómeno jacobeo y la dimensión del camino de peregrinación a Santiago de Compostela.

Segundo.- Además de ello, desde hace muchos años el acusado don Gerónimo ha acudido casi diario a la Catedral de Santiago de Compostela. En un principio, lo hacía porque prestaba sus servicios para la misma como electricista, pero una vez que dejó de prestarlos hacia finales del año 2003 siguió haciéndolo como si de una rutina diaria se tratara. Ello le ha permitido conocer las distintas estancias del recinto catedralicio y moverse libremente por su interior.

El mencionado acusado, con el ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito y aprovechándose del conocimiento que tenía de las distintas dependencias de la Catedral, se apoderó de numerosas llaves, entre otras, las del despacho del administrador y la de la caja fuerte existente en su interior, así como las del despacho del Deán y así, al menos desde el año 2000 hasta el 3 de julio de 2012, entró con esa llave en repetidas ocasiones en el despacho del administrador sin consentimiento de éste. Una vez en su interior, abría la caja fuerte con las llaves y sacaba diversas sumas de dinero que se guardaban en la misma procedentes de diversas actividades de la Catedral tales como visitas a museos o cubiertas, arrendamientos de inmuebles, ventas de productos o donativos de distinta especie o concepto. Mediante este sistema el acusado se apoderó a

lo largo de los años de, al menos, la cantidad de 2.447.590,68 euros.

Además de estas cantidades, el acusado don Gerónimo también cogió de la caja fuerte existente en el despacho del administrador la cantidad de 30.106 dólares estadounidenses y otras cantidades en otras divisas. En concreto, se apoderó (pieza de convicción 4.4) de: 8 billetes de 20 libras (Inglaterra), 1 billete de 50 libras (Inglaterra), 3 billetes de 1 libra (Inglaterra), 14 billetes de 5 libras (Escocia), 1 billete de 1 libra (Escocia), 6 billetes de 10 libras (Inglaterra), 6 billetes de 50 reais (Brasil), 3 billetes de 20 reais (Brasil), 14 billetes de 10 reais (Brasil), 10 billetes de 5 reais (Brasil), 16 billetes de 2 reais (Brasil), 1 billete de 100 reais (Brasil), 1 billete de 50 cruzeiros (Brasil), 12 billetes del real (Brasil), 1 billete de 100 pesos (Argentina), 2 billetes de 5 pesos (Argentina), 1 billete de 50 pesos (Argentina), 10 billetes de 2 pesos (Argentina), 5 billetes de 10 pesos (Argentina), 28 billetes de 20 dólares (Canadá), 9 billetes de 10 dólares (Canadá), 48 billetes de 5 dólares (Canadá), 1 billete de 50 dólares (Canadá), 37 billetes de 1000 (Korea), 6 billetes de 5000 (Korea), 8 billetes de 10.000 (Korea), 1 billete de 10 florines (Hungría), 61 billetes de 200 florines (Hungría), 7 billetes de 500 florines (Hungría), 4 billetes de 1000 florines (Hungría), 16 billetes de 1000 y en (Japón), 72 billetes de 10 zlotych (Polonia), 13 billetes de 20 zlotych (Polonia), 1 billete de 500 zlotych (Polonia), 1 billete de 1000 zlotych (Polonia), 8 billetes de 50 zlotych (Polonia), 2 billetes de 100 zlotych (Polonia), 3 billetes de 200 zlotych (Polonia), 20 billetes de 20 francos (Suiza), 28 billetes de 10 francos (Suiza), 6 billetes de 100 francos (Suiza), 6 billetes de 50 francos (Suiza), 1 billete de 100 (Eslovenia), 2 billetes de 200 (Eslovenia), 34 billetes de 20 (Eslovenia), 3 billetes de 1000 (Eslovenia), 1 billete de 50 (Eslovenia), 1 billete de 500 (Eslovenia), 1 billete de 5 (Eslovenia), 1 billete de 50 (Países Bajos), 1 billete de 10 (Países Bajos), 1 billete de 2 bolívares (Venezuela), 1 billete de 10 bolívares (Venezuela), 1 billete de 20 bolívares (Venezuela), 1 billete de 50 bolívares (Venezuela), 1 billete de 1000 bolívares (Venezuela), 2 billetes de 2000 bolívares (Venezuela), 2 billetes de

5000 bolívares (Venezuela), 1 billete de 10.000 bolívares (Venezuela), 1 billete de 50 bolívares (Venezuela), 3 billetes de 20 pesos (Uruguay), 2 billetes de 50 pesos (Uruguay), 2 billetes de 200 pesos (Uruguay), 1 billete de 1000 pesos (Chile), 1 billete de 5000 pesos (Chile), billetes de 1000 colones (Costa Rica), 1 billete de 2000 colones (Costa Rica), 1 billete de 10 nuevos soles (Perú), 1 billete de 100 quetzales (Guatemala), 1 billete de 5 quetzales (Guatemala), 3 billetes de 20 naira (Nigeria), 1 billete de 10 libras (Egipto), 1 billete de 20 libras (Egipto), 3 billetes de 1 (Malasia), 1 billete de 20 (Filipinas), 1 billete de 500 (Grecia), 1 billete de 1000 (Grecia), 1 billete de 20 rupias (India), 1 billete de 50 (India), 1 billete de 20 (India), 1 billete de 5 pesos (Cuba), 1 billete de 1000 coronas danesas, 4 billetes de 20 dólares (Hong-Kong), 1 billete de 10 (Hong-Kong), 1 billete de 100 (Hong-Kong), 4 billetes de 500 rupias (Indonesia), 6 billetes de 100 rupias (Indonesia), 3 billetes de 1000 rupias (Indonesia), 8 billetes de 1000 liras (Italia), 4 billetes de 5000 liras (Italia), 3 billetes de 10.000 liras (Italia), 17 billetes de 20 pesos (México), 15 billetes de 50 pesos (México), 2 billetes de 100 pesos (México), 6 billetes de 200 pesos (México), 1 billete de 500 pesos (México), 1 billete de 1000 pesos (México), 8 billetes de 10 rublos (Rusia), 2 billetes de 100 rublos (Rusia), 1 billete de 50 rublos (Rusia), 4 billetes de 1 dólar (USA), 13 billetes de 10 deset kuna (Croacia), 6 billetes de 20 deset kuna (Croacia), 4 billetes de 5 dólares (Australia), 1 billete de 10 dólares (Australia), 1 billete de 50 dólares (Australia), 2 billetes de 1 dólar (Singapur), 3 billetes de 2 dólares (Singapur), 2 billetes de 10 dólares (Singapur), 4 billetes de 50 dólares (Singapur), 1 billete de 100 rupias (Sri Lanka), 6 billetes de 20 rupias (Sri Lanka), 1 billete de 10 rupias (Sri Lanka), 3 billetes de 100 coronas (Dinamarca), 3 billetes de 2000 pesos (Colombia), 1 billete de 500 (Camboya), 1 billete de 1000 (Camboya), 1 billete de 500 (Tailandia), 1 billete de 10 (Rumania), 2 billetes de 1 leu (Rumania), 1 billete de 50 liras (Rumania), 1 billete de 10.000 liras (Rumania), 2 bletes de 1.000 linares (Yugoslavia), 1 billete de 250.000 liras turcas (Turquía), 1 billete de 1.000.000 liras turcas (Turquía), 1

billete de 20.000.000 liras turcas (Turquía), 1 billete de 500 coronas (Noruega), 3 billetes de 200 coronas (Noruega), 2 billetes de 50 coronas (Noruega), 3 billetes de 5 wu j'iao (China), 1 billete de 1 yuan (China), 3 billetes de 50 patdesiat (Slovakia), 10 billetes de 50 patdesiat (República Chéca), 2 billetes de 100 escudos (Portugal), 4 billetes de 500 escudos (Portugal), 2 billetes de 1.000 escudos (Portugal), 1 billete de 2.000 escudos (Portugal), 2 billetes de 5.000 escudos (Portugal), 1 billete de 10 marcos (República Democrática de Alemania), 1 billete de 5 marcos (Alemania), 2 billetes de 10 marcos (Alemania), 1 billete de 100 marcos (Alemania), 2 billetes de 20 marcos (Alemania), 4 billetes de 200 coronas (República Checa), 4 billetes de 100 coronas (República Checa), 1 billete de 50 francos (Francia), 1 billete de 500 francos (Francia), 1 billete de 5 ykpihn (Ucrania), 1 billete de 10 francos (Francia), 1 billete de 20 (al parecer Tailandia), 1 billete de 25 rublos (URSS), 1 billete de 50 rand (Sudáfrica), 1 billete de 5 dolores (Bermudas), 1 billete de 20 shilling (Austria), 1 billete de lari (Georgia), 1 billete de 5.000 rupias (Indonesia), 1 billete de 100 coronas (Suecia), 3 billetes de 20 coronas (Suecia), 1 billete de 10 dólares (Trinidad y Tobago), 1 billete de 50 (Lituania), 1 billete de 100 (Lituania), 1 billete de 50 rials (Yemen), 1 billete de 2.000 rials (Irán), 1 billete de 5 dinares (Túnez), 1 billete de 10 dinares (Túnez), 1 billete de 10 dirhams (Arabia), 1 billete de 100 dirhams (Arabia), 1 billete de 20 dirhams (Magreb), 1 billete de 5 libras (Libano), 2 billetes de 1.000 libras (Libano), 1 billete de 10.000 libras (Libano).

La mayor parte de este dinero fue localizado en el domicilio de los acusados don Gerónimo y doña Rosa, en concreto, en el armario y el escritorio de la habitación en donde trabajaba doña Rosa, así como en bolsas que estaban en el suelo de la habitación y en una papelería. Otra parte del dinero fue localizada en un armario del piso de don Alfredo, en concreto, la cantidad de 49.000 € y la suma de 199.430 € se encontró en el interior de la mesilla de noche en el piso de DIRECCION001. Además, el día 8 la Policía intervino una maleta en el patio de luces del domicilio de los acusados, debajo de una ventana del piso

y pegada a la pared, en cuyo interior había la cantidad de 594.740 € que se encontraba allí depositada al menos desde el en que se había practicado el registro en el domicilio de los acusados. Asimismo, entre los años 2011 y 2012, el acusado don Gerónimo cogió en el despacho del Deán otros objetos pertenecientes a la Catedral, en concreto, dos libros facsímil del Libro de Horas de la Virgen Tejedora y el Libro de Horas de los Retablos, valorados en más de mil euros cada uno de ellos y entre los años 2000 y 2012 diez facsímiles del Códice Calixtino, valorados cada uno de ellos en una cantidad cercana a los tres mil euros, facsímiles que fueron encontrados en los registros llevados a cabo en los trasteros y las viviendas de los acusados de Milladoiro, DIRECCION001 y Negreira. Por otro lado, a lo largo del año 2003 el acusado se «apoderó de diversas cantidades pertenecientes a don Estanislao cuyo importe ascendió a 2.720 €.

A lo largo de todos estos años, don Gerónimo cogió, tanto del despacho del administrador, como del despacho del Deán, diversa documentación de contenido económico, jurídico y relativa a la seguridad de la Catedral, documentación que fue encontrada por la Policía en los registros mencionados y que es la siguiente:

– Documentación relativa a la empresa “Aldeasa”, incluido el convenio celebrado y la documentación donde se detalla la recaudación por punto de venta de la Catedral de Santiago, la auditoría externa realizada para la Catedral en los años 1994, 1995, 1998 y 1999. Estado de cuentas Aldeasa-Catedral y facturas emitidas por Aldeasa a favor de Proein Distribuciones S.L. en concepto de comisión de ventas brutas de las tiendas de la Catedral de Santiago entre los años 1994 y 1999.

– Documentos relativos a los ingresos obtenidos por la Catedral en concepto de servicio de Botafumeiro, por entradas vendidas por la Catedral, cantidades recibidas en concepto de donaciones, limosnas y en concepto de Visitas a Cubiertas, así como documentación acreditativa de su ingreso en cuentas de la entidad Banesto y del Banco Santander.

– Recibos de confesores, gratificaciones y canonjías y diversas facturas pagadas por distintos conceptos, así como gran cantidad de nóminas de trabajadores de la Catedral, correspondientes a los años 2011 y 2012. También un acta de constitución de la mesa de negociación del convenio colectivo con los trabajadores de la Catedral del año 2001 y documentación de la asesoría Jael con numerosas nóminas de empleados de la Catedral de Santiago.

– Documentación relativa a diversos proyectos, así, un proyecto de digitalización del Archivo y documentos relativos a la creación de un fondo documental de la Catedral y un proyecto de estudio documental. También diversos proyectos de obras, como proyectos de restauración del Pórtico de la Gloria, de las obras en la Casa del Deán, del Claustro, del acceso a los aseos de la Catedral y de acceso del público a las Cubiertas de la Catedral. Un proyecto de adecuación del Tesoro-capila de San Fernando y documento sobre el coro del rebistero de 1946.

– Información de la empresa A-1 Seguridade, que contiene partes de trabajo, facturas y presupuestos de esta empresa de seguridad para la Catedral, así como borradores y contratos suscritos con esta empresa y planos con expresión de las medidas de seguridad existentes en la Catedral, y partes de control de mantenimiento.

– Diversa documentación guardada en carpeta marrón con la inscripción Seguridad marzo-abril 2009, con partes de vigilancia de la empresa Prosegur.

– Diversa documentación de índole interna de la Catedral como notas, informes internos, albaranes, resúmenes de reuniones, etc, resúmenes de gastos, informes, estadísticas, notas informativas, del museo u otras dependencias catedralicias. Documentación bancaria, en especial varios contratos de apertura de cuentas. Numerosa documentación sobre contratos telefónicos y facturas. Recopilación de mails, recortes de periódicos y otros documentos referidos a la Catedral. Documentación contable, incluidas las cuentas del año 2008 y un libro-diario que recoge anotaciones desde el año 1991 hasta el año 2005. En concreto, una carpeta con las letras manuscritas

Administración, pagos, don Alejandro, que contiene en su interior recibos sobre pagos a trabajadores (autónomos) de la Catedral, entre ellos alguno a nombre de Gerónimo. Documentación remitida por el Arzobispado de Santiago a Don Alejandro, que contiene una memoria informativa del año 2003 relativa al Fondo Común Diocesano de Bienes.

– Una carpeta de color marrón con las letras manuscritas en rojo y naranja Cáritas, que contiene diversos recibis de Cáritas, con justificantes bancarios de donaciones realizadas por terceros.

– Borradores y documentación variada sobre contratos de prestación de servicios a la Catedral, y así la relativa a un contrato de audio guías fijas para la Catedral, la relativa a un contrato de prestación de servicios de Athena-Prevención de riesgos laborales para la Catedral, la relativa al contrato entre Novatec Consulting para creación y funcionamiento página web, y la referida a la empresa Cleaner Lamp S.A.

– Compendio de documentos remitidos por la Catedral a la Dirección General de Cooperación y Comunicación Cultural con documentación adjuntada como justificación de ayudas recibidas entre los años 2004 y 2010, y documentación original y copias relativas al Convenio entre el Consorcio de Santiago y el Cabildo.

– Diversa documentación relativa a convenios y reuniones con los órganos correspondientes de la Universidad de Santiago, y relativa a trabajos de profesores de esta institución.

– Acuerdos de colaboración entre el Cabildo y otras instituciones.

– Diversos originales y copias de contratos de arrendamiento de locales de la Catedral.

– Memoria de actividades de los archivos y bibliotecas del año 2002, numerosa documentación bancaria y facturas relacionadas con el archivo y la biblioteca catedralicia, así como documentación de la Comisión de cultura del Museo de la Catedral y otra documentación relacionada con la gestión del museo y las tarifas de alquiler de espacios en los museos.

– Documentación judicial, incluido poder judicial a nombre del Deán; copia de un auto de conciliación; copia de Diligencias Previas de Procedimien-

to Abreviado 1647/2006, y de distintos procedimientos laborales seguidos por los trabajadores de la Catedral contra el Cabildo.

– Distintos sobres pertenecientes a don Estanislao, conteniendo notas para publicaciones, copias de correos personales que incluían artículos académicos, cartas manuscritas con menciones personales, contratos y fotografías particulares, fechados todos con posterioridad al año 2000 y que alcanzan en algunos casos el año 2011, diligenciados como piezas de convicción 2.4, 2.8, 2.35, 1.31, 1.27 y 1.57.

Toda esta documentación ha sido referenciada por la Secretaría de esta Audiencia y consta como piezas de convicción 1.1 a 1.68 y 2.1 a 2.47.

Tercero.- El acusado don Gerónimo planeó utilizar el dinero sustraído e introducirlo en el tráfico mercantil, invirtiéndolo en la adquisición de fincas urbanas para lo cual se puso de acuerdo con su mujer, doña Rosa, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien era conocedora de la ausencia de medios de vida lícitos que justificasen la posesión de grandes cantidades de dinero en efectivo. Así, el día 13 de abril de 2005 los dos acusados adquirieron con ese dinero una vivienda de 70,33 metros cuadrados situada en el piso NUM000 del número NUM001 de la Avenida CALLE001, en el Milladoiro (anteriormente numerado como nº NUM008, NUM000), con sus anexos consistentes en dos plazas de garaje y un trastero, abonando para ello, en efectivo, la cantidad de 100.369,01 €, más IVA y que consta en el protocolo del notario don Enrique Roger Amat con el número 1356. Los acusados también abonaron los gastos de otorgamiento de la escritura pública que ascendieron a 259,56 €.

Además de ello, y utilizando el dinero sustraído, don Gerónimo, doña Rosa y don Alfredo, el 6 de febrero de 2008, adquirieron de la entidad Casas Rústicas del Atlántico en escritura pública y previo pago en efectivo de 150.253 € más el IVA, el ático NUM002 sito en el edificio nº NUM003 de DIRECCION001, Noalla, Sanxenxo, con sus anexos consistentes en dos plazas de garaje y un trastero. Dichas fincas se inscribieron en el Registro de la Propiedad de Cambados figurando como fincas números NUM004, NUM005,

NUM006 y NUM007, obrantes a los folios 39, 11, 25 y 52, del tomo 1253, libro 389. En dicha operación don Alfredo no abonó cantidad alguna procedente de su patrimonio, limitándose a concurrir al acto de otorgamiento de la escritura pública para figurar aparentemente como adquirente de una tercera parte de la finca.

Cuarto.- Por tales hechos, el acusado don Gerónimo estuvo en situación de prisión provisional desde el día 6 de julio de 2012 hasta el día 30 de enero de 2013.

Por su parte, la acusada doña Rosa estuvo en situación de prisión provisional desde el día 6 de julio de 2012 hasta el día 10 de julio de 2012».

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a don Alfredo del delito de blanqueo de capitales por el que fue acusado, con declaración de oficio de una vigésimo séptima parte de las costas procesales.

Que debemos absolver y absolvemos a don Gerónimo de los delitos contra la intimidad por los que fue acusado, con declaración de oficio de seis novenas partes de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a la acusada doña Rosa, como autora responsable de un delito de blanqueo de capitales, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión y multa de 268.425,11 €, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de seis meses y al pago de una vigésimo séptima parte de las costas procesales. Para el cumplimiento de la pena de privación de libertad que le imponemos, le abonamos todo el tiempo que ha estado en prisión preventiva por esta causa.

Que debemos condenar y condenamos al acusado don Gerónimo, como autor responsable de un delito de hurto, de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y de un delito de blanqueo de capitales, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena por el primero de los delitos de tres años de prisión; por el segundo de los delitos a la pena de cinco años de prisión y por el tercero de los delitos a la pena de dos años de

prisión y multa de 268.425,11 €, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de seis meses, y al pago de siete vigésimo séptimas partes de las costas procesales. Para el cumplimiento de la pena de privación de libertad que le imponemos, le abonamos todo el tiempo que ha estado en prisión preventiva por esta causa.

Como pena accesoria a las de prisión se impone a los condenados la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las penas privativas de libertad.

Se decreta el comiso de las llaves intervenidas pertenecientes a la Catedral, del piso NUM002 del edificio nº NUM003, sito en DIRECCION001, Noalla, Sanxenxo, así como de sus anexos consistentes en dos plazas de garaje y un trastero, inscritos en el Registro de la Propiedad de Cambados como fincas números NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007, así como del inmueble situado en piso NUM000 del número NUM001 de la Avenida CALLE001, en el Milladoiro (anteriormente numerado como nº NUM008, NUM000), con sus anexos consistentes en dos plazas de garaje y un trastero.

Se condena a don Gerónimo a indemnizar a la S.A.M.I. Catedral de Santiago de Compostela en la cantidad de 2.447.590,68 € y 30.106 \$, a cuyo efecto se aplicará al pago de dicha indemnización las cantidades de dinero intervenidas al acusado. Además, el acusado deberá restituir a la S.A.M.I. Catedral de Santiago de Compostela el Códice Calixtino, los ejemplares en facsímil del Códice Calixtino, los facsímiles del Libro de las Horas y el Offium Virginis, así como toda la documentación contenida en las cajas de las piezas de convicción perteneciente a la Catedral.

También deberá restituir la divisa en billetes extranjeros que figura incorporada a la causa. Las cantidades líquidas devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

Se condena a don Gerónimo a indemnizar a don Estanislao en la cantidad de 2.720 €, que devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

Notifíquese esta sentencia a los acusados personalmente, y a las demás partes, haciéndoles saber que pueden interponer recurso de casación, preparándolo ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta resolución».

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la Procuradora Sr. Vázquez Senin en nombre y representación de los acusados, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La presentación de los recurrentes basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECr en relación con el artículo 24 de la Constitución en su manifestación del derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva. SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del n° 1 del art. 849 de la LECr., por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter por aplicación indebida del art. 301 del C. Penal. TERCERO.- (Solo en la recurrente Rosa), por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, y 852 de la LECr, por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE). CUARTO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECr en relación con el art. 24 de la Constitución de los Derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del art. 24 de la Constitución en relación con el artículo 11 de la LOPJ. QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del n° 1 del art. 849 de la LECr., por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, concretamente el art. 11 de la LOPJ. SEXTO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr en relación con el art. 24 de la Constitución, de los derechos fundamen-

tales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del art. 24 de la Constitución en relación con los art. 333, 569 y 763 de la LECr. SÉPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del n° 1 del art. 849 de la LECr., por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, concretamente los art. 333, 569 y 767 de la LECr. OCTAVO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr en relación con el art. 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del art. 24 de la Constitución en relación con los art. 333 y 569 de la LECr y el art. 11 de la LOPJ. NOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del n° 1 del artículo 849 de la LECr, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, concretamente los art. 334, 338, 558, 570, 572 y 574 de la LECr. DÉCIMO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr en relación con el art. 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del art. 24 de la Constitución en relación con los artículos concretamente los art. 334, 338, 558, 570, 572 y 574 de la LECr. UNDÉCIMO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECr en relación con el 18.1 y 2 de la CE, en relación con el art. 558 de la LECr. DÉCIMO SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr en relación con el art. 24 de la Constitución, de los Derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que puede producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del art. 24 de la Constitución en relación con los arts. 334 y 338 de la LECr. DÉCIMO TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del n° 1 del art. 849 de la LECr. por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas

jurídicas de igual carácter, concretamente los arts. 334 y 338 de la LECr. DÉCIMO CUARTO (solo respecto de Gerónimo).- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECr. por infracción de ley, en relación con el art. 20.1 y 21.1 del CP, por falta de aplicación de dichos preceptos e infracción del art. 237 del mismo cuerpo legal. DÉCIMO QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECr., por infracción de ley, en relación con los arts. 57 al 71 de la LECr y 238, 240, 241 y 242 de la LOPJ. DÉCIMO SEXTO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr por infracción de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del art. 24 de la Constitución en relación con los arts. 57 a 71 de la LECr y 238, 240, 241 y 242 de la LOPJ. DÉCIMO SÉPTIMO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECr por infracción del art. 24 de la Constitución de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del art. 24 de la Constitución en relación con los artículos 10 de la CE y 389 y 520 de la LECr. DÉCIMO OCTAVO.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECr, por infracción de ley, en relación con los arts. 389 y 520 de la LECr. DÉCIMO NOVENO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr por infracción de los art. 17.2 de la CE, y el art. 24 de la Constitución, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, procedimiento con las debidas garantías y derecho de defensa, vulneración del art. 17.2 y 24 de la Constitución en relación con el art. 497 de la LECr.

5.- Instruidas las partes, el Procurador Sr. Vázquez Guillén en nombre y representación del «Cabildo Catedralicio de Santiago» presentó escrito impugnando el recurso, el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos

los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 14 de octubre de 2015; con fecha 18 de octubre se ha dictado auto acordando prorrogar el término para dictar sentencia por quince días.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRELIMINAR. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, con sede en Santiago de Compostela, condenó en sentencia dictada el 17 de febrero de 2015, a la acusada Rosa, como autora responsable de un delito de blanqueo de capitales, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión y multa de 268.425,11 €, con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses en caso de impago, y al pago de una vigésimo séptima parte de las costas procesales. Para el cumplimiento de la pena de privación de libertad se le abona todo el tiempo que ha estado en prisión preventiva por esta causa.

Además fue condenado el acusado Gerónimo, como autor responsable de un delito de hurto, de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y de un delito de blanqueo de capitales, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión por el primero de los delitos; por el segundo la pena de cinco años de prisión; y por el tercero la pena de dos años de prisión y multa de 268.425,11 €, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de seis meses, y al pago de siete vigésimo séptimas partes de las costas procesales. Para el cumplimiento de la pena de privación de libertad se le abonó todo el tiempo que ha estado en prisión preventiva por esta causa.

Como pena accesoria a las de prisión se impuso a los condenados la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las penas privativas de libertad.

Se decretó el comiso de las llaves intervenidas pertenecientes a la Catedral; el comiso del piso NUM002 del edificio nº NUM003, sito en A Re-

volta, Noalla, Sanxenxo, así como de sus anexos consistentes en dos plazas de garaje y un trastero, inscritos en el Registro de la Propiedad de Cambados como fincas números NUM004, NUM005, NUM006 y NUM007; así como del inmueble situado en piso NUM000 del número NUM001 de la Avenida CALLE001, en el Milladoiro (anteriormente numerado como n° NUM008, NUM000), con sus anexos consistentes en dos plazas de garaje y un trastero.

Se condenó a don Gerónimo a indemnizar a la S.A.M.I. Catedral de Santiago de Compostela en la cantidad de 2.447.590,68 € y 30.106 \$, a cuyo efecto se aplicará al pago de dicha indemnización las cantidades de dinero intervenidas al acusado. Además, éste deberá restituir a la S.A.M.I. Catedral de Santiago de Compostela el Códice Calixtino, los ejemplares en facsímil del Códice Calixtino, los facsímiles del Libro de las Horas y el Offium Virginis, así como toda la documentación perteneciente a la Catedral contenida en las cajas de las piezas de convicción. También deberá restituir la divisa en billetes extranjeros que figura incorporada a la causa. Las cantidades líquidas devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

Se condena a Gerónimo a indemnizar a don Estanislao en la cantidad de 2.720 €, que devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución. De otra parte, se absolvió a Gerónimo de los delitos contra la intimidad por los que fue acusado, con declaración de oficio de seis novenas partes de las costas procesales.

Y también fue absuelto Alfredo del delito de blanqueo de capitales por el que fue acusado, con declaración de oficio de una vigésimo séptima parte de las costas procesales.

Contra la referida condena formularon un recurso de casación conjunto ambos condenados, formalizando un total de 19 motivos. Sin embargo, como en su exposición se alteran los relativos a razones procesales y de fondo, procederemos, por razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición, a reordenar los motivos del

recurso a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por los que atañen a infracciones de índole procesal general, para proseguir después por los que corresponden al apartado probatorio de la sentencia, y terminar, finalmente, por las cuestiones de derecho penal sustantivo que suscita la parte recurrente.

PRIMERO. 1. En los **motivos decimoquinto y decimosexto** del recurso denuncia la defensa, con sustento procesal en el art. 849.1º de la LECr., la infracción de los arts. 57 a 71 de la LECr. y de los arts. 238, 240, 241 y 242 de la LOPJ.

En este caso la queja de la parte se refiere a la **tramitación del incidente de recusación** por parte del Juez de Instrucción recusado. Se alega al respecto que el Instructor, a pesar de haber sido formalmente recusado, prosiguió tramitando la causa mientras se sustanciaba el incidente de recusación, infringiendo así lo que dispone el art. 225 de la LOPJ, que ordena que en esa situación la instrucción debe proseguirla un sustituto, mandato que también figura en el art. 61 de la LECr. Remarca la defensa que el Juez prosiguió tramitando toda la causa, incluso la fase intermedia del procedimiento, y sólo abrió la pieza separada del incidente de recusación el 12 de septiembre de 2013, tras dictar el auto de apertura del juicio oral. Por todo lo cual, los recurrentes consideran que las actuaciones practicadas durante la fase de instrucción han de ser declaradas nulas, tanto por falta de imparcialidad del Instructor como por haberle generado indefensión a los acusados.

2. La pretensión de nulidad y de retroacción de las actuaciones que formula la parte recurrente no puede, sin embargo, acogerse, pues aunque el Juez de Instrucción vulneró la normativa relativa a la tramitación de la recusación, ello no quiere decir que la infracción de la norma procesal en que incurrió, por no separarse de la tramitación de la causa y por no trasladar la competencia al sustituto hasta que se dirimiera el incidente de recusación, genere una nulidad absoluta del procedimiento.

En efecto, en lo que respecta al principio de imparcialidad no puede afirmarse que la haya perdido el Instructor debido a la omisión procesal

en que incurrió. De hecho, la Audiencia confirmó después la competencia del Magistrado que instruía la causa al entender que no concurría ningún supuesto de falta de imparcialidad que justificara apartarlo de su conocimiento.

Y en el mismo sentido debemos pronunciarnos sobre la alegación de indefensión. Pues el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente afirmado que solo cabe hablar de indefensión cuando la actuación judicial produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio para los intereses del afectado (SSTC 48/1984, 155/1988, 145/1990, 188/1993, 185/1994, 1/1996, 89/1997, 186/1998, 2/2002, 32/2004, 15/2005, 185/2007, 60/2008, 77/2008, 121/2009, 160/2009 y 57/2012). Y este no es el supuesto en que ahora nos hallamos, vista la tramitación de las actuaciones procesales y la falta de argumentos en el recurso relativos a la constatación de una situación realmente de indefensión en el caso concreto.

Así las cosas, los dos motivos referidos han de desestimarse.

SEGUNDO. 1. Siguiendo con el análisis de los motivos atinentes a infracciones de índole procesal relacionadas con derechos fundamentales, corresponde examinar ahora el **motivo decimoveno** del recurso. En él invoca la defensa, al amparo del art. 852 de la LECr., la **vulneración de los arts. 17.2 y 24** de la Constitución, en relación con el art. 497 de la LECr.

Aquí se quejan los recurrentes de que el Juez de Instrucción dejó transcurrir más de 72 horas, después de que el detenido fuera puesto a su disposición, sin elevar la detención a prisión o sin dejarla sin efecto, por lo que se habría conculcado el derecho a la libertad del detenido, según la doctrina que el propio Tribunal plasmó en la sentencia 180/2011, de 21 de noviembre.

Argumenta sobre el caso concreto la parte impugnante que en el curso de la diligencia de entrada y registro en el domicilio de los acusados ubicado en la CALLE001, de Milladoiro (Ames), iniciado el día 3 de julio de 2012 a las 10,30 horas, estaban presentes tanto el imputado Gerónimo como el Juez de Instrucción, lo que quiere decir, según la defensa, que aquél se hallaba ya

a disposición del Magistrado, circunstancia que habría determinado que cuando el juez le recibió declaración el día 6 de julio de 2012, a las 11,18 horas, ya habían transcurrido las 72 horas que señala el art. 17 de la Constitución en relación con el art. 497 de la LECr.

2. La tesis que sostiene la defensa carece de fundamento en el supuesto examinado, pues, tal como se explica en la sentencia recurrida, consta en las actuaciones que fue el funcionario policial instructor del atestado quien acordó la detención de los acusados el día 4 de julio de 2012, una vez practicados los registros, y así lo ha ratificado en el acto del juicio el referido funcionario (folios 978 y 979). El hecho de que el juez hubiera estado presente durante los registros no implica que la detención acordada, una vez finalizados, fuese judicial y no policial, ya que no figura en las actuaciones ninguna resolución del juez acordando la detención del imputado ni tampoco decidiendo que quedara a disposición del Juzgado después de practicarse los registros. Fue el día 6 de julio siguiente cuando el detenido fue puesto a disposición judicial, comenzando en ese momento a computarse las 72 horas que se contemplan en el texto constitucional.

Por lo demás, poco tiene que ver con este caso lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional 180/2011, de 21 de noviembre, que se cita en el escrito de recurso. En el supuesto de esa sentencia traída a colación fue el órgano judicial el que acordó la detención, autorizando después el traslado del detenido a las dependencias policiales, lo que se llevó a efecto por agentes del Cuerpo Nacional de Policía. En el auto judicial mediante el que se acordó la detención, según especifica el Tribunal Constitucional, se decretó la permanencia del recurrente en calidad de detenido en las dependencias de la Comisaría de Policía de Málaga a disposición del Juzgado, señalando como fecha de su presentación para recibirle declaración y para legalizar su situación cinco días más tarde.

El Tribunal Constitucional afirmó en esa sentencia que el párrafo primero del art. 497 LECrim establece el instante de la entrega del detenido al juez como momento inicial para el cómputo

del plazo para que la autoridad judicial regule la situación del detenido, respondiendo a la lógica de que esa puesta a disposición judicial trae causa en una previa situación de detención practicada por un particular o por una autoridad o agente de la policía judicial y de que, en estos casos, la entrega a la autoridad judicial actúa como garantía judicial a posteriori de la libertad personal del detenido. Por el contrario, la detención judicial regulada en el párrafo segundo del art. 497 LECrim es una privación de libertad que no trae causa de una decisión ajena a la propia autoridad judicial y, por tanto, la intervención de la policía no se hace en virtud de una potestad o habilitación legal autónoma, sino que se limita a ser una mera ejecución de la decisión judicial. En ese contexto, tomando en consideración que la única finalidad de la detención realizada por parte de la policía era la de ejecutar la decisión judicial de detención para ponerlo a su disposición, no resulta posible aplicar como inicio del cómputo temporal uno diferente al de la propia ejecución material de la detención.

En cambio, en el caso que aquí se juzga no fue el juez quien ordenó la detención del imputado ni que se le tuviera a su disposición en la comisaría, sino que fue la propia policía la que decretó de inicio la detención sin ninguna decisión judicial previa que así lo acordara. Falta pues una resolución judicial acordando una detención que permita iniciar el cómputo del plazo judicial para la legalización que impone el art. 497 de la LECr. Y tampoco cabe entender, como pretenden los recurrentes, que por el hecho de que el juez estuviera presente en la diligencia de registro, cuando todavía el imputado no tenía la condición de detenido, estuviera decretando «de facto» o de forma tácita por su mera presencia una detención judicial.

Por consiguiente, el plazo de legalización judicial de la detención sólo se comenzó a computar a partir del día de 6 julio de 2012, que fue cuando los funcionarios policiales pusieron al detenido a disposición judicial.

Con arreglo a lo que antecede, es claro que el motivo no puede prosperar.

TERCERO. En los **motivos decimoséptimo y decimotavo** se denuncia, al amparo del art. 852 de la LECr., la violación de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un **procedimiento con todas las garantías y al derecho de defensa** (art. 24 CE, en relación con los arts. 389 y 520 de LECr.).

Aduce la defensa de los recurrentes que el Juez de Instrucción interrogó a los imputados, especialmente a Gerónimo, formulándole preguntas sugestivas y capciosas, al mismo tiempo que coartaba al recurrente. También se queja de que en el curso del interrogatorio se le dio un trato cuasi-despectivo y coactivo, y que el juez adoptó un tono de mofa hacia su persona.

El Tribunal sentenciador, ante la queja formulada sobre este particular por la defensa de los acusados, argumentó que no comparte algunas expresiones ni el tono empleado por el instructor en varios pasajes de su interrogatorio, pero ello no implica que el contenido de lo declarado sea fruto de la coacción o la presión anímica ejercida por el juez. En este sentido, ha de tenerse en cuenta, dice la Audiencia, que la declaración se prestó en presencia de los abogados de los acusados, que en ningún momento formularon protesta alguna. Además, se ha podido comprobar que en varios momentos de la declaración se le recuerda al acusado su derecho a guardar silencio o a no contestar a lo que se le pregunta. Incluso el Ministerio Fiscal, antes de comenzar a interrogar al detenido, le preguntó si se encontraba bien y en condiciones de declarar, y el acusado respondió en sentido afirmativo.

Ciertamente, tiene razón el Tribunal sentenciador cuando afirma que no comparte algunas de las expresiones del juez ni el tono empleado en el curso del interrogatorio, pues lo cierto es que algunos incisos de las preguntas del Juez de Instrucción o los comentarios a las respuestas del imputado están fuera de lugar, vista la dosis de ironía que utiliza para comentar o puntualizar las contestaciones del interrogado.

Sin embargo, ello no significa que se le generara una situación de real indefensión que determine la nulidad de la diligencia practicada. Debiendo dejar claro que, en cualquier caso, la declaración

del imputado no ha llegado a constituir una prueba de cargo relevante ni significativa para fundamentar la condena, dado que ésta no se ha cimentado sobre los datos que pudiera haber aportado el propio imputado, sino, sobre todo y sustancialmente, sobre las piezas de convicción intervenidas en su domicilio y otros inmuebles que ocupaba, además de la documentación y de la prueba testifical que las complementa.

En consecuencia, los motivos décimo séptimo y décimo octavo se desestiman.

CUARTO. 1. Bajo la cobertura del art. 852 de la LECr., se denuncia en los **motivos cuarto y quinto** la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho de defensa y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE en relación con el art. 11 de la LOPJ).

La tesis que sostiene aquí la defensa es que, tras haber sido decretada la nulidad de la **diligencia de instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de las conversaciones en la vivienda** de los acusados, debió declararse, en consecuencia, la nulidad de las restantes diligencias probatorias, ya que todas tuvieron su raíz de procedencia en la diligencia anulada. Alegan los recurrentes que los datos que se aportan en el oficio policial de 27 de mayo de 2012 (folios 4954 y ss. del tomo 10 de la causa) muestran que esa diligencia fue fundamental para obtener las fuentes de prueba necesarias para incriminar a los acusados, de modo que, una vez suprimida, habría que anular todas las fuentes de prueba obtenidas a partir de su práctica, entendiendo la parte que una de las conversaciones grabadas en el domicilio fue la que determinó la práctica de los registros. En concreto la conversación en la que el recurrente Gerónimo se queja ante su familia al comprobar que le han andado con las cosas de su despacho privado. Tanto la esposa del acusado como su hijo discrepan a continuación de las protestas de Gerónimo, comentándole que en ese despacho sólo hay porquería y que lo que tiene que hacer es trasladar todos los trastos para allí dentro e instalar una cerradura. El hijo le afea a su padre la reacción que ha tenido por no considerarla

normal y le comenta que allí tiene que esconder algo que no quiere que sepan los demás.

La defensa alega que ese incidente, conocido a través de la grabación policial en el interior del domicilio familiar, fue el que desencadenó la práctica de los registros de los inmuebles y el descubrimiento de todo el dinero, los documentos y el Códice Calixtino, así como los restantes objetos de valor que estaban en poder del acusado.

2. Respondiendo a los alegatos de la defensa del acusado en la vista oral del juicio, la Audiencia declara la nulidad de la diligencia de instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de las conversaciones en el domicilio de los acusados aplicando la doctrina de la sentencia 145/2014, de 22 de septiembre, en la que se decretó la nulidad de las escuchas practicadas mediante micrófonos instalados en unos calabozos policiales por falta de la habilitación legal para realizarlas. Consideró la Audiencia que en este caso también era imprescindible la reserva de ley, por constituir «el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas», lo que «implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate», pero que en todo caso determinan que «el legislador ha de hacer el “máximo esfuerzo posible” para garantizar la seguridad jurídica», esto es, «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STC 49/1999). Por tanto, de dichas citas jurisprudenciales se desprende que, bien se enfoque desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones, bien del derecho a la vida privada, existe un denominador común que ha de concurrir para que la injerencia de dichos derechos sea legítima, y no es otro que la habilitación legal. El juez no ostenta un poder sin límites y sus potestades no son otras que aquéllas que le otorga la Ley a cuyo imperio está sometido. Es la ley la que debe definir el alcance de la discrecionalidad del juez y la forma de ejercerlo de modo

que las personas se encuentren protegidas frente a cualquier injerencia injustificada.

En este caso, la Audiencia, tras considerar que la medida adoptada, consistente en la instalación de dispositivos electrónicos ocultos en la vivienda de los acusados para captar las conversaciones familiares, afecta a derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y, especialmente, el derecho a la vida privada, la anula por no estar contemplada en nuestro ordenamiento jurídico y analiza después los efectos derivados de esa nulidad.

A este respecto, establece que la consecuencia directa de la declaración de nulidad ha de ser la exclusión del proceso de las grabaciones propuestas como prueba documental por las partes acusadoras a raíz de las escuchas realizadas. Sin embargo, a continuación argumenta —en contra de la tesis de la defensa— que dicha nulidad no afecta a las restantes diligencias de instrucción llevadas a cabo porque no se ha practicado prueba alguna que permita establecer un nexo o relación de antijuridicidad entre dichas grabaciones y las restantes diligencias de prueba practicadas.

El Tribunal sentenciador se dedica acto seguido a desvirtuar los argumentos empleados por la defensa para extender la nulidad a las restantes diligencias de instrucción practicadas. Un primer argumento se basa en las grabaciones escuchadas en el juicio oral a petición de la propia defensa. Se trata de una discusión entre los acusados en la que el padre le reprocha al hijo que alguien ha tocado sus cosas y éste lo niega y le dice que no sabe si esconde algo. La Audiencia considera que no se puede entender que esa frase haya sido el factor desencadenante de la práctica de los registros, dado que en esa conversación no se menciona el Código ni el dinero. En ella la acusada se limita a decir, dirigiéndose a su marido, que en ese despacho «no tiene más que mierda», «no sé si habrá ratones, lo que tiene ahí es mierda nada más». Por tanto, entiende la Sala de instancia que esa conversación nada tiene de anormal en el contexto de una fuerte discusión familiar, no pudiendo estimarse que proporcionara información relevante alguna para la causa.

Y destaca después como dato ilustrativo el hecho de que la defensa haya tenido a su disposición desde hacía varios meses el resultado de la diligencia instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación sonidos, con grabaciones que suman muchas horas, pese a lo cual tan sólo ha podido señalar el breve fragmento referido anteriormente, en el que nada se dice acerca de la sustracción del Código ni del dinero.

Por otro lado, se tilda en la sentencia de parcial y sesgada la interpretación que hace la defensa del oficio en el que se solicitó la instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de sonidos, interpretación en la que se incide en los distintos indicios que concurren para dirigir la investigación contra el acusado y se expresan las razones que no aconsejan la entrada y registro en ese momento debido a que se corre el riesgo de que el Código esté oculto en un lugar en donde no pueda ser localizado sin la colaboración del autor de la sustracción. Ello, dice la Audiencia, no se contradice con el hecho de que al haber resultado infructuosa la diligencia de instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación sonidos se haya optado por practicar los registros. De hecho, si se hubiera obtenido información sobre el Código a través de esa diligencia, el libro habría aparecido el primer día de los registros y no el segundo, y además debe recordarse que su aparición se debió a la información proporcionada por Alfredo (el hijo) sobre la existencia del garaje cerrado. Señala la sentencia recurrida que tampoco es un hecho corroborador de la tesis de la defensa el contenido del auto de entrada y registro por la circunstancia de que mencione la posibilidad de averiguar la participación del acusado en otros delitos contra el patrimonio, puesto que el auto en que se acuerda la instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación sonidos ya advertía en su parte dispositiva que «esta medida tiene por objeto la comprobación de los posibles delitos de hurto, contrabando y blanqueo».

Frente a la trascendencia que la defensa otorga al resultado de la referida diligencia de escuchas

domiciliarias, resalta la Audiencia el hecho de que los agentes de la Policía números NUM009 y NUM010, instructor y secretaria del atestado, respectivamente, han declarado que desde el principio centraron las sospechas en Gerónimo. Y el Tribunal reseña a continuación los indicios con que contaban ya contra el referido acusado con anterioridad a la práctica de la diligencia anulada.

Los indicios los desglosa la sentencia recurrida en los siguientes apartados: a) la información recabada a través de diversos testimonios en torno a las rencillas o desavenencias que mantenía el señor Gerónimo con los responsables de la Catedral, en cuanto a la presunta deuda que mantenían con él a raíz de lo que el acusado entendía que había sido un despido; b) su presencia continua en el recinto de la Catedral a pesar de que había dejado de prestar sus servicios hacia varios años; c) la aparición de las llaves en la Capilla del Alba en el mes de enero de 2012 con la etiqueta «ARCH CAT» entre el material eléctrico de deshecho perteneciente al acusado, a pesar de que él había negado disponer de llaves del archivo, llaves que coincidían con las que el Deán conservaba del archivo catedralicio, según comprobaciones realizadas por los investigadores; d) la versión ofrecida por el acusado en su primera declaración policial con respecto al facsímil del Código que poseía y que según él era fruto de un regalo del Deán, versión contradicha por éste al negar haber efectuado tal regalo; e) el hecho de que el acusado había sido sorprendido años antes por Reyes en el despacho del Deán; y f) el episodio relatado por Sixto a la Policía sobre lo ocurrido en la Capilla de la Corticela años atrás cuando se encontró abiertas las puertas de la Capilla y del armario donde se guardaban las colectas y al acusado en el interior de la capilla, cuando aquél había dejado cerradas esas puertas antes de ir al coro.

Subraya la Audiencia que tales indicios, todos ellos anteriores y ajenos a la práctica de la diligencia de la instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación sonidos, fueron los determinantes para dirigir sus sospechas hacia el acusado y solicitar las entradas y regis-

tros en sus viviendas, por lo que considera que ninguna conexión de antijuridicidad se aprecia entre la referida diligencia y las restantes practicadas.

3. En la sentencia recurrida se argumenta que no cabe acordar la nulidad de los registros domiciliarios ni del hallazgo de las piezas de convicción que se obtuvieron en el curso de esas diligencias y otras posteriores, fundamentándolo en que se da una desconexión de antijuridicidad entre la diligencia de instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación sonidos y los registros que posteriormente se practicaron. Sin embargo, ha de entenderse que lo que sucede en el presente caso es más bien una desconexión del vínculo causal entre las dos diligencias judiciales de investigación, o cuando menos un nexo sustancialmente diluido entre el resultado de la diligencia de instalación de dispositivos electrónicos y la decisión de la práctica de las diligencias posteriores de registro, dada la inconsistencia probatoria apreciada en lo referente a la verificación de la conexión de causalidad.

La **jurisprudencia del Tribunal Constitucional** tiene establecido que la ilicitud constitucional se extiende también a las **pruebas derivadas o reflejas** si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe una **conexión natural o causal** (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida). En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, **en supuestos excepcionales**, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia. Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten **excepcionarla**, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el

derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una **conexión de antijuridicidad** entre la prueba originaria y las derivadas (SSTC 81/1998, FJ 4; 49/1999, FJ 14; 94/1999, FJ 6; 171/1999, FJ 4; 136/2000, FJ 6; 28/2002, FJ 4; 167/2002, FJ 6; 261/2005, FJ 5; y 66/2009, FJ 4).

A su vez, para determinar si existe o no esa **conexión de antijuridicidad** se estableció en la STC 81/1998, de 2 de abril, una doble perspectiva de análisis: una **perspectiva interna**, que atiende a la *indole y características de la vulneración* del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (*qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma*), así como al *resultado inmediato* de la infracción (*el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente*). Y, en segundo lugar, una **perspectiva externa**, que contempla las *necesidades esenciales de tutela* que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son **complementarias**, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (SSTC 81/1998, 121/1998, 49/1999, 94/1999, 166/1999, 171/1999, 136/2000, 259/2005, FJ 7; y 66/2009, FJ 4).

Y en lo que respecta a la **jurisprudencia de esta Sala**, siguiendo los criterios marcados por el Tribunal Constitucional, comienza recordando que el artículo 11.1 de la LOPJ dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Indirectamente ha de entenderse, según ha señalado el Tribunal Constitucional (ATC 282/1993), como una referencia a aquellas ocasiones en las que se ha producido una previa conculcación de un derecho fundamental que de manera inmediata no proporciona material probatorio, pero lo obtenido sirve

para conducir de forma mediata hasta otra fuente de prueba. El sentido del precepto implica no solo que no es posible valorar las pruebas obtenidas directamente con la vulneración del derecho fundamental, sino también que no pueden ser utilizados legítimamente como medios de investigación, o como datos para iniciar u orientar una investigación penal, aquellos que hayan sido obtenidos violentando los derechos o libertades fundamentales. El artículo 11.1 establece una prohibición de valoración equiparando ambos supuestos; y que, en todo caso, la posibilidad de no aplicación de esa norma general debe valorarse como una excepción, que, como tal, ha de venir especialmente justificada (STS 73/2014, de 12-3).

Los casos generalmente examinados hacen referencia a supuestos en los que los datos obtenidos violentando el derecho fundamental se combinan con otros cuya procedencia es independiente. Se hace así referencia, entre otros, a los casos de hallazgo casual o de descubrimiento inevitable en los que razonablemente se hubiera llegado a la obtención del dato relevante por vías lícitas e independientes, o en los supuestos de conexión especialmente atenuada por la escasa significación del dato obtenido o por otras razones atendibles (STS 73/2014, de 12-3).

También se ha dicho por esta Sala que la llamada doctrina del «fruit of the poisonous tree» (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del «inevitable discovery» (descubrimiento inevitable). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, «conexión de antijuridicidad», que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hu-

quiera dado, no es el resultado de esa condición (SSTS 69/2013, de 31-1; 912/2013, de 4-12; y 963/2013, de 18-12).

En la sentencia de esta Sala 320/2011, de 22 de abril (acogiendo los criterios de la STC 197/2009, de 28 de septiembre, y de las que en ella se citan), se establece que la conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado. Tal prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en la garantía constitucional de inocencia, como regla del juicio, de tal manera que impide todo mecanismo probatorio en contra de quien se produzca, y su concreción legal se dispone en el art. 11.1 de la LOPJ, de tal modo que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Ahora bien, se precisa en la referida sentencia 320/2011 que tal efecto: directo e indirecto, tiene significación jurídica diferente. En consecuencia, no podrán ser valoradas —si se quiere, no surtirán efecto, en la terminología legal— aquellas pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación constitucional. Por ejemplo, en el caso de que se declare la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, directamente no es valorable el contenido de tales escuchas, es decir, las propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo mismo obtenido por tal espuria fuente. La significación de su obtención indirecta es más complicada de establecer, pero ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información, esto es, que tales pruebas ilícitas no pueden servir de fuente de información para convalidar una actividad probatoria derivada de la primera, conectada de forma inferencial con

respecto a esta última. Todo ello sin perjuicio de la teoría del hallazgo casual, el «discovery inevitable» o la flagranza delictiva, como supuestos de desconexión.

Por último, después de recordar la perspectiva interna y externa que señala el Tribunal Constitucional a la hora de ponderar la conexión de antijuridicidad, incide la sentencia 320/2011 en la distinción entre una perspectiva natural y otra jurídica. La primera —la natural— supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula (así, el hallazgo encontrado en un registro nulo, es también nulo, porque deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas, como el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada). En la segunda perspectiva —la jurídica— la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural consecuencia de su antecedente. Y advierte de que es imprescindible diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente (art. 11.1 LOPJ), y las que lo sean de forma independiente y autónoma de la prueba nula. Y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida

y la derivada, a lo que ya nos hemos referido con anterioridad.

Finalmente, las sentencias de esta Sala 811/2012, de 30 de octubre, y 511/2015, de 21 de julio, después de plasmar y asumir las líneas principales de la sentencia 320/2011, que acabamos de sintetizar, entran a distinguir dos corrientes en la jurisprudencia de este Tribunal. Una más tradicional, anterior a la sentencia 81/1998 del TC, y otra corriente posterior en la que se aplican las nuevas pautas del TC. En la concepción primigenia de esta Sala se acentúa o intensifica el efecto reflejo o indirecto de la infracción de la norma constitucional, buscando así otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal («Deterrence effect»). La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior («directa o indirectamente»), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Se considera que prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. De forma que el efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la L.O.P.J. únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir «prueba diferente» (pero derivada), con «prueba independiente» (sin conexión causal).

En la segunda fase jurisprudencial que se reseña en la sentencia 511/2015 como surgida a partir de la STC 81/1998, se implanta un criterio más flexible merced a la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad. En virtud del mismo, se atenúa el efecto anulatorio derivado de la infracción de la norma constitucional, de modo

que la anulación de la prueba refleja o derivada no se genera sin más de la conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino que se requiere la conexión jurídica entre ambas o conexión de antijuridicidad, que exige un examen complejo y preciso que va más allá de la mera relación de causalidad natural.

Así las cosas, para que opere la prohibición de valoración de las pruebas reflejas o derivadas se precisa que concorra una vinculación o un nexo no solo causal o natural entre la prueba ilícita y la derivada, sino que se exige también un vínculo o nexo de antijuridicidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

Para determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no —se afirma en la STS 511/2015 y en otras de esta Sala— hemos de analizar, según el Tribunal Constitucional, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho constitucional materializada en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de dilucidar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de ponderar, desde una perspectiva que debe considerarse externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Ambas perspectivas, según ya se anticipó, son complementarias.

En cuanto a la perspectiva interna, es fundamental ponderar la gravedad del menoscabo del derecho constitucional en liza y su ámbito de repercusión en el caso concreto con respecto a las pruebas reflejas. Ha de considerarse, en primer término, cuál de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucio-

nales) ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma (STC 81/1998).

En lo que atañe a la perspectiva externa, ha de atenderse a la necesidad de tutela del derecho fundamental menoscabado según las circunstancias del caso concreto, ponderando si la conducta de los órganos encargados de la investigación penal se hallaba encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones u otro derecho fundamental. A tal efecto, se procurará constatar si se está ante una vulneración intencionada, gravemente negligente o simplemente errónea, datos indiciarios que se consideran especialmente significativos para sopesar las necesidad de activar el efecto disuasorio por estimarlo indispensable para tutelar de cara al futuro la eficacia del derecho fundamental menoscabado, a cuyo fin debe procederse a la anulación de las pruebas derivadas.

En la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra (SSTS 320/2011, de 22-4; 811/2012, de 30-10; 69/2013, de 31-1; 912/2013, de 4-12; 963/2013, de 18-12/2014, de 12-3; 511/2015, de 17-7).

QUINTO. 1. La traslación al **caso concreto** de los criterios jurisprudenciales que se acaban de exponer en el fundamento precedente determina el rechazo de la tesis anulatoria de las diligencias de registro que postula la parte recurrente. El motivo del recurso no puede acogerse a tenor de los indicios que concurrían contra el acusado con anterioridad a la diligencia de instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación sonidos en el interior de su domicilio, y también atendiendo a la eficacia real que tuvo esta diligencia para acordar realizar los registros que después se tramitaron.

Tal como se expuso en el fundamento anterior, toda la investigación de los meses precedentes a la decisión judicial de instalar la escucha en

el domicilio de Gerónimo proporcionaba claros indicios contra éste, que se había convertido de forma patente en el centro de las pesquisas. Todos los datos objetivos indiciarios apuntaban hacia él, según refiere la Audiencia. Así lo acreditaban las rencillas o desavenencias que mantenía con los responsables de la Catedral por razones laborales; su sospechosa presencia diaria en las dependencias de la basílica; la aparición de las llaves entre el instrumental de trabajo que utilizaba para las tareas de electricidad; sus respuestas inveraces ante la policía en cuanto a la procedencia de un facsímil del Código Calixtino que tenía en su poder, que atribuyó a un regalo del Deán, que éste contradujo; el que una testigo lo sorprendiera sin explicación alguna en el interior del despacho del Deán; y el episodio ya reseñado de que fuera sorprendido en la Capilla de la Corticela con las puertas abiertas del armario donde se guardaban las colectas y al acusado en el interior de la capilla.

En el mismo sentido debe también citarse la declaración prestada por el Técnico de Archivo de la Catedral de Santiago de Compostela, David, quien unos meses antes a la diligencia de instalación de dispositivos electrónicos en la vivienda declaró a la policía que el día en que se hizo pública la desaparición del Código vio entrar en la Catedral con una mochila negra al acusado por la puerta de las Platerías, saliendo después a los tres minutos (folio 882 de la causa).

Y también constaban en las actuaciones datos indiciarios de que el acusado había intervenido en pequeños hurtos dentro de la capilla de La Corticela y en el Instituto Teológico de Santiago, según concretó la policía en el oficio de petición de la instalación de los dispositivos electrónicos de escucha y grabación de conversaciones en el interior de la vivienda del acusado (folio 4960 de la causa).

De otra parte, el hecho de que hubieran sido intervenidos los teléfonos del ahora recurrente mediante el auto dictado el 24 de mayo de 2012, es decir, con anterioridad a que se le hubieran instalado los dispositivos de escucha y grabación en su vivienda, acredita que concurrían ya desde hacía tiempo sospechas fundadas contra él de

una entidad suficiente para intervenir sus comunicaciones telefónicas.

Los datos objetivos que hemos venido exponiendo justificaban, pues, el registro de su vivienda y otros inmuebles. Y es que todo acredita que si no se acudió a esa diligencia de investigación y sí a grabar previamente las conversaciones de su domicilio, fue porque se consideraba que lo importante era recuperar el Código y se preveía que no iba a tenerlo oculto en el domicilio, sino que era muy posible que lo tuviera en otro lugar o incluso que lo hubiera vendido. Así permite inferirlo el hecho de que el oficio solicitando la instalación de la escucha en su vivienda se refiriera a los delitos de hurto, contrabando y blanqueo. Se consideraba, por tanto, más operativa para localizar el Código la escucha telefónica o la grabación de las conversaciones mediante la instalación de dispositivos electrónicos en el interior de la vivienda, que la entrada y registro en el domicilio, visto el tiempo transcurrido desde la desaparición del histórico libro. Y así se dice expresamente por la policía en el oficio de petición de instalación de las escuchas en el espacio familiar (folio 4959 de la causa).

De otra parte, es importante también incidir en el hecho de que las grabaciones de las conversaciones familiares no descubrieran ningún dato relevante para el hallazgo del Código, puesto que la disputa familiar que hemos reseñado anteriormente cuando el acusado se quejó de que le anduvieran en sus cosas personales, no puede considerarse un dato significativo en orden a acreditar que el Código después de un año se encontrara en el interior de la vivienda. Debe, pues, afirmarse que la práctica de los registros fue una decisión que se adoptó como un paso más que había que dar ante el agotamiento de la investigación de las escuchas sin un resultado fructífero para la localización del Código sustraído.

2. Los hechos indiciarios que concurrieron en el caso con anterioridad a que se adoptara la medida de investigación anulada judicialmente por carecer de cobertura legal en el ordenamiento jurídico, permiten concluir que se está ante un supuesto de *descubrimiento inevitable*, habida cuenta que existía una investigación muy avan-

zada elaborada sobre datos incriminatorios relevantes contra el acusado Gerónimo que habrían de conducir necesariamente al registro de sus domicilios, una vez que no pudiera determinarse previamente el lugar concreto en que pudiera hallarse el Código Calixtino.

El cúmulo de datos inculpatorios que convergían contra su persona justificaba holgadamente que acabaran practicándose los registros de sus viviendas, que —se insiste en ello— si no fueron realizados con anterioridad ello obedeció únicamente a que se consideró más operativo y eficaz para localizar el Código grabar las conversaciones que pudieran mantener en el domicilio las personas sobre las que recaían sospechas sólidamente fundadas.

Por otra parte, la conversación a que se refiere la defensa como factor desencadenante de los registros domiciliarios carece de una enjundia incriminatoria significativa. Tanto es así que puede afirmarse que no concurren pruebas acreditativas de que fuera el hecho determinante de la práctica de los registros. Pues ni se hace referencia a esa conversación en las resoluciones judiciales que autorizaron las entradas y los registros en los inmuebles, ni tampoco puede inferirse con arreglo a un juicio de máximas de experiencia que una conversación en la que el padre de familia se queja de que le anden en sus cosas personales, pueda ser catalogada como dato indiciario relevante y sustancial para que se adoptara la decisión de registrar las viviendas.

Las diligencias de registro se mostraban como actos de investigación insoslayables e inevitables desde hacía varios meses, una vez que los indicios incriminatorios apuntaban con solidez y rigor en contra de Gerónimo, siendo razones de practicidad y de planificación de la estrategia más idónea para localizar el Código las que determinaron que se pospusieran los registros domiciliarios, dando preferencia a otras diligencias que apuntaban más directamente y con mayores garantías de acierto hacia el objetivo concreto buscado: el hallazgo del preciado libro.

Así las cosas, atendiendo a la irrelevancia e inanidad de los datos obtenidos mediante la diligencia de captación y grabación de las conversaciones

familiares en el domicilio mediante la instalación de dispositivos electrónicos, puede aseverarse incluso que la desvinculación entre esta diligencia y los registros domiciliarios ha de encuadrarse más en el plano de la causalidad natural u ontológica que en el de la antijuridicidad. Pues al no hallarse dato relevante alguno en las escuchas del interior de la vivienda que determinara la decisión de registrarla, difícilmente puede decirse que desde la perspectiva de la causalidad natural fuera la diligencia anulada el factor desencadenante de los registros. Y si a ello le unimos el juicio hipotético sólidamente asentado de que en todo caso se iban a acabar registrando las viviendas, parece que lo razonable es concluir que se aprecia una desconexión causal entre las fuentes de prueba obtenidas en los registros con respecto a las que pudieran haber emergido en el curso de las grabaciones de conversaciones previas en el domicilio, ya que en este segundo caso las fuentes de prueba resultaron prácticamente inexistentes. En virtud de todo lo razonado ha de ratificarse la eficacia probatoria de las fuentes de prueba procedentes de las diligencias de los registros de lo inmuebles, desestimándose así los motivos cuarto y quinto del recurso.

SEXTO. 1. En los **motivos decimosegundo y decimotercero** se denuncia, al amparo del art. 852 de la LECr., la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un procedimiento con las debidas garantías y al derecho de defensa (art. 24 CE), en relación también con los arts. 334 y 338 de la LECr.

La tesis del motivo se fundamenta en las ilegalidades de las grabaciones de imagen efectuadas en el despacho del administrador de la Catedral. Alega la defensa que en la grabación, selección y visionado de esas imágenes de vídeo se infringieron diferentes normas por la forma de practicarlas. En concreto, se queja de que la recogida de las grabaciones y su entrega a los policías se realizó sin la presencia judicial y sin contradicción, y las mismas omisiones le atribuye al volcado posterior de las imágenes, entregándoles finalmente a las partes un CD con 45 vídeos y un programa para su visionado. Considera la defensa del acusado que en esos 45 vídeos no puede estar com-

prendida la totalidad de las imágenes grabadas durante dos años. Por lo cual, el material tuvo que haber sido objeto de cortes y exclusiones, lo que permitiría colegir una ruptura de la cadena de custodia.

También se denuncia la falta de la intervención de las partes y de la Secretaria del Juzgado en el volcado y la selección del contenido del disco duro, que habría sido trasladado a Madrid por la policía para su volcado.

Según los impugnantes, las declaraciones en el juicio prestadas sobre todos esos temas por los administradores de la Catedral Alejandro y Oscar, así como por el instalador de la cámara de vídeo —Segismundo— en el despacho del administrador revelan numerosas contradicciones, tanto sobre el sistema de funcionamiento de la cámara como sobre su visionado posterior. Y también se queja la defensa de la falta de aclaración por parte de los funcionarios policiales en el plenario en todo lo referente al volcado y selección del material grabado.

2. Pues bien, a todas estas cuestiones **responde la Audiencia** en la sentencia argumentando que entiende que el despacho del administrador de la Catedral en el que fueron grabadas las imágenes del acusado accediendo a la caja fuerte es un espacio privado y un lugar en el que se desarrolla una actividad exclusivamente personal. A este respecto, ha de recordarse que la prueba practicada pone de manifiesto que el despacho estaba cerrado con llave y antes de llegar a él había que atravesar una antesala que también tenía una puerta de acceso cerrada con llave, llaves que sólo tenía el administrador, tal y como han declarado no sólo los dos antiguos administradores, Alejandro y el Oscar, sino también otros testigos como Estanislao, quien precisó que el administrador no recibía a la gente en su despacho y que no quería que se entrara en él, pues allí se hallaban las cajas fuertes. Y también Reyes, persona encargada de las tareas de limpieza, manifestó que así como el despacho del Deán estaba casi siempre abierto, el del administrador sólo lo podía limpiar cuando había gente dentro porque no tenía llaves.

Además, la Audiencia estimó que se cumplieron todos los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida por haber sido instalada la cámara con el fin de detectar la autoría de posibles sustracciones de dinero de las que había indicios desde hacía bastante tiempo. En cualquier caso, es importante resaltar que la cámara de vídeo fue instalada en el interior del despacho del administrador por los propios responsables de la Catedral, sin que conste que el administrador, que era uno de los responsables del recinto, se opusiera a ello. Por lo que no era precisa una autorización judicial para la instalación de la cámara de vídeo, operación que fue realizada por iniciativa de las personas que dirigen el centro religioso con anterioridad al inicio del proceso. Otra cosa muy distinta son las formalidades y garantías que han de observarse en cuanto a la aportación del resultado de esa grabación privada a la causa procesal.

Una vez aclarado cuáles fueron las diligencias practicadas en la vista oral del juicio para constatar la decisión y la forma en que se materializaron las grabaciones y el curso que éstas siguieron, conviene examinar si ha concurrido o no la vulneración de la cadena de custodia que denuncia la parte recurrente.

3. Centrado en tales términos el motivo de impugnación, conviene anticipar que la doctrina viene entendiendo como «**cadena de custodia**» el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben cumplir una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba.

Esta Sala tiene establecido que la integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del Tribunal no sufre alteración alguna. Al tener que circular o transitar por diferentes lugares los efectos o enseres intervenidos en el curso de la investigación, es

necesario para que se emitan los dictámenes periciales correspondientes tener la seguridad de que lo que se traslada es lo mismo en todo momento, desde que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye (SSTS. 6/2010, de 27-1; 776/2011, de 26-7; 1043/2011, de 14-10; 347/2012, de 25-4; 83/2013, de 13-2; 933/2013, de 12-12; y 303/2014, de 4-4).

También se tiene dicho que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción intervenido; se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido alteración alguna (STS 1072/2012, de 11-12).

Y en cuanto a los efectos que genera lo que se conoce como ruptura de la cadena de custodia, esta Sala tiene afirmado que repercute sobre la fiabilidad y autenticidad de las pruebas (STS 1029/2013, de 28-12). Y también se ha advertido que la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional sobre las piezas de convicción del delito pueda generar un equívoco o un error sobre cualquier dato decisivo para el juicio de tipicidad. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso justo (SSTS 884/2012, de 8-11; y 744/2013, de 14-10).

Las objeciones que suelen hacer las partes a la práctica de la cadena de custodia afectan a cuestiones de naturaleza fáctica que, como tales, se hallan sujetas a las reglas generales sobre valoración de la prueba. En otras palabras, no se pueden confundir los dos planos: irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. No es una cuestión de nulidad o in-

utilizabilidad, sino de fiabilidad (STSS 506/2012, de 11-6; 884/2012, de 8-11; 195/2014, de 3-3; y 508/2015, de 27-7, entre otras).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una regulación unitaria y sistemática sobre los requisitos y garantías de la cadena de custodia, si bien regula de forma dispersa algunos aspectos relativos a esa materia. Por ejemplo, al prever en el art. 326 que «cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez Instructor o el que haga sus veces los recogerá y conservará para el juicio oral...» (art. 326 LECr.); o cuando dispone el art. 334 de la LECr. que «el Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió...». Igualmente se ocupan de otras cuestiones relacionadas con la cadena de custodia los arts. 282, 292, 330, 338, 770.3 y 796.1.6, de la LECr.

4. A la luz de la precedente doctrina jurisprudencial, y centrados ya en las impugnaciones formuladas en el **caso concreto**, la nulidad que postula la parte no puede acordarse.

En primer lugar, porque no está previsto en la ley que esté presente la comisión judicial para retirar el disco duro de una grabación de imagen mediante una videocámara en uno de los despachos de la Catedral, en este caso en el del administrador, cuando no ha sido la autoridad judicial quien ha acordado esa grabación, sino que ha sido la propia administración catedralicia la que ha acordado instalar la cámara con el fin de investigar posibles robos.

En segundo lugar, aunque la intervención de la Secretaría judicial en la entrega del disco duro hubiera dado una mayor fehaciencia a la diligencia de entrega, no puede estimarse que la falta de la intervención de la funcionaria judicial determine la nulidad de una prueba que, tal como se anticipó, no tiene su origen en una decisión judicial, y por tanto no fue controlada ni supervisada tal grabación por autoridad judicial alguna. Dado lo cual, se está ante una grabación de imagen mediante una videocámara realizada en un recinto privado y decidida y practicada por los

titulares de tales dependencias. El problema se traslada así a la valoración del resultado probatorio de una diligencia practicada privadamente que es después aportada al procedimiento penal. En tercer lugar, la forma en que se ha entregado, trasladado, examinado y volcado el disco duro en las dependencias policiales ha sido sometida a una exhaustiva contradicción en la vista oral del juicio, en virtud de las declaraciones de los funcionarios policiales implicados en esa labor, sin que la Sala de instancia haya observado indicios de una manipulación de las imágenes que generen una sospecha fundada para excluir o devaluar la eficacia de la prueba.

En cuarto lugar, la parte recurrente no ha solicitado ninguna prueba pericial que contraste y verifique las meras suspicacias, y no sospechas fundadas, que dice albergar con respecto a la autenticidad e indemnidad de las grabaciones que se les proporcionó a las partes.

Y por último, aunque se declarara la ineficacia del material probatorio impugnado, que no es el caso, la copiosa y plural prueba de cargo que obra unida a la causa, tanto en lo referente a las importantísimas piezas de convicción halladas en el domicilio de los recurrentes, como a la documentación y prueba testifical que las avala, nos llevarían a la misma tesis condenatoria que ha asumido la Audiencia Provincial.

Merced a todo lo que antecede, los dos motivos de impugnación formulados por la defensa sobre la referida prueba no pueden prosperar.

SÉPTIMO. 1. En los **motivos sexto y séptimo** se invoca, con sustento procesal en el art. 852 de la LECr., la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un procedimiento con las debidas garantías y al derecho de defensa (art. 24 CE), en relación también con los arts. 333, 569, 763 y 767 de la LECr.

Argumenta la parte recurrente que el registro efectuado en la CALLE000 (Milladoiro), donde fue hallado el Código Calixtino, fue practicado sin la presencia del acusado Gerónimo, a pesar de que éste se hallaba detenido en los calabozos. El registro fue realizado además por los funcionarios policiales sin la intervención del Secretario judicial y con la presencia de dos testigos. El Juez

de Instrucción, dice la parte, llegó al lugar cuando el registro estaba terminando, indicándole a los agentes que buscaran el Código en una determinada zona del inmueble, en la que finalmente fue hallado.

A criterio de los recurrentes, se vulneró el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre ellas la de contradicción, ya que debieron estar presentes en el registro el imputado y su letrado. Se habrían vulnerado así el art. 24.2 CE, los arts. 6 y 8 del CEDH, el art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y los arts. 333 y 767 de la LECr.

2. Al responder a las alegaciones de los acusados lo primero que debe advertirse es que, en lo que respecta al **concepto de domicilio** desde la perspectiva de la norma suprema del ordenamiento jurídico, sostiene el Tribunal Constitucional, en la sentencia 22/1984, que el derecho a la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de esta dentro del espacio que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Y a la hora de definirlo, afirma que el domicilio inviolable «es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». Por ello —sigue diciendo— a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Ese concepto de domicilio ha sido reiterado en otras sentencias posteriores del Tribunal Constitucional (137/1985, 69/1999, 94/1999, 119/2001).

Y en lo que se refiere a esta Sala de Casación, tiene establecido que no son domicilios legales sometidos a la protección constitucional los bares, los restaurantes, los almacenes y los garajes, siempre y cuando no conste espacialmente algún atisbo de privacidad; con la especial matización y excepción de aquellos casos en los que el garaje forme parte del domicilio como una habitación aneja, supuesto en el que el registro del

garaje ha de acomodarse a las exigencias constitucionales del artículo 18.2 (SSTS 686/1996, de 10-10; 123/1997, de 16-12; 999/1997, de 27-6; 1431/1999, de 13-10; 282/2004, de 1-3; 616-2005, de 12-5; y 924/2009, de 7-10, entre otras).

En el supuesto enjuiciado se especifica en la sentencia recurrida que el registro se practicó en una cochera o garaje independiente que estaba destinado a almacén, sin que concurriera atisbo alguno de que albergara en su interior algún ámbito de privacidad. Uno de los testigos manifestó que el interior se hallaba lleno de porquería, no aparentando siquiera ser un garaje. No cabe, pues, colegir que nos hallemos ante un espacio protegido por el art. 18.2 de la CE.

3. Nos resta por examinar si se cumplieron las normas que regulan las diligencias de **inspección ocular y de recogida de efectos**.

Pues bien, sobre esta materia de registros, inspecciones oculares y retiradas de efectos fuera de domicilios y sin la intervención judicial ni presencia del imputado establece el Tribunal Constitucional en la sentencia 197/2009, de 28 de septiembre, con motivo del registro policial de un vehículo en que fue hallada sustancia estupefaciente, que la no presencia del interesado o de su abogado en la diligencia, pese a estar ya determinado, «podría determinar la falta de valor como **prueba preconstituida** o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, pero ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción, como afirmáramos también en relación con el registro de un vehículo sin presencia de su titular, entre otras, en la STC 171/1999, de 27 de septiembre. Y en el presente caso —prosigue diciendo el TC— aunque dicha diligencia se practicara de hecho sin contradicción, su resultado se incorporó al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que la llevaron a cabo, declaraciones realizadas en el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del deman-

dante de amparo, así como la intermediación y la contradicción. Por ello, ha de entenderse que la ausencia de contradicción en la práctica de las aludidas diligencias no generó indefensión material y no es lesiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)».

Y en la jurisprudencia de esta Sala de Casación es doctrina ya asentada en lo que respecta al mismo tema de la prueba preconstituida (SSTS 1269/2003, de 3-10; 183/2005, de 18-2; 1145/2005, de 11-10; 1219/2005, de 17-10; 1190/2009, de 3-12; 545/2011, de 27-5; y 143/2013, de 28 de febrero, entre otras) que las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECr.) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral. Sin embargo, algunas diligencias sumariales pueden tener el valor de prueba preconstituida si se practican con todas las garantías, respetando el principio de contradicción mediante la asistencia del imputado y su letrado, si ello fuera posible. Ello es así conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional referida a las pruebas de imposible reproducción en el juicio oral (requisito material), practicadas ante el Juez de Instrucción (requisito subjetivo), con cumplimiento de todas las garantías legalmente previstas (requisito objetivo) y reproducidas en el juicio oral a través del art. 730 L.E.Criminal (requisito formal) (SSTC. 60/1988, 51/1990, 140/1991, 200/1996 y 40/1997).

Cuando no se trata de prueba preconstituida sino de meras actuaciones policiales, para que se les otorgue a estas eficacia probatoria, según se dice en la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional que se acaba de citar, es preciso que comparezcan en el plenario quienes las hubieren practicado, de forma que exista la posibilidad de contradicción mediante el interrogatorio de las partes y el contraste con los demás elementos probatorios de que se disponga en el proceso.

Esta Sala ha considerado —según subraya la STS 444/2013, de 20 de mayo— que concurre un supuesto de prueba preconstituida en aquellas diligencias sumariales de imposible repetición en el juicio oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica —como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias— es forzosamente única e irrepetible (SSTS 96/2009, de 10-3; 850/2009, de 28-7; y 1375/2009, de 28-12).

La sentencia del Tribunal Constitucional 303/1993, de 25 de octubre, admitió la posibilidad de que el acta policial de inspección ocular de un automóvil pudiese tener también el valor de prueba preconstituida, reproducible en el juicio a través del art. 730 de la L.E.Criminal con valor probatorio sin necesidad de comparecencia de los agentes policiales en la vista oral. Pero para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza (probatoria) se hace preciso que la policía judicial intervenga en ellos por estrictas razones de urgencia y necesidad, pues, no en vano, la policía judicial actúa en tales diligencias a prevención de la autoridad Judicial (art. 284 de la LECr.).

Esta sentencia del Tribunal Constitucional ha generado cierta equivocidad e incertidumbre en la práctica jurídica al ser interpretada en algunos ámbitos en el sentido de que el registro de vehículos requería la autorización judicial, a no ser que se tratara de supuestos en que la actuación policial fuera urgente y necesaria. Interpretación que debe rechazarse, pues la sentencia 303/1993 solo exige que se dé una situación de urgencia y la necesidad de la intervención inmediata policial en los casos en que se pretenda otorgar a la diligencia del registro del automóvil el carácter de prueba preconstituida, supuestos en los que no se precisa para preconstituir prueba ni la intervención judicial ni la garantía de la contradicción con la presencia de los imputados que utilizaron el vehículo. Este es realmente el parámetro específico que marca la referida sentencia.

Este Tribunal de Casación ya ha advertido en las resoluciones arriba citadas que estos requisitos de «estricta urgencia y necesidad» no constituyen, en realidad, presupuestos de legalidad —y menos de la constitucionalidad— de la inspec-

ción de un automóvil como diligencia policial de investigación de un hecho delictivo, sino un presupuesto indispensable para la excepcional utilización del acta policial acreditativa del resultado del registro como prueba de cargo preconstituida.

Por consiguiente, cuando no nos hallemos ante inspecciones oculares y retirada de efectos practicadas en domicilios o viviendas, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 87/2005, de 21-12; 856/2007, de 25-10; 861/2011, de 30-6; y 143/2013, de 28-2, entre otras), es claro que no se precisa autorización judicial para realizar la diligencia de inspección ocular ni tampoco la presencia del Juez o del Secretario Judicial para la práctica de la misma. Como ya se ha reiterado, la intervención del juzgado y también la de los imputados solo sería necesaria para preconstituir la diligencia como prueba sin necesidad ya de ser imperativamente sometida a contradicción en el plenario cuando las circunstancias lo impidan.

Ahora bien, el hecho de que la práctica del registro efectuada en estos casos sin la intervención judicial y sin la presencia de los imputados no vulnere ningún derecho fundamental que determine la nulidad radical de la diligencia, no quiere decir que los funcionarios policiales que la lleven a cabo no procuren que estén presentes los imputados cuando estos se hallen en las dependencias policiales y no concurran obstáculos fundados para que asistan al registro (razones de urgencia o de otra índole). Pues resulta incuestionable que el derecho de defensa y el principio de contradicción han de cumplimentarse en la medida de lo posible incluso en la fase preprocesal de la instrucción. Así lo requiere una lectura garantista de la ley ordinaria (art. 333 de la LECr.). Y ello no solo porque se incrementan las garantías del imputado, que a fin de cuentas es lo más relevante, sino también porque otorga una mayor fehaciencia y fiabilidad a la intervención policial y facilita la legitimación del registro en el momento de ser sometido a contradicción en la vista oral del juicio, solventando y paliando posibles deficiencias y opacidades surgidas en el plenario con ocasión de las declaraciones de los testigos policiales que practicaron la diligencia.

3. Descendiendo ya al **caso concreto**, lo primero que procede subrayar es que en la diligencia de inspección ocular y retirada de efectos estuvieron presentes dos testigos ajenos a la causa, y además compareció en el lugar el propio Juez de Instrucción en el curso de la diligencia, con anterioridad al hallazgo del Códice Calixtino. E incluso fue el propio juez el que indicó el lugar concreto donde podía hallarse el preciado libro, indicación que finalmente arrojó un resultado positivo.

A estos datos debe sumarse que la inspección del garaje era una diligencia que presentaba las condiciones de urgente, puesto que el hijo del recurrente había señalado en comisaría la existencia de ese garaje/almacén y la posibilidad de que allí se encontrara el Códice, por lo que procedía trasladarse a ese lugar cuanto antes y practicar con urgencia el registro.

De otra parte, la diligencia fue ratificada en la vista oral del juicio y sometida a contradicción mediante las declaraciones de los funcionarios policiales y también de los testigos ajenos a los cuerpos oficiales de investigación.

En virtud de todo lo expuesto, no cabe pues declarar la nulidad de la diligencia de inspección del garaje/almacén, sino que, por el contrario, debe atribuírsele plena eficacia probatoria tras haber sido sometida a examen, ratificación y contradicción en la vista oral del juicio.

En virtud de lo que antecede, los motivos séptimo y séptimo no pueden estimarse.

OCTAVO. En los **motivos octavo y decimoprimero** se objeta, por el cauce procesal del art. 852 de la LECr., la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un procedimiento con las debidas garantías y al derecho de defensa (art. 24 CE), en relación también con los arts. 333, 558 y 569 de la LECr. y con el art. 11 de la LOPJ.

Alega aquí la defensa que cuando se practicó a las tres de la madrugada del día 4 de julio de 2012 el **registro policial del vehículo** del acusado Gerónimo, éste se hallaba detenido en los calabozos de las dependencias policiales, pese a lo cual ni a él ni a su letrado se les dio la posibilidad de estar presentes en esa diligencia.

Ante esta alegación defensiva ha de darse por reproducido todo lo argumentado en el fundamento precedente sobre las inspecciones oculares y retiradas de efectos de las dependencias, habitáculos o vehículos que no pueden catalogarse como domicilios ni hallarse por tanto tutelados por el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria. Pues en tales casos queda excluida la nulidad de la diligencia por violación de derechos fundamentales (art. 11 LOPJ), que es la tesis que sostiene el acusado en su escrito de recurso.

A ello ha de añadirse que los funcionarios policiales que intervinieron en la diligencia del registro practicado en el vehículo hicieron constar en el acta que sí estaba presente el imputado (folio 1020 de la causa), a pesar de que éste ahora lo niega, y también ratificaron los agentes policiales en el juicio en calidad de testigos el contenido de la diligencia, quedando así sometida a contradicción y constituyendo prueba de cargo susceptible de ser valorada por el Tribunal sentenciador. Y lo mismo debe argüirse con respecto a la diligencia de reconocimiento y entrega de llaves ante la policía por parte de su titular, diligencia con la que no se generó ninguna indefensión material al acusado, una vez que fue reproducida después en la vista oral del juicio con pruebas garantizadas por el principio de contradicción. Así las cosas, el motivo resulta inatendible.

NOVENO. 1. En los **motivos noveno y décimo** denuncia la defensa, al amparo del art. 849.1º de la LECr., la infracción de lo dispuesto en los arts. 334, 338, 558, 570, 572 y 574 de la LECr. Este motivo de impugnación lo dedica la parte recurrente a quejarse de la falta de concreción de las actas de la Secretaría judicial en algunas diligencias de registro y de otra índole, lo que vulneraría la seguridad jurídica exigible en el proceso y generaría indefensión a los imputados. Tales infracciones procesales las atribuye la parte a las actas en que se dejaba constancia del hallazgo de llaves sin especificar y singularizar sus características en forma debida y sin que se realizaran los debidos reportajes fotográficos en el curso de las diligencias. Y la misma queja la extiende a la falta de identificación individualizada de los

papeles intervenidos en el curso de los registros. La parte recurrente pone en relación tales infracciones con la ruptura de la cadena de custodia. Pues bien, todo lo referente a las carencias por falta de concreción suficiente por parte de la Secretaría judicial a la hora de extender las actas correspondientes a las diligencias de registro, es una materia que no afecta a la vulneración de derechos fundamentales, sino que ha de ubicarse en el ámbito de la legalidad procesal desde la perspectiva del resultado probatorio y de la eficacia de la prueba.

Por lo demás, se trata de una cuestión más bien de matices y de discrepancias sobre el grado de individualización y especificación exigible a la hora de describir los efectos hallados en las viviendas. Y ello porque la descripción de los caracteres de unas llaves puede realizarse con mayor o menor detalle y exhaustividad. Y lo mismo puede decirse del contenido de los documentos. En cualquier caso, se trata de cuestiones a dilucidar mediante las declaraciones de los testigos y de los acusados en el plenario y que han de repercutir sobre todo, tal como ya se ha dicho, en la fiabilidad y la eficacia de la prueba. Sin que, por lo demás, la defensa haya aportado datos concretos relativos a documentos o piezas de convicción que estando en las viviendas no figuren en la causa, ni tampoco se ha argumentado sobre omisiones relevantes que hayan generado indefensión a los acusados y que hayan repercutido realmente en el resultado del proceso.

Y en la misma línea de ponderación hemos de pronunciarnos sobre la repercusión de esas inconcreciones en el diligenciamiento de la cadena de custodia. Nos remitimos aquí a lo que ya se dijo sobre este tema en el fundamento sexto de esta sentencia.

2. También postula la parte recurrente en el motivo noveno la declaración de nulidad de la **diligencias de entrada y registro** en las viviendas de los acusados por haberse practicado **fuera del margen horario** fijado en los autos judiciales.

Alega a este respecto que el registro practicado en la vivienda de la CALLE001 nº NUM011, portal NUM012, NUM013, así como en las viviendas

del Lugar de DIRECCION000, n° NUM014, de Negreira, y en el piso de la RUA000, Lugar de DIRECCION001, Noalla (Sangenjo), se realizaron las diligencias fuera del horario autorizado por las resoluciones judiciales.

Los argumentos impugnativos que se efectúan en el presente caso carecen de toda consistencia a los efectos de una posible ilegalidad, ya sea de índole constitucional u ordinaria. Pues, tal como se remarca en la sentencia recurrida, consta en las actuaciones (folios 1016 y 1017) que las entradas y registros realizados en las viviendas de DIRECCION000 y DIRECCION001 fueron consentidas expresamente por los acusados en presencia de sus abogados, a tenor de lo que figura en las actas levantadas por la Secretaria judicial. No se precisaba, pues, una autorización judicial para limitar un horario al que las partes no se opusieron en ningún momento.

Y en lo que atañe al domicilio familiar de la CALLE001, de Milladoiro, lo cierto es que se concedió autorización judicial para llevar a cabo la diligencia de registro entre las 8 y las 17 horas con la finalidad de localizar el Códice Calixtino sustraído o dinero procedente de su venta. Sin embargo, esta previsión resultó sustancialmente alterada debido al hallazgo en el interior de la vivienda de numerosa documentación de la Catedral y de una importante cantidad de dinero distribuido en una variadísima modalidad de divisas extranjeras. Ello, tal como explica la Audiencia, determinó la práctica de actuaciones complementarias que demoraron la ejecución de la diligencia, fundamentalmente debido al recuento del dinero intervenido en el que estuvieron presentes los acusados, sus abogados, los agentes de policía, el fiscal, la secretaria judicial y el juez instructor. Sin que —es importante recalcarlo— los letrados de los imputados hicieran constar protesta o queja alguna en el acta.

Así las cosas, y remitiéndonos con el fin de evitar reiteraciones a lo que se expresa en la sentencia impugnada, los motivos noveno y décimo del recurso han de ser rechazados.

DÉCIMO. Una vez examinados los motivos relativos a las nulidades procesales por cuestiones relacionadas con la denuncia de violación de dere-

chos fundamentales por la forma de practicarse las diligencias de investigación y de prueba, nos adentramos ya en el análisis de las cuestiones de fondo relativas a la apreciación probatoria y a los temas de derecho penal sustantivo.

Y así, en el **motivo primero** se denuncia, con la cobertura procesal del art. 852 de la LECr., la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE). Las alegaciones de la defensa sobre la **presunción de inocencia** nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras).

En el desarrollo de este motivo la parte se limita a alegar que la condena se sustenta en argumentos meramente formales, escasamente razonables, que contienen sólo circunloquios y datos periféricos que hacen referencia a meras hipótesis contrarias a la lógica y a las máximas de la experiencia, por lo que estaríamos, según la defensa, ante presunciones contra reo. Y a continuación se remite al segundo motivo del recurso, donde lo cierto es que ya se tratan temas de derecho penal sustantivo y no de prueba.

La argumentación sintética y lacónica sobre la vulneración de la presunción de inocencia que se expone en el recurso, y la generalidad y abstracción de contenido con que se expresa, son factores muy sugestivos de que nos hallamos ante unas alegaciones que tienen un componente altamente retórico y falto de fundamento real, que en modo alguno pueden desvirtuar las abru-

madoras pruebas de cargo que se especifican en la motivación de la sentencia.

En efecto, el hallazgo del Código Calixtino en poder del acusado, la importante y variada documentación que también se le intervino correspondiente a la Catedral de Santiago de Compostela, y el hallazgo en su poder de cuantiosas sumas de dinero sustraídas del interior de la Basílica en el periodo comprendido entre los años 2000 y 2012 por una cuantía que rebasa los dos millones y medio de euros, al margen de las cantidades halladas en divisas de casi todo el mundo en el interior de su vivienda, son datos probatorios evidenciadores de su autoría delictiva. Sin olvidar tampoco los códices facsímiles hallados en su domicilio que se reseñaron en las diligencias de registro, y también las inversiones del dinero sustraído en la adquisición de fincas urbanas que integra el delito de blanqueo de capitales. A todo ello deben sumarse las declaraciones testificales y las pruebas periciales que obran en la causa.

La prueba de cargo resulta, pues, tan copiosa, plural y rica en contenido incriminatorio que huelga entrar ya en mayores pormenorizaciones para avalar la convicción que sostuvo la tesis condenatoria de la Audiencia.

Por todo lo cual, es patente que el motivo ha de desestimarse.

UNDÉCIMO. 1. En el **motivo segundo** alega la defensa, por la vía del art. 849.1º de la LECr, la infracción del art. 301 del C. Penal: **blanqueo de capitales.**

Señala la parte que los hechos que han sido subsumidos en el delito de blanqueo de capitales consistieron en la adquisición de dos viviendas, cuatro plazas de garaje y dos trasteros, adquisiciones que fueron realizadas en las escrituras públicas de 13 de abril de 2005 y 6 de febrero de 2008. Estos bienes que se habrían adquirido por el importe total de 258.425,11 euros, más IVA, según consta en las referidas escrituras y en la sentencia.

En el escrito de recurso se argumenta que el delito de blanqueo de capitales exige la ausencia de participación del autor en el delito primigenio, pues, de no ser así, concurriría un elemento ne-

gativo del tipo penal. De modo que en los casos en que se diera la identidad entre el autor del delito antecedente y del delito de blanqueo estaríamos ante un supuesto de autoencubrimiento impune. Cuando el autor del delito antecedente es el que adquiere bienes con el dinero derivado de la ejecución de un hecho delictivo precedente, estamos, según la parte recurrente, ante un agotamiento del delito previamente consumado por el mismo sujeto. La tesis de la incriminación de ambas conductas sólo cabría aplicarla por hechos cometidos a partir de la reforma de 22 de junio de 2010, en la que se tipificó la conducta del autoblanqueo, pero no —aduce la defensa— por hechos anteriores, como sucede en el presente caso. Y cita al respecto el impugnante varias sentencias de esta Sala en las que el autoblanqueo se consideró impune.

2. Sobre los supuestos de «**autoblanqueo**» es claro que la doctrina jurisprudencial se ha mostrado poco uniforme en el criterio aplicado en el curso de los años. De todas formas, se pueden distinguir desde una perspectiva global dos etapas diferentes, según se expone en la STS 279/2013, de 6 de marzo. Una primera, que comprendería hasta el año 2006, en la que predominó el criterio de la absolución en los supuestos de autoblanqueo; y una segunda desde el año 2006 en adelante, en que la regla se invirtió y ya resultó claramente mayoritaria la opción incriminatoria.

En la primera etapa (hasta el año 2006) se acogió más bien la tesis de que el «autoblanqueo» no debía ser castigado, fundamentándolo en que se trataba de actos copenados que tenían que quedar absorbidos (principio de consunción) en el delito previo de tráfico de drogas. En otras ocasiones se alegaba directamente la vulneración del principio *ne bis in idem*, y en algún caso se atendió también al criterio de interpretación gramatical restrictiva del art. 301 en favor del reo. Dentro de esta primera etapa pueden citarse las siguientes sentencias: 1584/2001, de 18 de septiembre; 575/2003, de 14 de abril; 1071/2005, de 30 de septiembre; 1597/2005, de 21 de diciembre; 550/2006, de 24 de mayo; 986/2006, de 19 de junio; 115/2007, de 22 de enero. Y

también siguiendo esta línea absolutoria figura la sentencia 637/2010, de 28 de junio.

La segunda etapa, favorable al criterio de tipicidad y punición del «autoblanqueo», puede considerarse que se inicia, dejando al margen algún precedente anterior, en el año 2005 y se acentúa a partir del año 2006 con motivo del Pleno no jurisdiccional celebrado el 18 de Julio de 2006, en el que se acordó lo siguiente: «El Art. 301 Código Penal *no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente*».

Aunque el acuerdo adoptado en ese Pleno no jurisdiccional mostraba un grado importante de ambigüedad e indefinición, lo que propició que se prosiguiera dictando alguna resolución en la línea de no castigar los supuestos de autoblanqueo, lo cierto es que ya a partir del año 2006 comenzó a predominar de forma ostensible el criterio de la punición. Los argumentos no siempre fueron claros ni explícitos. Se habla de la tutela de un bien jurídico autónomo al tratarse de un delito contra el orden socioeconómico, aunque sin mucha concreción, y también se acude a la normativa comunitaria para penar cualquier aprovechamiento del hecho delictivo por parte de los traficantes de drogas. Asimismo se hace referencia en otras ocasiones a la pretensión del legislador de reforzar la punición de todo el ciclo económico de los delitos graves, especialmente de aquellos que se cometen por organizaciones. En esa nueva etapa de punición clara del «autoblanqueo» pueden citarse, remontándonos ya a las primeras sobre la materia, las siguientes sentencias: 1293/2001, de 28 de julio; 1070/2003, de 22 de julio; 1359/2004, de 15 de noviembre; 1597/2005, de 21 de diciembre; 449/2006, de 17 de abril; 1260/2006, de 1 de diciembre; 483/2007, de 4 de junio; 57/2008, de 25 de enero; 145/2008, de 8 de abril; 960/2008, de 26 de diciembre; 737/2009, de 6 de julio; 313/2010, de 8 de abril; 796/2010, de 17 de septiembre; 811/2012, de 30 de octubre; 884/2012, de 8 de noviembre; 997/2012, de 5 de diciembre; y 974/2012, de 5 de diciembre.

La reforma del C. Penal por LO 5/2010, de 20 de junio, ha venido a confirmar la línea jurisprudencial que aplicaba el concurso real de delitos

de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales, toda vez que ha establecido en el art. 301.1 del C. Penal que la actividad ilícita de donde proceden los bienes aflorados puede haber sido cometida por el propio autor del blanqueo o por un tercero.

Así las cosas, y al seguir ubicado el precepto dentro de los delitos contra el orden socioeconómico, ha de entenderse que el bien jurídico se halla comprendido en ese ámbito. Se ha dicho por la doctrina que el orden socioeconómico más que un bien jurídico sería un objetivo político criminal, lo que unido a su naturaleza supraindividual dificultaría con su abstracción la concreción del bien tutelado por la norma. Sin embargo, ha de entenderse que dentro del orden socioeconómico existen intereses concretos susceptibles de ser tutelados materialmente por el sistema punitivo, tales como el interés del Estado en controlar el flujo de capitales procedentes de actividades delictivas ejecutadas a gran escala y que pueden menoscabar el sistema económico, y que afectan también al buen funcionamiento del mercado y de los mecanismos financieros y bursátiles.

3. En la **reciente jurisprudencia** de esta Sala se han establecido algunas pautas en las que, incidiendo en la interpretación gramatical de la compleja dicción del art. 301.1 del C. Penal, se ha procurado obtener una aplicación de la norma que limite los posibles excesos en la punición del autoblanqueo, evitando que se extraigan interpretaciones descontextualizadas que vulneren el principio *non bis in idem* (SSTS 1080/2010, de 20-10; 884/2012, de 8-11; 858/2013, de 19-11; 809/2014, de 26-11; 265/2015, de 29-4; y 408/2015, de 8-7).

La doctrina jurisprudencial que se ha ido estableciendo en esas sentencias se sintetiza en la última citada, la 408/2015, si bien procuraremos ir señalando a continuación cuáles son los párrafos de aquellas sentencias que permiten concretar los parámetros interpretativos más determinantes a la hora de aplicar una figura tan compleja y cuestionada como la del autoblanqueo.

La punición autónoma del autoblanqueo, respecto del delito antecedente se justifica, siguiendo las ideas esenciales destacadas en la STS

809/2014 de 26 de noviembre, porque desde el punto de vista legal:

a) Mientras en la receptación y en el encubrimiento el Legislador excluye explícitamente a los partícipes del delito previo, esta exclusión no se ha incorporado nunca a la descripción del tipo del blanqueo. Por el contrario, desde la reforma de 2010 se sanciona expresamente el blanqueo cometido por el autor del delito previo.

b) Pese a la proximidad del blanqueo con la receptación, la mayor gravedad del blanqueo para el Legislador es obvia dada la entidad de las penas que respectivamente les conminan.

c) La mayor autonomía del blanqueo de capitales frente al delito previo, respecto de la receptación y el encubrimiento, resulta de toda ausencia limitativa de la pena del blanqueo a la del delito previo, como se establece para el encubrimiento y la receptación en los arts. 452 y 298.3 CP.

Desde el punto de vista valorativo se pondera en las sentencias 309/2014 y 265/2015 lo siguiente: a) que la característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles «salida», para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se *sanciona en consideración al «retorno»*, en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser *introducida en el ciclo económico*. De modo que el precepto que sanciona el delito antecedente no puede comprender íntegramente el desvalor de las actividades posteriores de blanqueo.

b) El Legislador ha decidido expresamente que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por su propio autor, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente ya condenado, o de autoprotección de su autor, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca: *el orden socioeconómico*, y dado su carácter pluriofensivo también protege intereses de la Administración de Justicia, siendo distinto del que tutela el delito al que subsigue.

c) Y sobre todo por entender, que este bien jurídico no ponderado en la sanción del delito

inicial, justifica que el blanqueo deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal, precisamente por constituir la condena del blanqueo un instrumento idóneo para combatir la *criminalidad organizada*, que directa o indirectamente se apoya en la generación de riqueza ilícita y en su retorno encubierto al circuito legal de capitales.

Ha de señalarse, adicionalmente, que la pena establecida para el blanqueo de capitales puede llegar a superar la señalada para el delito antecedente, y no parece congruente que se sancione con mayor gravedad a quien solo blanquea ganancias procedentes de una actividad delictiva que a quien, además de dedicarse a dicha actividad, blanquea las ganancias obtenidas.

En la sentencia 265/2015, de 29 de abril, se precisa que la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando **tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias**. El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado.

En concreto el art. 301 del Código Penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien **adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes**, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, **cometida por él o por cualquier tercera persona**, o realice cualquier otro acto **para ocultar o encubrir su origen ilícito**, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Y en esa misma sentencia se resalta que la esencia del tipo es la expresión «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito». Finalidad u objetivo de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo. No nos encontramos, en consecuencia, ante dos grupos de conductas distintas,

las de mera adquisición, posesión, utilización conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito. Ello conduciría a una interpretación excesivamente amplia de la conducta típica y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio «non bis in idem» en los supuestos de autoblanqueo.

Por el contrario, el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a **ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente**. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo.

La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido.

Esta posición restrictiva ya se había señalado en la sentencia 1.080/2010, de 20 de octubre, en la que se dijo que la cuestión planteada es «si cualquier acto de “adquisición, conversión o transmisión” del bien de ilícito origen es un comportamiento típico o, como para los demás actos

a que se refiere el apartado 1 del artículo 301, se requiere también, para que la adquisición, conversión o transmisión sea típica, que se ordene por los autores a las finalidades antes indicadas. Es decir si una adquisición o transmisión de un bien generado en un delito es en sí mismo un acto “neutro” que requiere aquella doble eventual finalidad de ocultación de la ilicitud o ayuda a la elusión de consecuencias para adquirir relevancia típica penal».

Y, en segundo lugar, más específicamente, si, cualquiera que sea la respuesta a la anterior cuestión, habría de excluirse la doble tipificación del acto de tal entrega de dicho bien de origen delictivo, cuando su entrega ya es también valorada para declarar cometido otro delito por razón de la misma, cuestión esta última que trata de excluir de la sanción prevista en el tipo los denominados actos copenados.

Para responder a la primera cuestión acude la referida sentencia a la forma de expresarse el apartado 1 del artículo 301 del Código Penal que considera que suscita dudas la posición de la coma después de la palabra delito, separando, por un lado, los actos de adquirir, convertir y transmitir, y, por otro lado, cualquier otro acto, parece sugerir que la exigencia de las citadas finalidades se contrae exclusivamente a los actos que sean diversos de aquellos que consisten en adquirir, convertir o transmitir. Lo que implicaría que cualquier entrega de dicho bien sería siempre, supuesto el elemento subjetivo de la consciencia o la temeridad en la imprudencia, un delito de blanqueo. Por tanto tendría pena de seis meses a seis años incluso la mera entrega a un tercero ajeno al delito de un bien por muy escaso que sea su valor, por la exclusiva y simple circunstancia de proceder de un robo violento.

Sin embargo, no parece que tal sea la voluntad legislativa al tipificar este delito de blanqueo, ni se compeadece con la definición extrapenal sobre la materia, por lo que la sentencia se acaba inclinando expresamente por el criterio de que la voluntad de ocultación o ayuda debe estar presente en todas las modalidades comisivas.

En el mismo sentido se pronuncia la STS núm. 884/2012, de 8 de noviembre, que destaca

la «insuficiencia de la exclusiva atención a los parámetros cuantitativos, una vez superado el requisito de que la cuantía del objeto material sea relevante, como fórmula para decidir la existencia del delito de blanqueo de capitales, cual es atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no, que deberían ser abarcados por la intención del autor, en su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas».

De modo que concluye esta sentencia, que «(...) para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito».

Por todo ello, no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y también a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas.

Con esta interpretación, especialmente aplicable a los supuestos de autoblanqueo, se evitan críticas doctrinales que en realidad son injustificadas, como las citadas en la STS 809/2014, de 26 de noviembre, que señala que: «en las actividades típicas donde el autoblanqueo no conlleva un doble desvalor, la aplicación del criterio del concurso real no puede devenir automática, tanto más con la expansión del tipo de blanqueo tras la reforma de 2010, que puede conllevar en el sentir de la doctrina a “un resultado insatisfactorio”, “desmedido”, “cuestionable desde consideraciones dogmáticas y político-criminales” que produce “perplejidad”, “extrañas consecuencias”, “absurdas”, así como “supuestos paradójicos” que nos colocan en los límites de lo punible y pueden rozar el “esperpento” o “alcanzar niveles ridículos”».

Estas críticas llevan a la sentencia 809/2014 a proponer la restricción teleológica del precepto, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, al que no pueden serle privadas las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas.

Esta restricción cuantitativa, sin embargo, es escasamente relevante. Lo determinante —remarca la sentencia 265/2015— debe ser la aplicación del criterio que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado. Pues con una interpretación como la expuesta las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, no están en absoluto proscritas, porque no constituyen actos incluidos en la conducta típica del delito de blanqueo. Y en ningún caso podrá considerarse autoblanqueo, por ejemplo, la posesión de un cuadro o una joya por el hecho que los ha robado o la utilización de un vehículo de motor por el mismo que lo ha sustraído.

4. La traslación de los criterios jurisprudenciales de los apartados precedentes al **caso concreto** nos lleva a subsumir la conducta del acusado en el delito de blanqueo de capitales, por no hallarnos ante un supuesto de autoblanqueo atípico. En efecto, el acusado invirtió una parte importante del dinero sustraído del recinto catedralicio en la compra de dos viviendas, cuatro plazas de garaje y dos trasteros, bienes que se adquirieron cuando menos por el importe de 268.425,11 euros, más IVA. El primero de los inmuebles fue puesto a nombre de los dos recurrentes y el otro también a nombre del hijo de ambos, que acabó siendo absuelto.

Por consiguiente, el acusado transformó parte del dinero sustraído en la Catedral durante varios años en dos viviendas, cuatro plazas de garaje y dos trasteros, bienes que compró con el ánimo

de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero y situarlo así en el circuito económico legal, al que retornó de forma encubierta después de haberlo ingresado ilícitamente en su patrimonio merced a los robos que había perpetrado. Colocó así los beneficios procedentes de su actividad delictiva utilizando los circuitos mercantiles o financieros para dar a aquéllos una apariencia de licitud, sustrayéndolos de este modo a las medidas de intervención y decomiso a las que deberían quedar sometidos al proceder de actividades criminales. No se precisa para subsumirlos en la modalidad de autoblanqueo, en contra de lo que afirma la parte recurrente, que los hechos hubieran sido ejecutados con posterioridad a la reforma del C. Penal de 22 de junio de 2010, toda vez que, tal como ya se expuso en el comentario jurisprudencial reseñado *supra*, el autoblanqueo también podía ser penado con anterioridad a la referida reforma, a tenor de los numerosos precedentes jurisprudenciales que castigaron esa modalidad de blanqueo en la época anterior al año 2010. En este caso, el acusado, que había sustraído dinero en la basilica compostelana por una suma que supera los dos millones y medio de euros, invirtió más de 268.000 en la compra de los bienes inmuebles con el objetivo de ocultar o encubrir la ilicitud de esa importante suma de dinero ante posibles actuaciones policiales o judiciales. No se está, pues, ante un uso o aprovechamiento de escasas sumas de dinero que sirvan al autor del delito para atender a sus necesidades de la vida diaria, sino que se trata de una importante cuantía que se invirtió en la adquisición de bienes inmuebles para retornarla así encubiertamente a los circuitos económicos y mercantiles lícitos y normalizados, con lo cual se vulneran los bienes jurídicos que tutela la norma penal. Tal como se especificó en su momento, el legislador ha decidido expresamente que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por su propio autor, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente ya condenado, o de autoprotección de su autor, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la

especial protección que requiere el bien jurídico que tutela, el orden socioeconómico, sin olvidar que dado su carácter pluriofensivo también protege intereses de la Administración de Justicia, siendo diferentes tales bienes jurídicos a los que tutela el delito antecedente al de blanqueo (STS 809/2014, de 26-11).

Aquí es claro que se está ante una cantidad que afecta a los intereses del orden socioeconómico y que también menoscaba el interés de la Administración de Justicia en perseguir los delitos antecedentes cometidos por el acusado que le permitieron obtener una importantísima cantidad de dinero, parte de la cual fue «lavada» mediante la adquisición de bienes inmuebles.

La cuantía invertida en bienes inmuebles procedentes de un robo continuado de más de dos millones y medio de euros no puede considerarse como un supuesto de autoencubrimiento impune, ni tampoco como un acto copenado por hallarse comprendido en el agotamiento del delito. Ni cabría por tanto hablar de una doble incriminación o de una infracción del principio *non bis in idem*. Y ello porque el blanqueo de 268.000 euros mediante la compra de bienes inmuebles tiene una entidad suficiente para estimar que el disfrute de las ganancias menoscabó el orden socioeconómico como bien jurídico tutelado por el art. 301 del C. Penal. Pues introdujo en el circuito económico una suma de dinero que aminoró el control por el Estado del flujo de capitales procedentes de actividades delictivas ejecutadas a gran escala y que pueden menoscabar el sistema económico, y que afectan también al buen funcionamiento del mercado (competencia lícita) y de los mecanismos financieros y bursátiles.

Por lo demás, el hecho de que la inversión de la importante suma de dinero tuviera como fin de ocultar o encubrir su origen ilícito también puede considerarse que afecta de forma colateral al bien jurídico de la administración de justicia, al operar en los mercados financieros con una autonomía encubridora que rebasa los módulos valorativos habituales del autoencubrimiento impune.

Por todo ello, es patente que el acusado ejecutó una conducta idónea para incorporar bienes ilícitos

tos al tráfico económico, y además la ejecutó con el conocimiento y la intención de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas y con el fin de ocultar su actividad delictiva. Concurren, pues, el elemento objetivo y subjetivo del tipo penal aplicado por la Sala de instancia, quedando así excluida la tesis jurídica exculpatoria esgrimida por la parte recurrente.

El motivo no puede, pues, prosperar.

DUODÉCIMO. 1. El **motivo tercero** lo dedica la defensa a denunciar, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** de la acusada, Rosa, y también el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Sostiene la recurrente que no concurre prueba de cargo, y mucho menos suficiente, para acreditar que conociera que en el domicilio estaba depositada una importante cantidad de dinero, y tampoco para constar que procediera que procediera de acciones delictivas perpetradas por su esposo. Alega que ignoraba que su marido guardara el dinero en su despacho y en sus espacios privados, y con respecto al que apareció en el resto de la casa dice que siempre pensó que procedía de los ingresos de su esposo, ya que recibía un salario superior a los de la época y además cobraba trabajos que realizaba privadamente como electricista.

2. La lectura de la motivación probatoria de la **resolución recurrida** revela de forma palmaria la existencia de indicios concluyentes sobre el conocimiento de la acusada del dinero que había en la vivienda y también de su procedencia ilícita, por lo que tenía necesariamente que inferir que los bienes inmuebles los compraron con un dinero que no tenía su origen en los ingresos laborales de su esposo.

En efecto, en el apartado C) del fundamento cuarto de la sentencia impugnada se aportan como indicios del sustrato fáctico del dolo de la acusada los siguientes datos: el importante desembolso de dinero efectuado para la compra de los inmuebles, que fueron pagados sin hipoteca alguna, al contado y en efectivo (un total de 268.425,11 euros según la Audiencia); el hecho de que dichas compras se realicen en un mal mo-

mento de la economía familiar, debido a que su esposo tuvo que dejar de trabajar en el año 2005 a causa de un ictus que le dio y que ya con anterioridad, en el 2003, había cesado su trabajo en la Catedral, mientras que la recurrente tenía unos ingresos muy escasos como costurera; el elevado e injustificado nivel de ahorro del matrimonio plasmado en los saldos de las cuentas bancarias abiertas y que reflejaban un saldo global de 75.919,42 euros a finales del año 2010, cuentas de las que era conocedora la acusada como puso de manifiesto en la declaración prestada en Comisaría y ante el juez instructor; la circunstancia de que el dinero sustraído por el acusado se encontrara en el mismo domicilio y en la misma habitación que compartía con su mujer, sin que estuviera cerrado con llave; la aparición de 199.430 euros en la mesilla de noche del dormitorio del matrimonio, lugar fácilmente accesible para cualquier morador; y, por último, el hallazgo de diversos facsímiles del Códice Calixtino en las distintas viviendas que poseían, facsímiles que rondaban los 3.000 euros cada ejemplar.

Este cúmulo de indicios desvirtúa la tesis exculpatoria de la defensa centrada en la ignorancia de la acusada en todo lo referente a las importantes cantidades de dinero que poseía de forma ilícita su esposo. Y también queda descartado su desconocimiento de que la adquisición de los inmuebles en la que intervino la recurrente se hizo con dinero procedente de una actividad delictiva, circunstancia que, necesariamente, tenía que conocer la acusada, aunque no fuera en todos sus detalles, pormenorización que no se hace precisa para apreciar el dolo correspondiente al delito de blanqueo de capitales.

Desde la perspectiva de la apreciación global o de conjunto del cuadro indiciario, debe subrayarse que, según la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, la fuerza de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los diferentes indicios, que convergen y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS 1088/2009, de 26-10; 480/2009, de 22-5; y 569/2010, de 8-6, entre otras). No es adecuado por tanto efectuar un análisis aislado de cada

uno de los indicios en su particularidad probatoria, pues pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos insuficientes, pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción inculpativa no extraíble de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria sobre la que esta Sala únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (SSTS. 260/2006, de 9-3; 1227/2006, de 15-12; 487/2008, de 17-7; 139/2009, de 24-2; 480/2009, de 22-5; y 208/2012, de 16-3).

Así las cosas, la presunción de inocencia ha quedado enervada, tal como consideró el Tribunal sentenciador, mediante un bagaje probatorio claro y concluyente, que estuvo integrado por una pluralidad de indicios concordantes, coherentes, unidireccionales, unívocos y convergentes, entre los que destaca la importantísima cantidad de dinero que se hallaba en la vivienda en zonas perceptibles para la acusada, y también la falta de ingresos que acreditaran mínimamente esos depósitos dinerarios y la consiguiente adquisición de los bienes inmuebles.

Así las cosas, el motivo se desestima.

DECIMOTERCERO. 1. Por último, en el motivo **decimocuarto**, por la vía procesal del art. 849.1º de la LECr., se invoca la vulneración de los arts. 20 y 21.1 del C. Penal en relación con el art. 237 del mismo texto legal, por no habersele aplicado al acusado la **eximente incompleta de anomalía psíquica**.

Argumenta la defensa que el acusado padece una patología desde la infancia, tal como se hizo constar en el dictamen del psicólogo que propuso la parte recurrente, patología que consistiría en un trastorno obsesivo compulsivo de tipo acumulador (colecciona todo tipo de objetos que luego no usa y de los que no puede desprenderse). Ese síndrome de acaparamiento compulsivo le impediría controlar el impulso de coger y acumular los objetos sin ninguna finalidad, de modo que no actuaría siquiera con el ánimo de lucro propio de los delitos de robo y de hurto.

2. Pues bien, lo primero que conviene advertir frente a las alegaciones de la parte es que la

vía procesal utilizada es la correspondiente a la infracción de ley (art. 849.1º de la LECr.). Ello quiere decir, según reitera esta Sala en múltiples resoluciones, que el cauce procesal de que se ha valido el recurrente impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo (art. 884.3 de LECr.) y en trámite de sentencia su desestimación (SSTS 283/2002, de 12-2; 892/2007, de 29-10; 373/2008, de 24-6; 89/2008, de 11-2; 114/2009, de 11-2; y 384/2012, de 4-5, entre otras).

Visto lo anterior, y resultando evidente que en el «factum» de la sentencia no se especifica que el acusado padezca ninguna clase de anomalía psíquica, es claro que no cabe reformarlo ahora para introducir un nuevo hecho relevante para calibrar la culpabilidad del impugnante. Tal contingencia procesal determina que lo lógico y coherente desde un prisma procesal sería no proseguir ya con el examen del motivo y atenernos estrictamente a lo que describen los hechos probados de la sentencia cuestionada.

No obstante, sí conviene recordar que el Tribunal sentenciador hizo especial hincapié en que no se ha emitido ningún informe médico forense en la causa con respecto a la imputabilidad del acusado, omisión que se debió únicamente a la oposición del recurrente, que se negó a someterse a esa pericia oficial.

Por lo tanto, sólo contó el Tribunal de instancia con el dictamen de un psicólogo designado por el propio acusado, sin que hubiera una prueba psiquiátrica complementaria que permitiera conocer sus condiciones de imputabilidad. Y además el psicólogo afirmó en la vista oral, según se precisa en la sentencia, que el acusado diferencia el bien y el mal.

Se destaca en la sentencia recurrida que el acusado más que acaparador de objetos lo es de dinero, según se aprecia en las imágenes grabadas en el despacho del administrador de la Catedral. Y además también refiere la Audiencia que no se limita a acaparar dinero, sino que después lo transforma en bienes inmuebles, dato que,

ciertamente, otorga una especial singularidad o excepcionalidad al comportamiento del acusado como coleccionista o acaparador compulsivo de simples objetos.

Así las cosas, es imprescindible remarcar que la jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1170/2006, de 24-11; 455/2007, de 19-5; 258/2007, de 19-7; 939/2008, de 26-12; 90/2009, de 3-2; 983/2009, de 21-9; 914/2009, de 24-9; y 29/2012, de 18-1, entre otras) tiene reiteradamente declarado, en relación a la apreciación de las atenuantes de responsabilidad por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el sistema del Código Penal vigente exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo). La jurisprudencia anterior al vigente Código ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, «ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo» (STS núm. 51/2003, de 20-I; y STS 251/2004, de 26-II).

Pues bien, en el presente caso, al margen de acceder de una pericia sobre la imputabilidad que constate el elemento biopatológico integrante de la anomalía psíquica que alega la defensa, lo cierto es que tampoco se ha acreditado que el acusado tenga como consecuencia de ello excluida o limitada en mayor o menor medida la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo). Sino más bien todo lo contrario, toda vez que el perito psicólogo reconoció que el impugnante distinguía el bien del mal.

No es posible afirmar por tanto que su capacidad de comprensión de la ilicitud de su conducta es-

tuviera limitada de forma relevante, ni tampoco que padeciera una anomalía psíquica que le impidiera autocontrolar su conducta y adecuarla a las exigencias de la norma. Ello quiere decir que no concurren razones para estimar que la Sala de instancia haya apreciado erróneamente las condiciones de culpabilidad del referido acusado. El motivo por tanto resulta inatendible.

DECIMOCUARTO. Tras examinarse en los fundamentos precedentes los motivos del recurso de casación, lo procedente sería ya entrar en el fallo de la sentencia. Sin embargo, figura un argumento en la sentencia recurrida que contiene **razonamientos probatorios que pueden favorecer al reo** y que no han sido tratados en el escrito de recurso ni en las alegaciones de las partes, ya que afecta al tema de la sustracción del Código Calixtino, extremo de la condena que no ha sido cuestionado en ningún aspecto penal-sustantivo. Ni desde la perspectiva de la subsunción en el delito de hurto ni en lo que se refiere a su posible inclusión en el delito continuado de robo con fuerza en las cosas.

Nos estamos refiriendo en concreto al argumento probatorio mediante el que la Audiencia justifica calificar la sustracción del Código como un delito de hurto y no como un delito de robo.

En efecto, en el fundamento cuarto A) de la sentencia impugnada se dice literalmente lo siguiente:

«... esta Sala considera que no se ha practicado prueba suficiente que acredite que el acceso del acusado a la cámara en la que se encontraba el Código se hubiese hecho mediante el empleo de alguna de las modalidades que comprende la figura del delito de robo con fuerza en las cosas y en concreto, mediante el empleo de llaves falsas, tal y como sostiene el Ministerio Fiscal y la acusación particular. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el acceso a dicha cámara se hacía desde el claustro donde había varias puertas a través de las cuales se podía llegar a la zona en donde se encontraba el Código, una vez traspasadas esas puertas, tanto la puerta de la cámara como la anterior, estaban abiertas o con las llaves puestas durante el horario de trabajo, como así han reconocido diversos testigos. Por tanto, la

única duda es si la primera puerta que atravesó el acusado en el claustro estaba abierta o cerrada y esa duda no se ha despejado a la vista de la prueba practicada. El hecho de que esas puertas normalmente estuviesen cerradas no significa que aprovechando el paso de una persona o un descuido, o que una puerta hubiera quedado mal cerrada, el acusado hubiera accedido a la zona del archivo desde donde ningún obstáculo tenía ya para llegar al Códice. En este aspecto, ha de recordarse que no se ha podido precisar la fecha y hora concreta en la que se produjo la sustracción, que el testigo David ha manifestado que la denominada puerta P1 normalmente estaba cerrada salvo cuando se abría o había tránsito por allí y que varios agentes policiales han manifestado que alguna de las puertas del claustro presentaba holguras y en algún caso no funcionaba el telefonillo.

En conclusión, puede afirmarse que existe una probabilidad alta de que las puertas del claustro estuvieran cerradas pero no una certeza absoluta de que así fuera y en el Derecho Penal no sirve la sospecha, ni la conjetura, ni la verosimilitud, ni siquiera la mera probabilidad para condenar al reo, sólo sirve la certeza, entendida como la probabilidad máxima. En caso de duda, no puede adoptarse la decisión más perjudicial para el reo».

En este último párrafo del razonamiento sobre el dilema robo/hurto, el Tribunal de instancia admite, pues, que existe una alta probabilidad de que las puertas del claustro estuvieran cerradas, pero como no se aprecia una certeza absoluta, considera que el pequeño margen de duda que permanece debe dirimirse a favor del reo, por lo que acaba rechazando el robo mediante llave falsa y acoge la figura típica del hurto.

Esta opción, que en principio podría estimarse impecable por aparentar favorecer al reo, se demuestra después que no es así. Concretamente cuando al examinar la posibilidad de estructurar un único delito continuado de robo que comprenda las sustracciones perpetradas por el acusado en el despacho del administrador de la Catedral (mediante el uso de llaves falsas) y la sustracción del Códice en la Cámara del Archivo

de la Catedral, se descarta tal posibilidad jurídica por concurrir dos figuras heterogéneas (robo y hurto), zanjando la cuestión la Audiencia con el siguiente argumento:

«Llegados a este punto debe aclararse que no cabe apreciar la continuidad delictiva entre la sustracción del Códice y la del dinero porque el Tribunal Supremo ha negado en reiteradas ocasiones la posibilidad de apreciar el delito continuado entre el hurto y el robo con fuerza al infringir distinto precepto penal (SSTS 12/2/1971, 31/5/1985, 4/11/1988, 23/6/1993)».

Por consiguiente, una calificación como la de robo que, en apariencia, perjudicaba al acusado con respecto a la aplicación del delito de hurto, se convierte en beneficiosa a través de su integración en la figura del delito continuado del art. 74 del C. Penal, al pasar a constituir la sustracción del Códice un episodio fáctico subsumible en el robo continuado apreciado con respecto a las sustracciones de dinero, que se extendieron en el tiempo hasta la fecha de la desaparición del preciado libro.

Concurren así los requisitos de un único delito continuado de robo con fuerza en las cosas, al acoger como cierto que para acceder a la sustracción del Códice el acusado se valió de unas llaves que no eran las destinadas por el propietario para abrir las dependencias en que se perpetró la sustracción (art. 239.3 CP). Sin que para apreciar la continuidad del robo por sustracción del dinero y del robo por sustracción del Códice constituya un obstáculo la circunstancia de que nos hallemos ante dos subtipos agravados de robo con fuerza ubicados en dos apartados diferentes de un mismo precepto (el art. 241.1 en relación con el art. 235.1º y 3º del C. Penal, redacción de junio de 2010).

La jurisprudencia de esta Sala no ha considerado como óbice para apreciar el delito continuado que los hechos integrables en la continuidad delictiva sean subsumibles en distintos apartados agravatorios de una misma figura penal (véanse como ejemplo, entre otros, el de los subtipos agravados del delito de estafa o de hurto). Por lo cual, y sin desconocer la especial cualificación histórica, artística y científica que como bien sin-

gular tiene el Código Calixtino, ello no constituye razón suficiente para alterar el criterio jurídico asentado en la jurisprudencia de esta Sala acudiendo a una interpretación que perjudica al reo con el fin de fragmentar la continuidad delictiva con la consiguiente exasperación de la pena.

En tal tesitura, y aunque resulte extraño y paradójico, lo cierto es que en el presente caso para que las dudas de la Sala favorezcan jurídicamente al reo, se hace preciso acudir a la figura del robo con el fin de que pueda ser integrado en la continuidad delictiva. Y ello porque el marco punitivo legal del delito continuado de robo con fuerza en las cosas en su modalidad agravada comprende una pena que abarca desde dos años hasta siete años y seis meses de prisión (art. 74 del C. Penal). Es decir, hasta el grado superior del robo con fuerza en su mitad inferior.

Aplicando, pues, el criterio jurisprudencial de la voluntad impugnativa del recurrente, y dado que la calificación de la sustracción del Código como delito de robo favorece al acusado, procede apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas con la doble agravación que se prevé en los apartados 1º y 3º del art. 235 del C. Penal (sustracción de objeto de valor artístico e histórico y especial gravedad por razón del valor de la cuantía sustraída), que ha de ponerse en relación con el art. 238.4º, 241.1 (primer inciso) y 74 del C. Penal.

Ahora bien, al aplicarse los supuestos de subtipo agravado del valor histórico y artístico del Código y dada la cuantía del valor de lo sustraído en el delito continuado de robo, entendemos que ha de aplicarse la pena superior en grado en su mitad inferior. De modo que el marco legal punitivo concreto queda fijado en un mínimo de 5 años y un día y un máximo de 7 años y 6 meses.

Operando así con el criterio de la gravedad del hecho, se considera la pena proporcional y adecuada a los delitos contra la propiedad debe fijarse en 7 años de prisión, pena que se corresponde además con la idónea para atender a los fines de prevención especial del acusado, visto el grado de reiteración de actos delictivos durante varios años. Y sin que en este caso presente obstáculo alguno el principio acusatorio, habida cuenta

que la pena pedida por la acusación particular por ambos robos alcanza la cuantía total de 12 años de prisión, mientras que la interesada por el Ministerio Fiscal se cifró en un total de diez años de prisión.

Se estima, pues, en este extremo concreto el recurso de casación del acusado, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECr.).

FALLO:

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de **Gerónimo** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, de 17 de febrero de 2015, que condenó al recurrente como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, otro de hurto y un tercero de blanqueo de capitales, delito este último por el que también fue condenada la recurrente, **Rosa**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. La sentencia que queda así anulada parcialmente en lo que se refiere al acusado, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia. Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Manuel Marchena Gómez Jose Ramón Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Juan Saavedra Ruiz**

SEGUNDA SENTENCIA:

Fallo Segunda Sentencia:

Modificamos parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y **condenamos** al acusado Gerónimo como autor responsable de **un solo delito continuado de robo con fuerza en las cosas, con la agravante por razón de la cuantía del valor de lo sustraído y también por la del valor histórico y artístico del Código** que sustrajo, a la pena de **7 años de pri-**

sión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. **Se ratifica** en los mismos términos la condena por el delito de **blanqueo de capitales** dictada para ambos recurrentes: Gerónimo y Rosa.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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

Gómez Jose Ramón Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro, 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

M^a ISABEL CANDELARIO

Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid

(Tol 5630073)

Cabecera: Complicidad concursal. Requisitos conforme al artículo 166 LC. Actos posteriores a la declaración de concurso. Alcance del dolo del cómplice. Complicidad concursal

Jurisdicción: Civil

Ponente: Pedro José Vela Torres

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 27/01/2016

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 5/2016

Número Recurso: 1439/2014

Supuesto de hecho: La sociedad limitada Cerdá Real, SL y D.^a PCV, en su condición de administradora de la mercantil recurren en casación (rollo de apelación n° 905/13) contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, derivadas del Incidente Concursal de Oposición a la Calificación núm. 740/11, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia (Concurso 24/09), sobre oposición a la calificación de culpabilidad y la adjudicación de complicidad en esa calificación. En este sentido, también es parte recurrida la Administración concursal de Hifeda, SL y, es parte interviniente el Ministerio Fiscal.

1. EL SUPUESTO

1.1. Reclamación pretendida

La sociedad limitada Cerdá Real, SL y D.^a PCV, en su condición de administradora de la mercantil recurren en casación (rollo de apelación n° 905/13) contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, derivadas del Incidente Concursal de Oposición a la Calificación núm. 740/11, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia (Concurso 24/09), sobre *oposición a la calificación de culpabilidad y la adjudicación de complicidad en esa calificación*. En este sentido, también es parte recurrida la Administración concursal de Hifeda, SL y, es parte interviniente el Ministerio Fiscal.

1.2. Desarrollo del proceso en la instancia

De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes de hecho (1º) del pronunciamiento jurisprudencial, que es objeto de nuestro comentario se nos relata que la *procuradora D.ª Estefanía L. Verdú Usano, en nombre y representación de Hifeda, SL, Contrachapados Árandiga, SL y Carlet Agrícola interpuso demanda incidental de Oposición a la Calificación del Concurso como culpable propuesta por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba «se dicte Sentencia en la que estimando la oposición declare FORTUITO el concurso de las mercantiles Hifeda, SL, Contrachapados Árandiga SL y Carlet Agrícola con todos los pronunciamientos favorables para su representante legal, sin imposición de costas para ninguna de las partes».*

En esta misma línea argumentativa, en el antecedente de hecho (3º) la *procuradora D.ª Ana María Garrigos Soriano, en nombre y representación de D.ª PCV, quien actúa en nombre propio y como administradora de la mercantil Cerdá Real, S.L., interpuso demanda incidental de Oposición a la propuesta de Calificación del Concurso como Culpable e identificación cómplice a mis representadas efectuada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba «se dicte en su día Sentencia por la que resolviendo el incidente de calificación suscitado, DECLARE que NO CONCURRE la condición de cómplice por parte de DOÑA PCV, de la empresa que representa CERDA REAL S.L., y que han sido IMPUTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y el Ministerio Fiscal, con TODOS los pronunciamientos favorables derivados de dicha declaración, así como el reconocimiento del crédito que ostentan mis representadas frente a las concursadas, todo ello con la imposición de las costas causadas en el presente incidente.».*

Las precitadas pretensiones fueron admitidas a trámite con el consiguiente emplazamiento de las partes. Después de los trámites oportunos, el *Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia dictó sentencia de fecha 22 de mayo de 2013, con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Que estimando la demanda de oposición a la calificación del concurso promovida por el Procurador Sr./a VERDU USANO en nombre y representación de la concursada HIFEDA SL, Contrachapados ARÁNDIGA SL, y CARLET AGRÍCOLA SL, el Procurador Sr./a GARRIGOS SORIANO en nombre y representación de CERDÁ REAL SL, DEBO DECLARAR Y DECLARO FORTUITO EL CONCURSO, procediendo al ARCHIVO del presente incidente una vez sea firme esta resolución. (...)».*

Ante esta situación, los administradores concursales de «Hifeda, S.L.», «Contrachapados Árandiga, S.L.» y «Carlet Agrícola, S.L.» recurren la sentencia de primera instancia. Se resuelve este recurso a través de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia (rollo 905/2013) con fecha de 20 de marzo de 2014, con la siguiente (y relevante) parte dispositiva, a saber:

«Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de las entidades HIFEDA SL, Contrachapados ARÁNDIGA SL y CARLET AGRÍCOLA SL, contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia en autos de incidente concursal n.º 740/11, revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar, estimando en parte la demanda de oposición a la calificación del concurso formulada por las citadas entidades:

A.- Se declara FORTUITO el concurso de las mercantiles Contrachapados ARÁNDIGA SL y CARLET AGRÍCOLA SL.

B.- Se declara CULPABLE el concurso de la entidad HIFEDA SL, y en consecuencia a tal declaración:

Se declaran como **PERSONAS AFECTADAS** por dicha calificación a RAFAEL ARÁNDIGA GARCÍA, en su condición de Administrador Único, y, como cómplice, a PCV, Administradora Única de la entidad CERDÁ REAL SL.

Se **inhabilita** a RAG para administrar los bienes ajenos durante un periodo de DIEZ AÑOS, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

Se acuerda la **pérdida** por RAG de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

Se **condena** a RAG a pagar a los acreedores concursales de HIFEDA SL el total importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.

Se acuerda la **pérdida** por PCV de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa, en su propio nombre o en el de la sociedad de la que es administradora única, CERDÁ REAL SL.

Se **condena** a PCV a devolver los bienes o derechos que haya obtenido indebidamente del patrimonio o de la masa activa del concurso de HIFEDA SL, si bien en su propio nombre bien en el de la sociedad CERDÁ REAL SL, a través de la desviación y apropiación del negocio de dicha concursada, así como a **indemnizar** los daños y perjuicios causados (...).

Bajo este contexto, la procuradora D.^a Ana María Garrigós, en representación de Cerdá Real, S.L. y de D.^a PCV, interpone recurso de casación.

1.3. Recurso ante el Tribunal Supremo

Atendiendo a los hechos que se han ido describiendo, el recurso de casación se fundamentó en un solo motivo: el *amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 166 de la Ley Concursal. Dicho motivo se fundamenta, resumidamente, en que el precepto citado como infringido requiere, para la declaración de complicidad*

en un concurso culpable, los siguientes elementos: a) Una conducta de cooperación con el concursado en actos anteriores a la declaración del concurso; b) La imputación de cooperación respecto de determinados y concretos actos; c) La concurrencia en el cómplice de dolo o culpa grave. Ninguno de cuyos elementos concurriría en el presente caso.

Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial al Tribunal Supremo y se emitió Auto de 9 de septiembre de 2015, con el siguiente tenor: *Admitir el Recurso de casación.*

1.4. Argumentos de la sentencia y fallo

El Tribunal pone de relieve en su fundamento jurídico 1º, el informe que ya emitió la administración concursal de Hifeda, S.L. en julio de 2010 en pos de proporcionarnos las claves que conducían la situación de la empresa a un concurso culpable: *«1.1.(...) ponía de manifiesto al juzgado la existencia de una serie de elementos que dificultaban gravemente la continuidad de la empresa: (i) el elevado pasivo; (ii) la inexistencia de beneficios; (iii) un retraso de más de cinco meses en el abono de los créditos contra la masa generados por continuación de la actividad; (iv) el elevado nivel de impagos de importantes deudores de la concursada; y (v) la interposición de una demanda de ejecución hipotecaria contra la concursada.*

1.2.- *En el mismo informe, la administración concursal advertía de graves irregularidades en la gestión y administración del patrimonio social, que estaban dando lugar a un vaciamiento de la actividad empresarial de la sociedad concursada en favor de otra sociedad, denominada “Cerdá Real, S.L.”, cuya administradora, Dña. PCV, era pareja del administrador de “Hifeda, S.L.”. A resultas de lo cual, solicitó del juzgado la suspensión de las facultades de administración de la concursada, dado que incluso el administrador se había llevado la documentación contable de la empresa».*

Ítem más, agregado a todo lo precedente, la administración concursal pudo constatar y evidenciar que se realizaban actos posteriores a la declaración del concurso en perjuicio de los acreedores y en connivencia con la administración de otra entidad mercantil «Cerdá Real S.L.». Se dice expresamente 1.3.: *«(...) tras la declaración de concurso, la administración concursal comprobó que se producían salidas de producción de “Hifeda, S.L.”, sin su correspondiente facturación, y detectó la salida de aproximadamente 55.000 cajas de mercancía entre septiembre de 2009 y julio de 2010, sin que se justificara el destino del precio supuestamente obtenido por la venta de dicha producción, al no haberse ingresado cantidad alguna en las cuentas de la concur-*

sada. (...) Todo lo cual suponía que la actividad de “Hifeda, S.L.” se derivaba a “Cerdá Real, S.L.”, que se aprovechaba de todos los activos de la concursada».

Amén de lo relatado, se nos dice también que Hifeda, S.L. actuó en contra de (su) administración concursal: «1.4.- En un acta notarial de manifestaciones otorgada por el administrador único de “Hifeda, S.L.” el 19 de noviembre de 2010, reconoció que había actuado a espaldas de la administración concursal y contraviniendo lo previsto legalmente».

Ante este estado de cosas, la administración concursal de Hifeda S.L. solicitó la culpabilidad del concurso, que en primera instancia no fue concedida, pero sí en sede de Audiencia Provincial, basándose en los siguientes razonamientos jurídicos: «2.- (...) (i) Al amparo del art. 164.2.1^o LC, por graves irregularidades contables que impedían la comprensión de la correcta situación económica de “Hifeda, S.L.”; (ii) Conforme al art. 164.2.4^o LC, por haberse alzado el deudor con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores».

Precisamente, la Audiencia proporciona elementos para fundamentar la presencia de complicidad y cooperación en la culpabilidad del concurso, que acoge como suyos el pronunciamiento del Supremo al manifestar que «2.1. En relación con el alzamiento de bienes, la Audiencia consideró que la sociedad “Cerdá Real, S.L.” y su administradora única, Dña. PCV, habían cooperado en el alzamiento, puesto que se había constatado la salida de importantes cantidades de mercancía del activo de la concursada en favor de dicha sociedad. Dice textualmente la sentencia recurrida: «A su vez, la conducta por la que se declara el concurso de HIFEDA culpable al amparo de lo establecido en el artículo 164.2.4^o LC se verificó con la intervención de la mercantil CERDÁ REAL SL, a través de su Administradora única....., sin cuya participación no hubiera sido posible la realización de las operaciones que han quedado descritas y de las que resultó tanto el vaciamiento de ingresos como el incremento de la deuda de HIFEDA, agravándose así el estado de insolvencia de dicha entidad con el consiguiente riesgo para el resto de los acreedores de ver satisfechos sus créditos, por lo que, según lo dispuesto en el citado artículo 172 LC debe ser declarada cómplice con las consecuencias que de ello derivan....».

A la vista de los hechos probados en anteriores instancias, la sala primera del Tribunal supremo decide: «2.- Conforme al artículo 166 de la Ley Concursal, son cómplices del concurso culpable las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como tal. Por consiguiente, para que se pueda apreciar complicidad tienen

que darse dos requisitos: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación».

Añade: «3.- La generalidad con que se pronuncia el art. 166 LC —“cualquier acto”— (frente a la enumeración de supuestos tasados que contenía el art. 893 del Código de Comercio en los supuestos de complicidad en la quiebra), no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción ha de basarse en una actividad probatoria suficiente y ha de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos —de generación o agravación de la situación de insolvencia— que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 LC. Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatar su voluntariedad, esto es, que haya consilium fraudis o ánimo de defraudar o, cuando menos, consilium fraudis o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable».

Sigue argumentando que «4.- Sobre tales presupuestos, en contra de lo afirmado en el recurso, los actos de cooperación llevados a cabo por el cómplice no tienen que ser necesariamente anteriores a la declaración de concurso. Aparte de que el art. 166 LC no contempla limitación cronológica alguna, resulta que la declaración de complicidad va conectada —por la cooperación— al “acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”, que conforme a lo previsto en los arts. 164 y 165 LC puede ser, según los casos y su definición legal, anterior o posterior a la declaración de concurso, solamente anterior o únicamente posterior.

Lo pretendido por las recurrentes tendría sentido si la culpabilidad únicamente pudiera estar vinculada a la generación de la insolvencia; pero no lo tiene desde el mismo momento en que el art. 164.1 LC también liga la culpa-

bilidad a la agravación de dicha insolvencia, lo que puede tener lugar incluso después de la declaración de concurso. Es decir, los actos de cooperación que determinan la complicidad concursal pueden ser posteriores si redundan en la agravación de la insolvencia.

5.- En este caso, la actuación constitutiva de culpabilidad que se conecta con la complicidad es la salida de bienes del patrimonio de la concursada, tras la declaración de concurso, hacia la sociedad condenada como cómplice, mediante la intervención de su administradora, que la sentencia recurrida califica jurídicamente como alzamiento de bienes. Por tanto, tratándose de conductas realizadas con posterioridad a la declaración de concurso, lo que hacen es incidir en la agravación de la insolvencia, y siendo motivo de culpabilidad, da lugar a la complicidad, en tanto que los actos definitivos del alzamiento de bienes requieren la colaboración de un tercero, que recibe dichos bienes y los utiliza en provecho propio, en los términos declarados probados por la Audiencia (...).

6.- Tampoco se comparte la aseveración del recurso relativa a que la sentencia recurrida no concreta los actos que habrían conducido al alzamiento de bienes, ni por tanto la colaboración que daría lugar a la complicidad. Basta con leer el fundamento jurídico cuarto para constatar que lo que se imputa es la salida de mercancía (55.000 cajas) del patrimonio de la concursada, su desviación al patrimonio de la sociedad declarada cómplice y la falta de contraprestación económica a favor de la concursada, ya que la facturación se hacía en beneficio de “Cerdá Real, S.L.”, sin que constaran ingresos en las cuentas de la concursada.

7.- Del mismo modo, tampoco es correcto afirmar que los declarados cómplices no actuaran con dolo o negligencia grave, puesto que si estaban recibiendo mercancía que no les pertenecía y la facturaban en beneficio propio, es evidente que tenían que ser conscientes de que ello perjudicaba a los acreedores de “Hifeda, S.L.”, dado que despatrimonializaba a la concursada sin recibir contraprestación alguna a cambio. Como dijimos en la sentencia 174/2014, de 27 de marzo, basta con la concurrencia de dicha conciencia de perjuicio a los acreedores (“sciencia fraudis”), sin que sea exigible otra prueba de tal elemento subjetivo, que sería imposible por pertenecer al ámbito interno de los partícipes; ni tampoco la prueba de un propósito expreso de causar daño a los acreedores.»

Se concluye en atención a todo lo precedente con el Fallo del pronunciamiento jurisprudencial: **DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por «Cerdá Real, S.L.» y Dña. PCV.

2. COMENTARIO

2.1. La clave de la resolución

El pronunciamiento jurisprudencial del Tribunal Supremo tiene muy en cuenta los hechos acaecidos y cómo estos han sido puesto de manifiesto en las instancias precedentes, así como en los informes emitidos por la administración concursal, —como no podía ser de otro modo—, ya que sirven para calibrar el estado de la cuestión. Pese a ello, la sala primera del Tribunal Supremo focaliza su atención en la interpretación de un precepto *ex art. 166 de la LC*, que es cabalmente el que emplea la parte recurrente para sostener su postura de no calificación de culpable el concurso, ni de complicidad.

Cierto es que la virtualidad de este pronunciamiento jurisprudencial estriba en proporcionarnos el significado de la complicidad en el ámbito concursal. Remárquese que esta materia no es muy tratada por la doctrina *ius privatista*, toda vez que se suele remitir a la actuación e implicaciones derivadas del ámbito penal. De tal suerte que este pronunciamiento es valioso, en concreto, por lo referenciado y el darnos luz en torno a cuál sea el alcance y extensión de la complicidad en el concurso de acreedores *ex art. 166 LC*.

Sea como fuere, en nuestra valoración vamos a ir más allá, toda vez que también se han de ponderar algunas cuestiones puestas de relieve por la resolución emitida por la Audiencia Provincial de Valencia, así como del propio informe proporcionado por la administración concursal de «Hifeda, S.L.». En efecto:

Partamos del planteamiento que el Tribunal Supremo basa su decisión en hechos probados tales como el informe de la administración concursal de «Hifeda, S.L.», que pone de relieve los diferentes elementos que abocan a la calificación de culpabilidad del concurso por estar el deudor ante una situación de insolvencia cualificada *ex art. 2.2, punto 4° de la LC*, que conlleva la precitada culpabilidad.

Sumado a ello, el poner de manifiesto el hecho de ocultamiento de información y el alzamiento de bienes, que configura el ilícito penal en que está incurriendo esta compañía, en especial, es de aplicación el art. 257 del Código penal. Al decretar que «1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. 2.º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.

3. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal».

Incluso, adviértase que la concursada no sólo se ciñe a provocar actos que agravan la situación patrimonial del deudor antes de la declaración del concurso, sino que lleva a cabo actos posteriores a la declaración de concurso, perfilándose bajo el manto de insolvencia punible ex art. 260 Código penal, apartado 9.º: «Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial».

Todo lo anterior conduce a aplicar por parte de la administración concursal de «Hifeda, S.L.» los arts. 164.2.1º y 4º de la LC en mor de la consideración de concurso culpable. Vinculado a ello y, para llevar a efecto el alzamiento de bienes ex art. 164.2.4º de la LC se constata la intervención de la entidad «CERDA REAL S.L.» y su administradora única, Doña PCV. A tal fin, la Audiencia Provincial consideró que ésta ha cooperado en el alzamiento y, por ende, se le declara cómplice en atención al art. 172 LC. En similar línea de argumentación en cuanto hace a la calificación del concurso, véase la re-

solución de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 29 de diciembre de 2008 (Tol 1625643).

La decisión de la sala Primera del Tribunal Supremo se circunscribe a contra-argumentar el sólo motivo que expone en su defensa el recurrente y la aplicación e interpretación de qué se entienda por cómplice en el art. 166 de la LC.

Si se interpreta el tenor literal del art. 166 de la LC, puede pensarse a priori que los actos que comportan la culpabilidad del concurso se han de apreciar y valorar *ex ante* a la declaración del concurso, toda vez que sirven para motivar, cabalmente, la calificación del concurso. Léase detenidamente el tenor del art. 166, LC: «Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable».

Nada más lejos de la realidad del tenor literal y, precisamente, supone una aportación valiosa a la interpretación hermenéutica del mandato por parte de la sala primera del Tribunal Supremo y se ilustra en lo que sigue: *«La generalidad con que se pronuncia el art. 166 LC —“cualquier acto”— (frente a la enumeración de supuestos tasados que contenía el art. 893 del Código de Comercio en los supuestos de complicidad en la quiebra), no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción ha de basarse en una actividad probatoria suficiente y ha de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos —de generación o agravación de la situación de insolvencia— que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 LC. Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatar su voluntariedad, esto es, que haya consilium fraudis ánimo de defraudar o, cuando menos, consilium fraudis connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable»*. Puede inferirse de lo descrito que los actos que provocan la complicidad en la culpabilidad del concurso: a) han de estar probados e íntimamente relacionados con la conducta dañosa. En este sentido, véase también la relevante STS de 4 de marzo de

2014, ponente Don Francisco Marín Castán (*Tol 4143002*), que demanda que la complicidad quede acreditada.

Y, b) debe existir voluntariedad por parte del cómplice y un ánimo de defraudar. *Cfr.*, a tal efecto, lo que se manifiesta por la Audiencia Provincial de Valencia - Sección Novena - Jurisdicción: Civil - Sentencia - Núm. Res.: 181/2015 - Núm. Rec.: 972/2014 - Ponente: LUIS SELLER ROCA DE TOGORES (*Tol 5421292*), que reclama dos elementos que han de concurrir en la complicidad: «a) El consecuente perjuicio para los acreedores; b) *Scientia fraudis*».

Especialmente de interés resulta la afirmación que *«los actos de cooperación llevados a cabo por el cómplice no tienen que ser necesariamente anteriores a la declaración de concurso. Aparte de que el art. 166 LC no contempla limitación cronológica alguna, resulta que la declaración de complicidad va conectada —por la cooperación— al “acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”, que conforme a lo previsto en los arts. 164 y 165 LC puede ser, según los casos y su definición legal, anterior o posterior a la declaración de concurso, solamente anterior o únicamente posterior*». Luego, se descuelga de lo reseñado que los actos que configuran la complicidad en el concurso no sólo tienen que producirse *ex ante*, sino también *ex post* una vez declarado el concurso y el apoyo se encuentra en el propio espíritu de los arts. 164 y 165 de la LC, respectivamente. Ítem más, este argumento es empleado por la sala para contra-argumentar lo declarado por la parte recurrente, que incidía que en interpretación de la Ley Concursal, sólo cabía tener presente los actos anteriores a la declaración de concurso y por tal razón no cabría la consideración de complicidad. Es menester subrayar aquí el planteamiento que proporciona la sala primera que es la interpretación del art. 164.1 de la LC, al aseverar que *«el art. 164.1 LC también liga la culpabilidad a la agravación de dicha insolvencia, lo que puede tener lugar incluso después de la declaración de concurso. Es decir, los actos de cooperación que determinan la complicidad concursal pueden ser posteriores si redundan en la agravación de la insolvencia*», que es lo que sucede en el caso que se comenta.

La culpabilidad del comportamiento del cómplice viene delimitada también por la interpretación de la sala en cuanto que agrava la situación de insolvencia al punto de incurrir en un ilícito penal como es el alzamiento de bienes, extremos estos ya puestos de relieve por la Audiencia Provincial y que convalida la sala primera del Tribunal Supremo.

Otro de los razonamientos expuestos por la parte recurrente son denegados por la sala, puesto que se defendía por la parte recurrente en que no había actos concretos que condujeran a la complicidad, cuestión más que

discutible, toda vez que como señala la sala: *«Basta con leer el fundamento jurídico cuarto para constatar que lo que se imputa es la salida de mercancía (55.000 cajas) del patrimonio de la concursada, su desviación al patrimonio de la sociedad declarada cómplice y la falta de contraprestación económica a favor de la concursada, ya que la facturación se hacía en beneficio de “Cerdá Real, S.L.”, sin que constaran ingresos en las cuentas de la concursada»*. Al contrario, estos hechos necesitan de un cierto ánimo culposo o, inclusive, doloso de las partes, ya que busca defraudar a los acreedores del concurso de «Hifeda, S.L.»

La sala sigue insistiendo en aclarar el dolo o la negligencia grave en que puede incurrir el cómplice, contraviniendo la argumentación de la recurrente, al apuntar *«que tampoco es correcto afirmar que los declarados cómplices no actuaran con dolo o negligencia grave, puesto que si estaban recibiendo mercancía que no les pertenecía y la facturaban en beneficio propio, es evidente que tenían que ser conscientes de que ello perjudicaba a los acreedores de “Hifeda, S.L.”, dado que despatrimonializaba a la concursada sin recibir contraprestación alguna a cambio. Como dijimos en la sentencia 174/2014, de 27 de marzo, basta con la concurrencia de dicha conciencia de perjuicio a los acreedores (“sciencia fraudis”), sin que sea exigible otra prueba de tal elemento subjetivo, que sería imposible por pertenecer al ámbito interno de los partícipes; ni tampoco la prueba de un propósito expreso de causar daño a los acreedores»*. Se deduce que es necesario la conciencia o el conocimiento de que se está menoscabando el patrimonio destinado a satisfacer a los acreedores, esto es, que se actúa en fraude de acreedores, tal y como se ha puesto de relieve en otros pronunciamientos anteriores. Luego, en la culpabilidad se incluye el ánimo y la voluntariedad (conocimiento) del perjuicio causado tanto por parte del autor, como también por parte del interviniente —cómplice—.

Al hilo de todo lo argumentado, el recurso de casación ha sido desestimado.

2.2. A modo de conclusión

En este pronunciamiento jurisprudencial se acentúan diferentes planteamientos interpretativos, que son dignos de tener en cuenta dentro de la labor nomofiláctica y de creación de la doctrina jurisprudencial, que se le encomienda a las diferentes salas del Tribunal Supremo, en este caso, la sala primera de lo civil, a saber:

Primero: Resulta relevante esta resolución porque incide en la aproximación aclaratoria de lo que sea la calificación del concurso como culpable a

través de la delimitación del alzamiento de bienes y de otra serie de hechos que agravan la situación de insolvencia del deudor concursado.

Segundo: Es importante el pronunciamiento jurisprudencial que observamos porque delimita algunos aspectos de la complicidad en el concurso culpable. En otros términos explicativos, se analiza e interpreta el art. 166 de la LC, relativo a la configuración de la figura del cómplice en el concurso culpable y, es una de las más destacadas reflexiones de este pronunciamiento jurisprudencial. En particular, se pone especial hincapié en el dato que los actos posteriores a la declaración del concurso inciden en la determinación de la complicidad en la culpabilidad del concurso. Ergo, es indiferente que los actos sean antes o después de la declaración del concurso. Los actos *ex post* agravan la situación de insolvencia y fundamentan aún más la calificación de culpable (*ex art.* 164 LC).

Tercero: Relacionado con lo precedente, hay que ponderar y reiterar de nuevo, el planteamiento que los actos que provocan la complicidad-intervención de otra persona en el devenir de la culpabilidad del concurso: a) han de estar probados —suelen ser graves o sobresalientes— e íntimamente relacionados con la conducta que provoca los daños y menoscabos en el patrimonio por parte del deudor concursado o la administración-liquidación de la sociedad y, b) debe existir voluntariedad por parte del cómplice, es decir, un ánimo o intención de defraudar.

Cuarto: Se aclara igualmente las conductas de culpabilidad que han de concurrir en el cómplice del concurso culpable. De tal forma, que los declarados cómplices pueden actuar con dolo o negligencia grave a juicio de la sala y según se infiere de esta resolución jurisprudencial.

Referencia Bibliográfica

- ALCOVER GARAU, G., «La calificación concursal y los supuestos de complicidad». N.º 8. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, pp. 133 a 138.
- CAMPANER MUÑOZ, J., «El derecho penal de las insolvencias: cuestiones dogmáticas y procesales a la luz de los bienes jurídicos protegidos». N.º 113. *Cuadernos de Política criminal*, septiembre 2014, pp. 253-293.
- DEL OLMO, A., «La actividad del cómplice no se limita solo a la anterior a la declaración de concurso», 16 de febrero, en <http://blog.sepin.es/2016/02/complice-derecho-concursal/> (consultado por última vez el 18 de febrero de 2016).
- FRAU i GAIA, S., *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, 2014 (Tol 4368919)
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Concursado, Cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)». En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo V., Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 4913 y ss.

- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Causas de calificación culpable del concurso, imputación de conductas y atribución de los efectos derivados: (comentario de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de 13 de junio de 2013)». Nº. 32. *Anuario de Derecho Concursal*, 2014, pp. 417 a 450.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Las irregularidades relevantes en la contabilidad como hecho de concurso culpable (STS 16.1.2012)». Nº. 27. *Anuario de Derecho Concursal*, 2012, pp. 359 a 371.
- REDONDO GARCÍA, F., «La oposición del deudor a la calificación del concurso». Nº. 8. *Anuario de Derecho Concursal*, 2006, pp. 187 a 197.
- ROCA DE AGAPITO, L., «Los delitos de alzamiento de bienes: (examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)». Nº 22. *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, pp. 47 a 104.
- SERRANO PÉREZ, M.A., «Algunas consideraciones sobre la complicidad concursal», 12/02/2016, en <http://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/algunas-consideraciones-sobre-la-complicidad.html> (consultado por última vez el 22 de febrero de 2016).
- VELA TORRES, P., «Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad». Nº 3. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2005, pp. 89 a 106.

Sentencia nº 5 de 27 de enero de 2016

ENCABEZAMIENTO:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 5/2016

Fecha Sentencia: 27/01/2016

CASACIÓN

Recurso Nº: 1439 / 2014

Fallo/Acuerdo:

Votación y Fallo: 07/01/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD. PROVINCIAL VALENCIA SECCIÓN N. 9

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Ángeles Bartolomé Pardo

Escrito por: MAJ

CASACIÓN Núm.: 1439/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Vela Torres

Votación y Fallo: 07/01/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Ángeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 5/2016

Excmos. Sres.:

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Cerdá Real, SL y D.ª María Cristina, representados por la procuradora D.ª Matilde Sanz Estrada, bajo la dirección letrada de D. Alberto Cantó Noguera, contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 905/13, dimanante de las actuaciones del Incidente Concursal de Oposición a la Calificación núm. 740/11, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia (Concurso 24/09), sobre oposición a la calificación de culpabilidad. Ha sido parte recurrida la Administración concursal de Hifeda, SL, representada ante esta Sala por la procuradora D.ª Katiuska Marín Martín y bajo la dirección letrada del Sr. Adriano. No se han personado ante esta Sala como recurridos, las mercantiles Hifeda, S.L, Contrachapados Arándiga, S.L y Carlet Agrícola, S.L. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- La procuradora D.ª Estefanía L. Verdú Usano, en nombre y representación de Hifeda,

SL, Contrachapados Árandiga, SL y Carlet Agrícola interpuso demanda Incidental de Oposición a la Calificación del Concurso como culpable propuesta por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba «se dicte Sentencia en la que estimando la oposición declare FORTUITO el concurso de las mercantiles Hifeda, SL, Contrachapados Árandiga SL y Carlet Agrícola con todos los pronunciamientos favorables para su representante legal, sin imposición de costas para ninguna de las partes».

Segundo.- La procuradora D.^a Ana María Garrigos Soriano, en nombre y representación de D. Saturnino, interpuso demanda incidental de Oposición a la Calificación del Concurso como culpable propuesta por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba: «se dicte Sentencia por la que resolviendo el incidente de calificación suscitado, DECLARE EL CONCURSO COMO FORTUITO, con los demás pronunciamientos favorables derivados de dicha calificación con la inclusión de las costas causadas en el incidente.»

Tercero.- La procuradora D.^a Ana María Garrigos Soriano, en nombre y representación de D.^a María Cristina, quien actúa en nombre propio y como administradora de la mercantil Cerdá Real, S.L., interpuso demanda incidental de Oposición a la propuesta de Calificación del Concurso como Culpable e identificación cómplice a mis representadas efectuada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en la que solicitaba «se dicte en su día Sentencia por la que resolviendo el incidente de calificación suscitado, DECLARE que NO CONCURRE la condición de cómplice por parte de DOÑA María Cristina, de la empresa que representa CERDA REAL S.L., y que han sido IMPUTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y el Ministerio Fiscal, con TODOS los pronunciamientos favorables derivados de dicha declaración, así como el reconocimiento del crédito que ostentan mis representadas frente a las concursadas, todo ello con la imposición de las costas causadas en el presente incidente.»

Cuarto.- Las demandas incidentales fueron presentadas el 23 de marzo y el 31 de mayo de 2011, y repartidas al Juzgado de lo Mercan-

til n.º 2 de Valencia y registradas con el núm. 720/2011, dimanante del concurso ordinario n.º 24/2009.

Quinto.- Una vez fueron admitidas a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

Sexto.- D. Adriano y D. David, como Administradores Concursales de las mercantiles Hifeda, S.L., Contrachapados Árandiga S.L. y Carlet Agrícola, S.L., contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaba: «Que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y en méritos a lo expuesto RATIFICARNOS EN EL INFORME DE CALIFICACIÓN completando la misma con las alegaciones anteriores.»

Séptimo.- Tras seguirse los trámites correspondientes, Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia dictó sentencia de fecha 22 de mayo de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando la demanda de oposición a la calificación del concurso promovida por el Procurador Sr./a VERDU USANO en nombre y representación de la concursada HIFEDA SL, Contrachapados ARÁNDIGA SL, y CARLET AGRÍCOLA SL, el Procurador Sr./a GARRIGOS SORIANO en nombre y representación de CERDÁ REAL SL, Saturnino y María Cristina, DEBO DECLARAR Y DECLARO FORTUITO EL CONCURSO, procediendo al ARCHIVO del presente incidente una vez sea firme esta resolución. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes personadas, costeando cada una las de su instancia y las comunes por mitad.»

Octavo.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los Administradores Concursales de «Hifeda, S.L.», «Contrachapados Árandiga, S.L.» y «Carlet Agrícola, S.L.»

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 905/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva dispone:

«Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de las entidades HIFEDA SL, Contrachapados

ARÁNDIGA SL y CARLET AGRÍCOLA SL, contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia en autos de incidente concursal n.º 740/11, revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar, estimando en parte la demanda de oposición a la calificación del concurso formulada por las citadas entidades:

A.- Se declara FORTUITO el concurso de las mercantiles Contrachapados ARÁNDIGA SL y CARLET AGRÍCOLA SL.

B.- Se declara CULPABLE el concurso de la entidad HIFEDA SL, y en consecuencia a tal declaración:

Se declaran como **PERSONAS AFECTADAS** por dicha calificación a Saturnino, en su condición de Administrador Único, y, como cómplice, a María Cristina, Administradora Única de la entidad CERDÁ REAL SL.

· Se **inhabilita** a Saturnino para administrar los bienes ajenos durante un periodo de DIEZ AÑOS, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período.

· Se acuerda la **pérdida** por Saturnino de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

· Se **condena** a Saturnino a pagar a los acreedores concursales de HIFEDA SL el total importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.

· Se acuerda la **pérdida** por María Cristina de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa, en su propio nombre o en el de la sociedad de la que es administradora única, CERDÁ REAL SL.

· Se **condena** a María Cristina a devolver los bienes o derechos que haya obtenido indebidamente del patrimonio o de la masa activa del concurso de HIFEDA SL, si bien en su propio nombre bien en el de la sociedad CERDÁ REAL SL, a través de la desviación y apropiación del negocio de dicha concursada, así como a **indemnizar** los daños y perjuicios causados.

C.- No se hace expresa imposición ni de las costas causadas en la primera instancia, ni de las devengadas en esta alzada.»

Noveno.- La procuradora D.ª Ana María Garrigós, en representación de Cerdá Real, S.L. y de D.ª María Cristina, interpuso recurso de casación. Motivo del recurso de casación fue:

«**Único.-** Al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 166 de la Ley Concursal.»

Décimo.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 9 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la sociedad mercantil CERDÁ REAL, S.L. y DOÑA María Cristina, contra la sentencia dictada, en fecha 20 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación n.º 905/2013 dimanante de los autos de incidente n.º 740/2011 en el concurso n.º 24/2009, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia.»

Undécimo.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

Duodécimo.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 7 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero.- Resumen de antecedentes.-

1.- Son hechos declarados probados por la sentencia recurrida, de los que necesariamente hemos de partir, al no haberse formulado recurso extraordinario por infracción procesal, ni ser susceptibles de revisión en casación, los siguientes:

1.1.- Declarado el concurso de la compañía «Hifeda, S.L.», la administración concursal emitió un informe en julio de 2010, en el que ponía de manifiesto al juzgado la existencia de una serie de elementos que dificultaban gravemente la continuidad de la empresa: (i) el elevado pasivo; (ii) la inexistencia de beneficios; (iii) un retraso de más de cinco meses en el abono de los créditos contra la masa generados por continuación de la actividad; (iv) el elevado nivel de impagos de importantes deudores de la concursada; y (v) la interposición de una demanda de ejecución hipotecaria contra la concursada.

1.2.- En el mismo informe, la administración concursal advertía de graves irregularidades en la gestión y administración del patrimonio social, que estaban dando lugar a un vaciamiento de la actividad empresarial de la sociedad concursada en favor de otra sociedad, denominada «Cerdá Real, S.L.», cuya administradora, Dña. María Cristina, era pareja del administrador de «Hifeda, S.L.». A resultados de lo cual, solicitó del juzgado la suspensión de las facultades de administración de la concursada, dado que incluso el administrador se había llevado la documentación contable de la empresa.

1.3.- Igualmente constaba en el informe que, tras la declaración de concurso, la administración concursal comprobó que se producían salidas de producción de «Hifeda, S.L.», sin su correspondiente facturación, y detectó la salida de aproximadamente 55.000 cajas de mercancía entre septiembre de 2009 y julio de 2010, sin que se justificara el destino del precio supuestamente obtenido por la venta de dicha producción, al no haberse ingresado cantidad alguna en las cuentas de la concursada. Asimismo, constató que, pese a que se seguían enviando los materiales para su confección a los centros de trabajo externos, los mismos dejaron de enviar los albaranes de salida a la concursada, porque se realizaban con los albaranes de otra empresa, «Cerdá Real, S.L.», lo que dejaba sin ingresos a la entidad concursada. Además, en relación con producción realizada con albaranes de entrega a nombre de «Hifeda» y emisión de las correspondientes facturas, se comprobó posteriormente la realización

de facturas de abono sin que la mercancía fuese devuelta, procediéndose a una facturación simultánea por la entidad «Cerdá Real, S.L.»; llegándose a detectar abonos en un día por importe de casi 70.000 €. Todo lo cual suponía que la actividad de «Hifeda, S.L.» se derivaba a «Cerdá Real, S.L.», que se aprovechaba de todos los activos de la concursada.

1.4.- En un acta notarial de manifestaciones otorgada por el administrador único de «Hifeda, S.L.» el 19 de noviembre de 2010, reconoció que había actuado a espaldas de la administración concursal y contraviniendo lo previsto legalmente.

2.- La administración concursal de «Hifeda, S.L.» solicitó la declaración de culpabilidad del concurso. Desestimada en primera instancia dicha pretensión, la Audiencia Provincial dictó sentencia en la que declaró culpable el concurso por las siguientes causas: (i) Al amparo del art. 164.2.1º LC, por graves irregularidades contables que impedían la comprensión de la correcta situación económica de «Hifeda, S.L.»; (ii) Conforme al art. 164.2.4º LC, por haberse alzado el deudor con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

2.1.- En relación con el alzamiento de bienes, la Audiencia consideró que la sociedad «Cerdá Real, S.L.» y su administradora única, Dña. María Cristina, habían cooperado en el alzamiento, puesto que se había constatado la salida de importantes cantidades de mercancía del activo de la concursada en favor de dicha sociedad. Dice textualmente la sentencia recurrida: «A su vez, la conducta por la que se declara el concurso de HIFEDA culpable al amparo de lo establecido en el artículo 164.2.4º LC se verificó con la intervención de la mercantil CERDÁ REAL SL, a través de su Administradora Única....., sin cuya participación no hubiera sido posible la realización de las operaciones que han quedado descritas y de las que resultó tanto el vaciamiento de ingresos como el incremento de la deuda de HIFEDA, agravándose así el estado de insolvencia de dicha entidad con el consiguiente riesgo para el resto de los acreedores de ver satisfechos sus créditos, por lo que, según lo dispuesto en el citado artí-

culo 172 LC *debe ser declarada cómplice con las consecuencias que de ello derivan...».*

Segundo.- Recurso de casación.-

Formulación del único motivo de casación:

1.- La compañía mercantil «Cerdá Real, S.L.» y D.^a María Cristina presentaron un único motivo de casación, al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por infracción del art. 166 LC.

2.- Dicho motivo se fundamenta, resumidamente, en que el precepto citado como infringido requiere, para la declaración de complicidad en un concurso culpable, los siguientes elementos: a) Una conducta de cooperación con el concursado en actos anteriores a la declaración del concurso; b) La imputación de cooperación respecto de determinados y concretos actos; c) La concurrencia en el cómplice de dolo o culpa grave. Ninguno de cuyos elementos concurriría en el presente caso. Decisión de la Sala:

1.- Hemos declarado de forma reiterada que la función nomofiláctica o de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige que las cuestiones jurídicas que se planteen respeten los hechos o base fáctica de la sentencia (en este sentido, sentencias 46/2011, de 21 de febrero; 263/2012, de 25 de abril; y 669/2012, de 14 de noviembre). Por eso, hemos de partir de los hechos antes expuestos, declarados probados por la sentencia recurrida.

2.- Conforme al artículo 166 de la Ley Concursal, son cómplices del concurso culpable las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como tal. Por consiguiente, para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) La cooperación tiene

que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación.

3.- La generalidad con que se pronuncia el art. 166 LC —«cualquier acto»— (frente a la enumeración de supuestos tasados que contenía el art. 893 del Código de Comercio en los supuestos de complicidad en la quiebra), no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción ha de basarse en una actividad probatoria suficiente y ha de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos —de generación o agravación de la situación de insolvencia— que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 LC. Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatar su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

4.- Sobre tales presupuestos, en contra de lo afirmado en el recurso, los actos de cooperación llevados a cabo por el cómplice no tienen que ser necesariamente anteriores a la declaración de concurso. Aparte de que el art. 166 LC no contempla limitación cronológica alguna, resulta que la declaración de complicidad va conectada —por la cooperación— al «acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable», que

conforme a lo previsto en los arts. 164 y 165 LC puede ser, según los casos y su definición legal, anterior o posterior a la declaración de concurso, solamente anterior o únicamente posterior.

Lo pretendido por las recurrentes tendría sentido si la culpabilidad únicamente pudiera estar vinculada a la generación de la insolvencia; pero no lo tiene desde el mismo momento en que el art. 164.1 LC también liga la culpabilidad a la agravación de dicha insolvencia, lo que puede tener lugar incluso después de la declaración de concurso. Es decir, los actos de cooperación que determinan la complicidad concursal pueden ser posteriores si redundan en la agravación de la insolvencia.

5.- En este caso, la actuación constitutiva de culpabilidad que se conecta con la complicidad es la salida de bienes del patrimonio de la concursada, tras la declaración de concurso, hacia la sociedad condenada como cómplice, mediante la intervención de su administradora, que la sentencia recurrida califica jurídicamente como alzamiento de bienes. Por tanto, tratándose de conductas realizadas con posterioridad a la declaración de concurso, lo que hacen es incidir en la agravación de la insolvencia, y siendo motivo de culpabilidad, da lugar a la complicidad, en tanto que los actos definitorios del alzamiento de bienes requieren la colaboración de un tercero, que recibe dichos bienes y los utiliza en provecho propio, en los términos declarados probados por la Audiencia y que hemos resumido en el apartado 1.3 del fundamento de derecho primero.

6.- Tampoco se comparte la aseveración del recurso relativa a que la sentencia recurrida no concreta los actos que habrían conducido al alzamiento de bienes, ni por tanto la colaboración que daría lugar a la complicidad. Basta con leer el fundamento jurídico cuarto para constatar que lo que se imputa es la salida de mercancía (55.000 cajas) del patrimonio de la concursada, su desviación al patrimonio de la sociedad declarada cómplice y la falta de contraprestación económica a favor de la concursada, ya que la facturación se hacía en beneficio de «Cerdá Real, S.L.», sin que constaran ingresos en las cuentas de la concursada.

7.- Del mismo modo, tampoco es correcto afirmar que los declarados cómplices no actuaran con dolo o negligencia grave, puesto que si estaban recibiendo mercancía que no les pertenecía y la facturaban en beneficio propio, es evidente que tenían que ser conscientes de que ello perjudicaba a los acreedores de «Hifeda, S.L.», dado que despatrimonializaba a la concursada sin recibir contraprestación alguna a cambio. Como dijimos en la sentencia 174/2014, de 27 de marzo, basta con la concurrencia de dicho conciencia de perjuicio a los acreedores («sciencia fraudis»), sin que sea exigible otra prueba de tal elemento subjetivo, que sería imposible por pertenecer al ámbito interno de los partícipes; ni tampoco la prueba de un propósito expreso de causar daño a los acreedores.

8.- Por todas las razones expuestas, el recurso de casación debe ser desestimado.

Tercero.- Costas y depósitos.-

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, deben imponerse las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

FALLO:

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por «Cerdá Real, S.L.» y Dña. María Cristina, contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9^a, en el recurso de apelación núm. 905/13.

2.- Imponer a las expresadas recurrentes las costas del recurso de casación, así como la pérdida del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Librese 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 Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Pedro José Vela Torres. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro José Vela Torres**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebran-

do Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

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

SOCIAL

GEMMA FABREGAT MONFORT

(Tol 5708575)

Cabecera: Reclamación de cantidad: Diferencias salariales por realización de funciones de superior categoría. Falta de la titulación exigida en el convenio colectivo. Le corresponde el percibo de las diferencias, porque la titulación no viene exigida en norma legal, y la diferencia por título sólo está justificada entre categorías con idénticas funciones. Voto particular.

Jurisdicción: Social

Ponente: Rosa María Virolés Piñol

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 09/03/2016

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Sección: Primera

Número Sentencia: 206/2016

Número Recurso: 3193/2014

Sentencia de nueve de marzo de dos mil dieciséis

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil dieciséis.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Francisco Javier Zambrano Suárez, en nombre y representación de D. Isidoro, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas), de fecha 28 de marzo de 2014, recaída en el recurso de suplicación nº 1076/2012, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, dictada el 3 de febrero de 2012, en los autos de juicio nº 462/2010, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Isidoro contra Servicio Canario de Empleo, sobre cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Organismo autónomo Servicio Canario de Empleo representado por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 3 de febrero de 2012, el Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimo la demanda interpuesta por Isidoro contra el Servicio Canario de Empleo y en su virtud le absuelvo de los pedimentos deducidos en su contra.».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

«**1º.-** La parte actora, Isidoro, viene prestando servicios por cuenta de la administración demandada desde el día 1.01.95, con la categoría reconocida de administrativo y percibiendo el salario según convenio (ordinal conforme); **2º.-** En la Unidad de Medidas Alternativas, la cual asume

sus competencias con carácter regional desde el año 2006, el actor desarrollaba las siguientes funciones en el periodo reclamado con autonomía, responsabilidad e iniciativa (1.06 a 02.10):

- Supervisa y controla el cumplimiento de las empresas en el ámbito de Canarias, en la obligación de tener reservado un 2% de su plantilla, para cubrirse por personal discapacitado.
- Informa a dichas empresas sobre el procedimiento técnico a seguir para solicitar el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, así como asesora sobre el cumplimiento de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI).
- Efectúa el control y seguimiento de la documentación administrativa relacionada con la legislación vigente en materia de contratación de discapacitados, que deben ser autorizados por la Directora del Servicio Canario de Empleo.
- Elaboración, revisión, examen y tramitación de expedientes correspondientes a las medidas alternativas autorizadas a las empresas solicitantes, mediante Resolución de Autorización de realización de las mismas, que formalmente la Subdirectora de Empleo o la Jefa de Servicio de Empleo suscribe, y comprueba el cumplimiento de las mismas.
- Revisa, comprueba y justifica las memorias entregadas por las entidades donantes y las entidades receptoras de donaciones o acciones de patrocinio, que han realizado las medidas alternativas mediante la aportación económica correspondiente.
- Realiza informes de gestión para justificar las medidas alternativas realizadas por las empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, en coordinación con los objetivos propuestos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Trabajo.
- Realiza las comunicaciones y requerimientos necesarios para subsanar las deficiencias en la documentación presentada por las empresas, así como los Centros Especiales de Empleo y las Fundaciones o Asociaciones de Utilidad Pública, a efectos de materializar contratos mercantiles o recibir donaciones o acciones de patrocinio, como cumplimiento alternativo a la contratación de trabajadores discapacitados.
- Realiza, prepara, efectúa, presenta y participa en la presenta-

ción ponencias y charlas informativas relacionadas con la aplicación de las medidas alternativas en diferentes foros, tendentes a dar a conocer la normativa aplicable y su aplicación técnica al cumplimiento alternativo de la contratación de discapacitados.

- Es el representante del Servicio de Empleo en el Consejo Insular de Rehabilitación Psicosocial y Acción Comunitaria (CIRPAC), así como de la comisión técnica de seguimiento del Convenio de Colaboración entre la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Cabildo de Gran Canaria para la ejecución del Programa de Atención Sociosanitaria-Área de personas discapacitadas (documental y testifical actora, acta de inspección);

3º.- El actor interpuso reclamación previa en demanda de clasificación profesional-cantidad el 26.01.07 ante la CAC demandada, por reproducida. Y posterior demanda que recayó en este Juzgado, autos nº 212/07. Tras desistimiento de la parte actora con reserva de acciones se dicta auto por este Juzgado el 25.02.10 que tiene a la parte actora por desistida;

4º.- De ser estimada la demanda íntegramente la demanda al actor le correspondería en concepto de diferencias retributivas entre un administrativo y un técnico superior en el periodo enero de 2006 a febrero de 2010 la suma de 77.77.367, 56 euros, según el desglose efectuado por la parte actora en su ramo de prueba, por reproducido, por los conceptos salario base, trienios, paga concertación, complemento homologación, complemento encuadramiento/compl. dest. equiv. fun., incremento paga extra y complemento incentivación. El desglose de las diferencias por año sería el siguiente: Año 2006: 21.458,20 euros. Año 2007: 15.536,47 euros Año 2008: 19.438,27 euros Año 2009: 18.315,92 euros Año 2010 (enero y febrero): 2.618, 70 euros;

5º.- El trabajador ha venido cobrando un complemento de especial responsabilidad en el periodo 1.05.06 a 31.01.10 por tener personal a su cargo (nóminas actor, resolución de 10.10.06 de la jefa de negociado e informe de la subdirectora de empleo de 21.04.06);

6º.- El trabajador ha hecho uso del siguiente crédito sindical desde enero de 2009: 1º trimestre 2009, 360 horas 2º trimestre 2009,

360 horas 3º trimestre 2009, 360 horas 4º trimestre 2009, 360 horas 1º trimestre 2010, 360 horas 2º trimestre 2010, 420 horas (informes del Secretario de Organización de la Federación de Servicios a la Ciudadanía FSC CCOO). El cómputo de horas anuales a considerar a efectos del uso de crédito horario para la dispensa total será de 1.650 horas al año (informe de la jefa de la unidad de recursos humanos de 17.09.10); **7º.-** El actor está en posesión del título de técnico especialista (FP de segundo grado); **8º.-** Se ha agotado la vía previa. La reclamación previa se interpuso el 5.03.10. La resolución de la reclamación previa es de fecha 26.07.10.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado de D. Isidoro formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas, dictó sentencia en fecha 28 de marzo de 2014, en la que consta el siguiente fallo:

«Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D. Isidoro, representado por la Letrada Dª Carmen R. Lorenzo de Armas, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de fecha 3/02/12 dictada en Autos nº 462/10, confirmando la misma en su integridad.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la representación procesal de D. Isidoro, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 15 de noviembre de 2000 (Rcud. 1527/2000).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar IMPROCEDENTE el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 9 de marzo de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Pretensión y sentencia recurrida.-

1.- La cuestión litigiosa consiste en determinar si la falta de la titulación exigida en el convenio

colectivo para el desempeño de las funciones de superior categoría realizadas, puede impedir el percibo de las retribuciones correspondientes.

El trabajador recurrente, viene prestando servicios para la Comunidad Autónoma de Canarias en Las Palmas, con la categoría de administrativo, si bien en el periodo objeto de la reclamación ha venido desempeñando las funciones relacionadas en el ordinal 2º del relato fáctico y que son propias de la categoría de técnico superior.

2.- El trabajador formuló demanda en reclamación de cantidad por diferencias salariales derivadas de la realización de funciones superiores, que le fue desestimada por la sentencia de instancia (Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria) al no ostentar la titulación exigida en el Convenio Colectivo para el desempeño de la superior categoría.

3.- Recurrida la referida sentencia en suplicación, por la Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria en sentencia de 28 de marzo de 2014 (rec. 1076/2012), se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia. Señala la sentencia de suplicación que la única diferencia que establece el convenio colectivo de aplicación entre la categoría de titular medio (asimilable a la de técnico de grado medio) y de titulado superior (equiparable a la de técnico de grado superior) es el título requerido para su ejecución, de modo que aunque las funciones realizadas por el actor pudieran encuadrarse en la de grado superior, no tiene derecho al mayor salario reclamado al carecer de la titulación exigida para el acceso a la misma y tener solamente una formación académica de FP grado II.

SEGUNDO.- Recurso de casación para la unificación de doctrina.-

1.- Por el demandante se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2000 (rcud. 1527/2000).

El recurso es impugnado por la demandada, que interesa su inadmisión o subsidiariamente la desestimación confirmando la sentencia recurrida.

Por el Ministerio Fiscal se emite informe interesando que se declare el recurso improcedente.

2.- Análisis del requisito de contradicción (art. 219 LRJS).-

Por el recurrente se designa como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2000 (rcud. 1527/2000). En esta sentencia se examina igualmente la reclamación de cantidad de un peón especializado en montes que, sin título exigido por el convenio colectivo de bachiller superior o equivalente, realizaba trabajos de celador de medio ambiente. La sentencia aplica la doctrina de la Sala, con arreglo a la cual «cuando el título no constituye elemento legal necesario para ejercitar una actividad laboral, sino que su imposición viene impuesta por Convenio Colectivo, con la finalidad de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada, entonces, si bien las normas convencionales impiden el reconocimiento de la categoría superior, ello no debe privar al trabajador que válidamente ejerce dichas funciones, por encima de su categoría, a la percepción de las retribuciones correspondientes a la misma».

La contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada como referencial es patente por lo expuesto y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, por lo que procede entrar en el análisis de la infracción legal denunciada en el recurso formulado por la trabajadora demandante y que concreta, esencialmente, en los arts. 39.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y 16 del III Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

TERCERO.- Examen de los motivos de casación unificadora.

1.- Superado el requisito de la contradicción (art. 219 LRJS), cabe examinar los motivos de censura jurídica, donde se denuncia la infracción esencialmente, en los arts. 39.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y 16 del III Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

2.- Y al respecto, cabe recordar que, conforme al art. 39.4 ET, —en la redacción vigente en el periodo temporal coincidente con el que efectuaron los trabajos cuya mayor retribución se

pretende (anterior a las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y por la Ley 3/2012, de 6 de julio)—, que «4. *Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente*» y que «*Mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de las vacantes*». Debiéndose también tener en cuenta a efectos interpretativos, y dado que lo que ahora se debate, es el derecho al percibo de diferencias salariales y no al cambio de grupo profesional o de categoría, lo que establecía el art. 39.3 ET (en la redacción indicada de la fecha de los hechos), al señalar que «3. *La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional*».

3.- Por otro lado, dispone el art. 16 del III Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias, bajo el titulado «*Trabajos de superior e inferior categoría*», que: «*Cuando por necesidades del trabajo la Consejería deba asignar trabajos de superior categoría a*

miembros de su plantilla, se podrá hacer previo informe del Comité de Empresa o Delegados de Personal del centro. De existir varios trabajadores capacitados para la realización de estos trabajos, se establecerán turnos rotativos entre ellos. Cuando se den situaciones de las señaladas anteriormente los trabajadores afectados serán retribuidos con los salarios que correspondan a la nueva categoría profesional y durante el tiempo que la desarrollen.

Al mismo tiempo que se comunica la realización de trabajos de superior categoría, la Consejería correspondiente iniciará el procedimiento de cobertura de dicha vacante por el sistema que se establece en este Convenio. El tiempo máximo de realización de trabajos de superior categoría no podrá ser superior a 5 meses en un año ni de 7 en dos años. Si por necesidades perentorias o imprevisible se precisara destinar a un trabajador a tareas correspondientes a categorías inmediatamente inferiores, sólo podrá hacerse, dentro de la misma área profesional y por un tiempo máximo de treinta días, naturales en el plazo de un año, manteniéndole la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional, comunicándolo al Comité de Empresa o Delegados del Personal. Los trabajadores podrán negarse a realizar trabajos de superior e inferior categoría en el caso de que la orden no sea dada por escrito. Será nula cualquier orden que incumpla este apartado. En ningún caso podrán producirse traslados voluntarios y/o ascensos por mero transcurso de tiempo de servicio prestado».

4.- Habiéndose igualmente establecido por esta Sala, —como recuerda, entre otras, la STS/IV 3-noviembre-2005 (rcud 1516/2003)—, en interpretación del referido precepto estatutario, que «La doctrina unificada en casación que se recoge en la sentencia de 23 de mayo de 2003 (recurso 4318/02) y que se reitera en la de 27 de mayo de 2003 (recurso 1709/02), ha establecido, que “La única razón por la que se podría denegar a dicha demandante tales diferencias retributivas sería aquella que se fundara en el hecho de que la misma careciera de la titularidad para desempeñarlas de conformidad con la legislación estatal imperativa que pudiera ser aplicable, pues en

tal caso, como ha dicho esta Sala en reiteradas sentencias como las SSTS 23-12-1994 (Rec.-1541/94), 7-3-1995 (Rec.-368/93), 12-2-1997 (Rec.-2058/96) o 4-6-2001 (Rec.-3677/00) no solo no tendría derecho a percibir la retribución, sino tampoco estaría facultada para desempeñar las funciones propias de aquella categoría; pero en el presente caso se da la circunstancia de que no existe norma alguna estatal que exija para la categoría de Maestro-educador ninguna titulación superior a la que tienen como Educadores, limitándose el propio Convenio al definir esta superior categoría a exigir la posesión de título universitario de grado medio... que la actora tiene, pero que aunque no tuviera no le impediría acceder a aquella retribución superior por cuanto también es doctrina de esta Sala la que señala, a diferencia de lo que ocurre con los títulos habilitantes de origen estatal y preceptivo, que las meras exigencias de convenio no impiden la percepción de los salarios correspondientes a las funciones efectivamente desarrolladas, pues no es un fin público el que requiere tal titulación sino ‘el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado’ sin trascendencia social SSTS 20-1-1994 (Rec.- 726/93), 21-02-1994 (Rec.- 1025/93), 8-2-2000 (Rec.- 974/99) o 21-6-2000 (Rec.- 3815/99)”, concluyendo que “Esta doctrina se puede resumir del modo siguiente:

1) la regla general estatutaria contenida en el artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores, preceptúa que la atribución a un trabajador de funciones superiores a las propias de la categoría profesional que tiene reconocida, le da derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice; **2)** La razón por la que se puede denegar estas diferencias retributivas se fundamenta en el hecho de que el trabajador carece de la titularidad para desempeñarlas de conformidad con la legislación estatal imperativa que pudiera ser aplicable; y, **3)** a diferencia de lo que ocurre con los títulos habilitantes de origen estatal y preceptivo, las meras exigencias de Convenio no impiden la percepción de los salarios correspondientes a las funciones efectivamente desarrolladas, pues no es un fin público el que requiere tal titulación sino “el designio de

mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado». Concretándose, en la STS/IV 23-mayo-2003 (rcud 4318/2002) que «*Por lo tanto, dado que desempeña aquellas funciones superiores y no existe impedimento de título para ejercerlas el empleador habrá de abonar las diferencias reclamadas, sin que pueda escudarse en su no abono en el hecho de que formalmente les prohibiera desempeñarlas cuando aparece acreditado que después de decirles que no las desempeñen les permite de hecho seguir desarrollándolas en completa contradicción con aquella manifestación que por ello aparece como meramente retórica y por lo mismo inaceptable. Siendo éste el criterio que ha seguido esta Sala igualmente en sentencias anteriores de 28-1-2003 (Rec.- 2149/02), 8-2-2003 (Rec.- 2420/02) y 18-3-2003 (Rec.-2147/02) en supuestos idénticos al aquí planteado...».*

CUARTO.- Conclusión.-

1.- En el supuesto ahora enjuiciado, resulta de aplicación de la doctrina expuesta.

El actor solicita en su escrito de demanda, las diferencias retributivas devengadas como consecuencia de la realización de funciones de superior categoría durante el periodo comprendido entre el 26/01/2006 y el 28/02/2010, por importe de 77.367,56 euros (periodo y cuantía que son incontestados).

El actor ostenta la categoría profesional de «administrativo», si bien en las fechas objeto de reclamación, consta que ha desarrollado con autonomía, responsabilidad y autonomía, las funciones detalladas en el hecho probado segundo (que son incontestados): «*Supervisa y controla el cumplimiento de las empresas en el ámbito de Canarias, en la obligatoriedad de tener reservado un 2% de su plantilla, para cubrirse por personal discapacitado. Informa a dichas empresas sobre el procedimiento técnico a seguir para solicitar el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, así como asesora sobre el cumplimiento de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI). Efectúa el control y seguimiento de la documentación administrativa relacionada con la legislación vigente en materia*

de contratación de discapacitados, que deben ser autorizados por la Directora del Servicio Canario de Empleo. Elaboración, revisión, examen y tramitación de expedientes correspondientes a las medidas alternativas autorizadas a las empresas solicitantes, mediante Resolución de Autorización de realización de las mismas, que formalmente la Subdirectora de Empleo o la Jefa de Servicio de Empleo suscribe, y comprueba el cumplimiento de las mismas. 2 Revisa, comprueba y justifica las memorias entregadas por las entidades donantes y las entidades receptoras de donaciones o acciones de patrocinio, que han realizado las medidas alternativas mediante la aportación económica correspondiente. Realiza informes de gestión para justificar las medidas alternativas realizadas por las empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, en coordinación con los objetivos propuestos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Trabajo. Realiza las comunicaciones y requerimientos necesarios para subsanar las deficiencias en la documentación presentada por las empresas, así como los Centros Especiales de Empleo y las Fundaciones o Asociaciones de Utilidad Pública, a efectos de materializar contratos mercantiles o recibir donaciones o acciones de patrocinio, como cumplimiento alternativo a la contratación de trabajadores discapacitados. Realiza, prepara, efectúa, presenta y participa en la presentación ponencias y charlas informativas relacionadas con la aplicación de las medidas alternativas en diferentes foros, tendentes a dar a conocer la normativa aplicable y su aplicación técnica al cumplimiento alternativo de la contratación de discapacitados. Es el representante del Servicio de Empleo en el Consejo Insular de Rehabilitación Psicosocial y Acción Comunitaria (CIRPAC), así como de la comisión técnica de seguimiento del Convenio de Colaboración entre la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Cabildo de Gran Canaria para la ejecución del Programa de Atención Sociosanitaria Área de personas discapacitadas (documental y testifical actora, acta de inspección)». La sentencia recurrida rechaza la pretensión actora, al entender que los anteriores criterios no

son aplicables al caso, porque aún admitiendo que las funciones que realiza el actor son las correspondientes a la categoría superior, «cuando en la definición efectuada en el convenio colectivo aplicable el contenido funcional de dos categorías profesionales es idéntico y las mismas se diferencian exclusivamente por el título exigido para su desempeño», puede estar justificado el percibo de diferente retribución.

En el presente caso, como razona la sentencia recurrida, las funciones propias de las categorías profesionales de titulado medio, y la de titulado de ámbito superior, son idénticas, y sólo se diferencian ambas por la diferente titulación exigida, lo cual estima justificado.

Discrepa esta Sala IVTS del criterio de la sentencia recurrida, por cuanto tal identidad de funciones se encuentra entre las categorías de titulado medio y la de titulado superior, pero para la determinación de la existencia de realización de funciones de superior categoría en el caso, cabe partir de la categoría que ostenta el trabajador (no de la de titulado medio), es decir, de la de administrativo, y aquella respecto de la cual reclama las diferencias, la de titulado superior. En el caso es incontrovertido, y aceptado que las funciones realizadas corresponden a la categoría de técnico superior.

Y respecto a la titulación, y sin perjuicio de lo anterior, no puede obviarse que ésta no viene exigida por una norma legal.

Por todo ello, el actor ostenta el derecho al percibo de las diferencias retributivas reclamadas, procediendo, visto el informe del Ministerio Fiscal, casar y anular la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador, reconociendo su derecho al percibo de las diferencias salariales entre un administrativo y un técnico superior reclamadas, en el periodo de enero de 2006 a febrero de 2010, en cuantía que incontrovertidamente asciende a 77.367,56 euros. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Isidoro, contra la sentencia dictada en fecha 28 de marzo de 2014 (rollo 1076/2012) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, en Las Palmas, en el recurso de suplicación interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Las Palmas, de fecha 3 de febrero de 2012 (autos 462/2010) en autos seguidos a instancia del ahora recurrente frente al SERVICIO CANARIO DE EMPLEO. Casamos y anulamos la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador, reconociendo su derecho al percibo de las diferencias salariales reclamadas en el periodo de enero de 2006 a febrero de 2010, en cuantía de 77.367,56 euros. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Rosa María Virolés Piñol así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Luis Fernando de Castro Fernández.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPI, formuló voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación unificadora 3193/2014, por discrepar —con absoluto respeto hacia la diversa posición mayoritaria de la

Sala— de la solución a la que se ha llegado, de íntegra estimación de la demanda. A mi entender, el acogimiento de la pretensión únicamente procedía de forma parcial, tal como trataré de justificar con las dos breves consideraciones que siguen.

PRIMERA.- Coincido plenamente respecto de la existencia de contradicción entre la decisión recurrida [STSJ Canarias/Las Palmas 28/Marzo/14 rec. 1076/12] y la de contraste ofrecida [STS 15/11/09 rcud 1527/00]. También considero —contrariamente a lo que en la impugnación del recurso se argumenta— que estamos en presencia de un supuesto de trabajos de superior categoría profesional al que aplicar el principio de adecuación entre la función desempeñada y las retribuciones que corresponden a tales trabajos, que se encuentra positivizado en el art. 39.3 ET [entre las últimas, STS 10/02/16 —rcud 1846/14—]. En igual forma se me presenta incontestable que el desempeño de tales tareas ha de comportar el abono de las correspondientes diferencias retributivas, tanto conforme al precitado art. 39 ET cuanto al art. 16 del Convenio Colectivo aplicable que se reproduce en la sentencia de que discrepo, y ello aunque el trabajador de autos carezca del título exigido por la norma colectiva, pues no es un fin público el que requiere tal titulación, sino un designio —mantener el nivel y técnico— que carece de trascendencia social (así, desde la SSTS 21/02/94 —rcud 1025/93— hasta las más recientes de 26/01/09 —rcud 1629/08—; 04/02/10 —rcud 155/09—; y 14/01/10 —rcud 32/09—). Tal como igualmente hemos indicado en multitud de ocasiones, la única razón por la que se podrían denegar tales diferencias retributivas sería que el trabajador careciera de la titularidad para desempeñarlas de conformidad con la legislación estatal imperativa que pudiera ser aplicable, «pues en tal caso [...] no sólo no tendría derecho a percibir la retribución, sino tampoco estaría facultada para desempeñar las funciones propias de aquella categoría» (SSTS 30/03/92 —rcud 1233/91—;... 27/05/03 —rcud 1709/02—; 18/09/04 —rcud 2615/03—; 03/11/05 —rec. 11516/03—; y

29/04/14 —rcud 1471/13—); y no es éste el caso.

SEGUNDA.- Pese a ello mi discrepancia es plena respecto del salario que debe tenerse en cuenta a los efectos de retribuir esas funciones de superior categoría profesional llevado a cabo por el actor, Administrativo, pues si la actividad efectivamente realizada es la propia tanto del Grupo I [Titulado Superior] como del Grupo II [Titulado Medio], pues uno y otro tienen idénticos cometidos laborales, y si la retribución correspondiente a cada Grupo viene determinada no por las funciones —que son idénticas— sino por la titulación concreta que ostente el trabajador que las desempeña, de manera que el salario está vinculado a la presumible mayor calidad que para el trabajo comporta la superior titulación, resulta meridianamente claro que si el Titulado Medio no es remunerado como el Titulado Superior aún a pesar de realizar sus mismas funciones, por considerarse —en abstracto— que la titulación influye en la excelencia del resultado laboral, con mayor motivo ha de negarse ese mismo salario —el de Titulado Superior— a quien ni siquiera es Titulado Medio, pues de entender lo contrario llegaríamos al absurdo de retribuir mejor al Administrativo que al Titulado Medio cuando realicen las mismas funciones. Argumento «ad absurdum» del que esta Sala ha hecho uso en innumerables ocasiones, razonando que en los supuestos de posible duda interpretativa siempre ha de excluirse la solución que resulte contraria a la lógica o a la finalidad perseguida por la norma (SSTS 19/02/90 —ril 2736/89—;... 20/09/07 —rcud 3326/06—; 17/01/08 —rcud 24/07—; 27/01/09 —rcud 2407/07—; 14/01/09 —rcud 1/08—; y 08/11/11 —rcud 885/11—).

Significa ello que en el caso de autos, la remuneración debida al actor por el periodo en que ejerció las funciones que se han declarado probadas y que son las propias —por coincidentes— tanto del Grupo I [Titulados Superiores] como del Grupo II [Titulados Medios], es la correspondiente a este último Grupo II; y que a ella debió limitarse el pronunciamiento de condena, que en manera alguna encuentra obstáculo —disenso de alguna duda que al respecto se expresó en el debate—

por la obligada congruencia, pues con el mismo se concede —justificadamente— sólo menos de lo pedido y no cosa diversa a la reclamada. No olvidemos que desde la primera sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la materia, se mantiene que la incongruencia *extra petita* consiste en una desviación de tal naturaleza «que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal» y provoque indefensión por defraudar el principio de contradicción (SSTC 20/1982, de 5/Mayo;... 264/2005, de 24 de octubre, F. 2; 40/2006, de 13/Febrero, FJ 2; 44/2008, de 10 de marzo, F.

2; 83/2009, de 25/Marzo, FJ 2; 91/2010, de 15/Noviembre, FJ 5; 3/2011, de 14/Febrero, FJ 3; 126/2011, de 18/Julio, FJ 28; 25/2012, de 27/Febrero, FJ 3; y 31/2012, de 12/Marzo, FJ 5]. Lo que ninguna relación guarda con la estimación parcial del recurso que propuse en la deliberación y que con estas consideraciones creo haber justificado.

Madrid, a 9 de Marzo de 2016

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

CONSTITUCIONAL

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR

Letrado de la Xunta de Galicia. Letrado del Consello Consultivo de Galicia

(Tol 5584860)

Cabecera: Sentencia 232/2015, de 5 de noviembre de 2015. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea al inaplicar una Directiva sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial en un supuesto idéntico al resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Lorenzo Martínez (STC 145/2012).

Derecho a obtener una resolución fundada en derecho: función pública: enseñanza no universitaria: retribuciones: denegación de reconocimiento a profesor interino del derecho a percibir los complementos específicos de formación o sexenios. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea al inaplicar una Directiva sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial en un supuesto idéntico al resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Auto Lorenzo Martínez (Tol 2516949). Tutela judicial efectiva

Jurisdicción: Constitucional

Ponente: Ricardo Enríquez Sancho

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 05/11/2015

Fecha publicación: 11/12/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Pleno

Número Sentencia: 232/2015

Número Recurso: 1709/2013

Supuesto de hecho: Recurso de amparo 1709-2013. Promovido por don XXXX respecto de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmatoria de la resolución administrativa de denegación del reconocimiento de los sexenios solicitados.

RESUMEN:

Identificación

Órgano	Pleno
Magistrados	Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, 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 Narváez Rodríguez.

Número y fecha BOE	[Núm, 296] 11/12/2015
Tipo y número de registro	Recurso de amparo 1709-2013
Fecha de resolución	05/11/2015

Síntesis y resumen

Síntesis Descriptiva	Promovido por don Epifanio Quirós Tejado respecto de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmatoria de la resolución administrativa de denegación del reconocimiento de los sexenios solicitados.
Síntesis Analítica	Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea al inaplicar una Directiva sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial en un supuesto idéntico al resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Lorenzo Martínez (STC 145/2012).

Disposiciones generales citadas

- **Constitución española, de 27 de diciembre de 1978**
- Artículo 14, ff. 1, 3
- Artículo 24, ff. 1, 3, 5
- Artículo 24.1, ff. 1, 3, 4, 6, 7
- Artículo 24.2 (derecho a un proceso con todas las garantías), ff. 1, 5
- Artículo 24.2 (derecho al juez ordinario predeterminado por la ley), f. 1
- Artículo 53.2, f. 4
- Artículo 93, f. 4
- Artículo 96, f. 4
- Artículo 161.1 b), f. 4
- **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. Tribunal Constitucional**
- Artículo 1.1, f. 4
- Artículo 49.1 (redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), f. 2
- Artículo 50.1 b) (redactado por la Ley 6/2007, de 24 de mayo), f. 2
- Artículo 55.1 (redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), f. 7
- **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. Poder judicial**
- Artículo 241.1 (redactado por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre), f. 1
- **Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992. Título II Modificación del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea**
- Artículo 234, ff. 4, 5
- **Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999. Acuerdo marco de la CES, la UNICEF y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada**
- En general, ff. 1, 3, 6
- Anexo, cláusula 4, punto 1, ff. 1, 3, 4, 6

- **Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**
- En general, ff. 1, 2, 7
- **Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007. Tratado de funcionamiento de la Unión Europea**
- Artículo 267, ff. 4, 5
- Sentencias citadas
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de marzo de 1963 (Da Costa y otros, asuntos C-28/62, 29/62, 30/62)**
- En general, f. 4
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1970 (Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr, asunto C-11/70)**
- § 3, f. 5
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978 (Simmenthal, asunto 106/77)**
- § 24, f. 5
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 1982 (Srl Cilfit y Lanificio di Gavardo, SpA c. Ministero della Sanità, asunto 283/81)**
- En general, f. 4
- § 13, f. 6
- § 15, f. 6
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 1982 (Waterkeyn, asunto 314-316/81)**
- En general, f. 5
- § 16, f. 5
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de noviembre de 1991 (Andrea Francovich y Danila Bonifaci, asuntos C-6/90 y 9/90)**
- En general, f. 4
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 1996 (Brasserie du pêcheur y Factortame, asuntos C-46/93 y C-48/93)**
- § 95, f. 5
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2007 (Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, asunto C-307/05).**
- En general, ff. 1, 3, 4, 6
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 2008 (Michaniki, asunto C-213/07)**
- §§ 5, 51, f. 5
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2010 (Aziz Melki, asunto C-188/10 y Sélím Abdeli, asunto C-189/10)**
- § 43, f. 5
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (Elchinov, asunto C-173/09)**
- § 31, f. 5
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010. (Rosa María Gavieiro Gavieiro y Ana María Iglesias Torres, c. Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, asuntos 444/09, 456/09)**
- En general, ff. 3, 4, 6

- Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2012 (María Jesús Lorenzo Martínez c. Junta de Castilla y León, asunto c-556/11)
- En general, ff. 3, 4, 6
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015 (Arribas Antón c. España)
- § 46, f. 2

I. EL TC DETERMINA LA APLICACIÓN PREFERENTE DE LA NORMATIVA EUROPEA CUANDO YA HA SIDO INTERPRETADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LUXEMBURGO

El Pleno del Tribunal Constitucional ha estimado el recurso de amparo presentado por un profesor interino al que la Comunidad de Madrid denegó el derecho a percibir el pago de los «sexenios» por no ser funcionario de carrera. El Tribunal anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) que confirmó el acuerdo del Gobierno madrileño, por entender que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Ha sido ponente de la resolución el Magistrado Ricardo Enríquez.

El recurrente, profesor interino desde 1991, solicitó a finales de 2009 a la Comunidad de Madrid el reconocimiento de los complementos específicos de formación permanente del profesorado. Dichos complementos, conocidos popularmente como «sexenios», están regulados por un acuerdo del Consejo de Ministros de 1991 en el que se especifica que están reservados para los «funcionarios de carrera». El demandante de amparo invoca en su recurso la aplicación de una directiva comunitaria (Directiva 1999/70/CE) que prohíbe discriminar a los trabajadores interinos frente a los trabajadores fijos si no hay «razones objetivas», diferentes a la duración del contrato, que lo justifiquen. También alega que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictaminado que la normativa española es contraria a la europea en este aspecto. Un Juzgado de lo Contencioso Administrativo le dio la razón en primera instancia, pero la sentencia fue posteriormente revocada en apelación por el TSJM.

El TC explica que, si bien las normas del Derecho de la Unión Europea no tienen «rango y fuerza constitucionales», el Tribunal Constitucional tiene el deber de valorar los actos de los poderes públicos sometidos a su enjuiciamiento, tanto cuando dichos actos aplican las normas de la UE como cuando se plantea que son contrarios a las mismas. Y, desde la perspectiva más concreta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente

de derecho a un proceso con todas las garantías, el Tribunal debe velar por que los jueces y tribunales resuelvan «conforme al sistema de fuentes establecido».

Entre esas «fuentes» está el derecho comunitario y es al TC a quien corresponde, como el propio Tribunal ha tenido ya ocasión de afirmar, «velar por el respeto del principio de primacía del derecho de la Unión» cuando, como ocurre en este caso, «exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea». «El desconocimiento y preterición de esa norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una, selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el presente caso, el Pleno pone de relieve dos concretas circunstancias: 1) Antes de la deliberación que daría lugar a la sentencia del TSJM recurrida en amparo, el TJUE se había pronunciado en varias ocasiones, al resolver cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles, sobre cuál es «la interpretación correcta del principio de no discriminación» contenido en la directiva 1999/70/CE. 2) Dicha jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia era conocida por el TSJM, «formaba parte del debate» porque el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se basaba en la sentencia «Cerro Alonso» (de 2007) y porque el recurrente, nada más conocerlo, aportó el auto «Lorenzo Martínez» (de 2012), referido a un caso idéntico al suyo.

Pese a ello, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJM «se limita a remitirse a un pronunciamiento anterior» de una de sus Secciones y a no considerar discriminatoria la denegación de los sexenios «por la singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera», argumento que ya había sido rechazado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo como «razón objetiva» válida para justificar el «trato diferente» permitido por la Directiva 1999/70/CE.

«La Sala —afirma el Pleno en su sentencia— dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada (...)» y, al no hacerlo, añade, resolvió el recurso de apelación «con una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso, en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, vulnerando con ello el principio de primacía del derecho de la Unión Europea».

El mencionado «principio de primacía» del derecho de la Unión obligaba, señala el TC, a aplicar la Directiva tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea «con preferencia sobre el

derecho interno incompatible». En este caso, además, la aplicación directa de la norma europea no precisaba «de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto, aclarado» por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial, materialmente idéntica «planteada en un, asunto análogo». Por consiguiente, concluye el Pleno, «la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, infringió el citado principio de primacía; incurrió, por ello, en una, selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso; y consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente».

Por ello, el Tribunal estima el amparo y acuerda anular la sentencia recurrida y retrotraer las actuaciones hasta el momento que permita al TSJM dictar otra resolución «que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado».

Cabecera: Derecho a obtener una resolución fundada en derecho: función pública: enseñanza no universitaria: retribuciones: denegación de reconocimiento a profesor interino del derecho a percibir los complementos específicos de formación o «sexenios». Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea al inaplicar una Directiva sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial en un supuesto idéntico al resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Auto Lorenzo Martínez (*Tol 2516949*)

1. Objeto del proceso, tipo de recurso, partes y sala

Objeto

La sentencia, de la que es ponente D. Ricardo Enríquez Sancho, estima un recurso de amparo (núm. 1709-2013) interpuesto por don Epifanio Quirós Tejado contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 7^a), de 7 de diciembre de 2012 (*Tol 3167448*), por la que se deniega al recurrente, funcionario interino, el reconocimiento de los sexenios solicitados, y contra la providencia de 21 de febrero de 2013 por la que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la anterior resolución.

El recurso contencioso-administrativo había sido deducido por el recurrente, funcionario interino que desempeña las funciones propias del cuerpo de profesores de secundaria desde el 1 de diciembre de 1991 (en la fecha de la demanda prestaba sus servicios en tal condición), contra la Or-

den núm. 5330/2010, de 20 de octubre, de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid por la que, de acuerdo con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991 y la normativa autonómica que lo desarrollaba, los titulares del derecho al complemento salarial reclamado son única y exclusivamente los “funcionarios de carrera”. En consecuencia, la condición de funcionario interino del solicitante impide reconocerle el derecho al complemento salarial solicitado.

Tipo de recurso:

Recurso de amparo (Título III, Arts. 41 y ss de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

Partes:

– Don EQT, funcionario interino, que desempeña las funciones propias del cuerpo de profesores de secundaria y solicitante del amparo.

– Comunidad de Madrid, representada por el Letrado de sus servicios jurídicos, se opone al amparo solicitado.

– Ministerio Fiscal, manifiesta su postura favorable al amparo solicitado.

Sala:

Pleno del Tribunal Constitucional.

2. Disputa jurídica

– Cronología jurisprudencial:

I.- El Juzgado contencioso administrativo núm. 24 de Madrid, con fecha 21 de septiembre de 2011, dictó Sentencia que estima en parte el recurso interpuesto, anula el acto impugnado (Orden núm. 5330/2010, de 20 de octubre, de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid) y declara el derecho del recurrente «a que le sean reconocidos los sexenios perfeccionados a efectos administrativos y económicos». La estimación era solo parcial porque la Sentencia no estimaba la reclamación de cantidad efectuada por el actor en su demanda, al no haber aportado documentación justificativa del «número» y «perfeccionamiento de dichos sexenios», y por tanto se limitaba a declarar el derecho a «solicitar su abono de la Administración una vez reconocido el derecho a ello».

II.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (*Tol 3167448*) estimando el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, declara conforme a derecho la resolución administrativa recurrida, remitiéndose a otros pronunciamientos anteriores de la misma Sala, y en concreto a la Sentencia de la Sección 3ª de 16 de enero de 2012 (*Tol 2561012*), para razonar, por lo que aquí importa, que sí existen «razones objetivas» que justifican, el trato diferente dispensado al recurrente, profe-

sor interino, respecto a los profesores que son funcionarios de carrera. Así lo explica la citada Sentencia: «son muchas las diferencias existentes entre ambos (sistema de selección, acceso, traslados, procedimiento organizativo interno, régimen de permanencia, etc.); diferencias de régimen jurídico existentes ya desde la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de Febrero y mantenida por la legislación posterior, que establecen al funcionario interino como una especie funcional diferenciada sustancialmente del funcionario de carrera, lo que va a incidir necesariamente en el marco de sus derechos. Dicha singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera ni es contraria al principio de igualdad ni vulnera, en principio, la Directiva Comunitaria al existir razones objetivas que pueden justificar la diferencia de trato, y eso es lo que ocurre en el supuesto debatido, por cuanto que el componente de formación permanente está íntimamente vinculado con la carrera profesional del funcionario, y tiene por finalidad reconocer el interés del funcionario, en seguir formándose con posterioridad a su ingreso en la función pública tras la superación de los procesos de selección correspondientes».

III.- Posteriormente, esta misma Sala, mediante providencia de 21 de febrero de 2013, decidió no admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la parte apelada (art. 241.1 LOPJ), con fundamento en que el incidente del tiene carácter «excepcional» y ha de limitarse al examen de posibles defectos de forma que hubiesen causado indefensión o incongruencia del fallo, siendo lo cierto que, a juicio de la Sala, ninguno de esos vicios es de apreciar en el supuesto que nos ocupa, ya que lo que se alega es una cuestión de fondo que pone de manifiesto una discrepancia de la accionante con el propio contenido jurídico de la Sentencia, y que lo único que se pretende en este incidente es la revisión de una Sentencia contra la que, por imperativo legal, no cabe recurso ordinario alguno.

– Disputa jurídica: argumentos de las partes

I.- La demanda de amparo atribuye a las resoluciones judiciales recurridas (sentencia y providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones) la vulneración de los derechos fundamentales

– a la igualdad (art. 14 CE), por la inaplicación de la Directiva 1999/70/CE,

– a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haberse apartado la Sala de precedentes jurisprudenciales favorables a la aplicación de la Directiva con preferencia al derecho nacional,

– a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 TFUE) y porque el precepto aplicado por la providencia que inadmite

el incidente de nulidad no es el que estaba en vigor cuando se dictó —art. 241.1 LOPJ—, según la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo sino el anterior, que limitaba la viabilidad del incidente a los quebrantamientos de forma.

II.- El Letrado de la Comunidad de Madrid, por su parte, se opuso a al amparo con una triple argumentación:

Por lo que respecta a la infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley requiere que exista identidad del órgano judicial. De este modo considera que la única Sentencia susceptible de ser invocada a estos efectos en un recurso de amparo sería la previa Sentencia de la misma Sala y Sección del TSJ de Madrid, de 29 de marzo de 2011 (*Tol 2183300*), la cual, si bien procede del mismo órgano jurisdiccional, no resuelve sin embargo un supuesto sustancialmente igual al resuelto en la Sentencia recurrida (reconocimiento de trienios a personal interino frente a reconocimiento de sexenios).

Por lo que respecta a la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva considera no ha habido tal infracción por cuanto que la Sentencia recurrida que ha resuelto el litigio ha identificado correctamente la controversia y la ha decidido con arreglo a criterios jurídicos claramente expuestos.

Finalmente, por lo que atañe a la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, le parece que esa resolución judicial aplica correctamente el art. 241.1 LOPJ en su redacción vigente porque, tal y como le permite hacer ese precepto, la providencia inadmitió el incidente porque se pretendía en él reabrir el fondo del asunto ya resuelto por Sentencia firme.

III.- El Ministerio Fiscal, por su parte, considera que los precedentes jurisprudenciales invocados por la parte recurrente permiten afirmar que la Directiva era aplicable por lo que procede reconocer y declarar la vulneración del art. 14 CE.

3. Fundamentos y decisión del Tribunal

El Tribunal Constitucional, otorgando el amparo, resuelve que la Sala dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada, como era la existencia de ese precedente dictado en un caso idéntico al que era objeto de resolución y proveniente además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encargado de resolver de manera vinculante las dudas sobre la interpretación de la Directiva invocada por la parte [Auto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012 (*Tol 2516949*)]; y al no hacerlo, prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente

para hacerlo con carácter vinculante [STC 145/2012 (*ToI 2604713*), FJ 5], vulnerando con ello el principio de primacía del derecho de la Unión Europea.

La estimación de esta causa derivó la innecesariedad del examen del resto de los motivos de amparo invocados por el recurrente, declarando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la nulidad de la sentencia del TSJ de Madrid, y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dicha resolución.

4. Comentario

En el supuesto de hecho litigioso subyace la tradicional problemática de las diferencias del régimen jurídico aplicable a funcionarios de carrera frente a funcionarios interinos, y la sentencia culmina el análisis que a lo largo de los años han venido realizando los órganos jurisdiccionales, a la luz de las normativas estatal (nacional y autonómicas) y comunitaria.

Este régimen jurídico diferenciado, recogido ya en normas preconstitucionales sobre la función pública (Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964) y que, con ligeras modificaciones, subsiste en actualidad en el vigente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleo Público (artículos 8, 9 y 10), ha sido fuente constante de análisis y consecuentes pronunciamientos jurisprudenciales.

La clara tendencia que ha marcado la jurisprudencia europea exige que toda diferencia de trato que pudiese establecerse entre las condiciones laborales de ambos colectivos (funcionarios de carrera vs. interinos) se fundamente en razones objetivas, considerando discriminatorias y contrarias al derecho comunitario todas aquellas que no respondan de una manera clara e inequívoca al mencionado criterio objetivo.

Pero lo cierto es que, con carácter previo al pronunciamiento objeto de análisis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el propio Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, e incluso otros órganos jurisdiccionales, ya habían exigido que las diferencias de trato entre funcionarios de carrera e interinos tuviesen un carácter objetivo y por ende no discriminatorio, por lo que esta sentencia no es novedosa, sino que confirma una amplia y extendida línea jurisprudencial en la materia.

En la sentencia 2/1998, do 12 de enero, el Tribunal Constitucional (*ToI 80862*), recuerda como «La doctrina de este Tribunal relativa a la aplicación del principio de igualdad en materia salarial ha establecido una importante diferencia entre los casos en los que la desigualdad retributiva alegada se produce en el ámbito de las relaciones entre particulares, y aquellos otros

en los que el empresario o empleador es la Administración Pública, siempre y cuando la diferencia salarial cuestionada no tenga un significado discriminatorio, por incidir, entre otras, en alguna de las causas prohibidas por la Constitución».

En la sentencia 119/2002, do 20 de mayo (*Tol 258651*), el supremo intérprete de la Constitución reafirmó esta línea manifestando que «El juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas [STC 181/2000, de 29 de junio (*Tol 119783*)] 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 [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre (*Tol 79694*); 29/1987, de 6 de marzo (*Tol 136560*); 1/2001, de 15 de enero (*Tol 81385*)]. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto, resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma».

En este mismo sentido, la STC 110/2004, do 30 de junio (*Tol 451067*) manifiesta que «el artículo 14 de la Constitución se proyecta sobre las condiciones de trabajo en general, y sobre las económicas en particular, tanto en el ámbito laboral como en el funcional».

Descendiendo al ámbito concreto que ahora nos ocupa, el de reconocimiento de sexenios, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 (*Tol 2695550*), ya había declarado discriminatoria su denegación al personal docente interino, pronunciamiento que resultaría refrendado por el Auto de la Sección Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2012 (*Tol 2516949*).

Refiere así la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 (*Tol 2695550*) como «En la sentencia de 7 de abril de 2011 hemos explicado la procedencia de aplicar la citada cláusula 4, apartado 1, de conformidad con el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso de los trienios reclamados por profesores interinos por el período no prescrito anterior a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público. Y eso mismo ha de hacerse en este caso porque, pese a los esfuerzos de la Junta de Extremadura en argumentar que el componente por formación del complemento específico de los funcionarios docentes no guarda relación con la naturaleza permanente o temporal de la relación de servicio, la verdad es justamente la contraria y así resulta de los propios razonamientos que utiliza el escrito de interposición. La formación en la que insiste la recurrente no es por sí sola el factor determinante del derecho a percibir ese

componente. Sin la condición de funcionario de carrera, sin una relación de servicio permanente, esa formación en el Acuerdo del Consejo de Ministros no es relevante a efectos retributivos aunque se haya adquirido exactamente de la misma forma por interinos y por funcionarios de carrera. Los términos del apartado 3º del indicado Acuerdo son concluyentes: el componente es sólo para estos últimos. Así, pues, aunque los trienios sean una retribución básica y aquí se trate de una retribución complementaria las circunstancias de fondo son las mismas. En consecuencia, considerado discriminatorio reservar los trienios a los funcionarios docentes de carrera, también habrá que considerar discriminatorio reservarles la percepción del componente por formación permanente del complemento específico porque en ambos casos es la distinta naturaleza, permanente o temporal de la relación de servicio, la que explica la exclusión de esas retribuciones para los interinos».

Es importante destacar que esta sentencia no hace sino recoger lo que previamente ya había declarado meses antes el Auto de la Sección Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2012, en la cuestión prejudicial suscitada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Valladolid (*Tol 2516949*).

De ella se infieren claramente unas conclusiones fundamentales:

I.- La norma nacional es discriminatoria: De acuerdo con ella, si un funcionario de carrera realiza la formación inherente al sexenio, percibe el complemento; si un funcionario interino realiza idéntica formación, no lo percibe. La única diferencia entre ambos es la distinta naturaleza, permanente o temporal de la relación de servicio, y precisamente por ello, estamos ante un trato discriminatorio.

II.- Este trato discriminatorio, por más que se fundamente en una norma estatal (nacional y/o autonómica) es contrario al Derecho de la Unión, y por ello, debe ceder en virtud del principio de primacía de éste último.

III.- En contra de lo que algunas sentencias habían considerado, no pueden recibir trato jurídico diferente para funcionarios de carrera con respecto a interinos, el devengo de trienios frente al devengo de sexenios, por más que los primeros se devenguen exclusivamente por el paso del tiempo y los segundos se correspondan con un complemento de formación.

Por su parte, varios Tribunales Superiores de Justicia también habían recogido estos pronunciamientos:

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, entre otras, en las sentencias de 19 de diciembre de 2012 (*Tol 3006540*) y 6 de febrero de 2013 (*Tol 3266318*) manifestó que «No se trata, pues, de que la aplicación de la Directiva conduzca a desnaturalizar el componente de formación permanente del complemento específico, sino de que si no se aplica tal norma comunitaria

al caso presente se discrimina al/a empleado/a público temporal respecto al/la fijo/a».

Añade a continuación la sentencia citada que la jurisprudencia comunitaria, es incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por funcionarios interinos ante un Tribunal nacional para que se les reconozca el derecho a complementos salariales, de suerte que entre estos tienen que incluir los sexenios como modo de evitar la discriminación con los empleados fijos.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la sentencia de 28 de mayo de 2012 (*Tol 2585939*), que cita otras de la misma Sala, señala que «Es por ello que la discriminación viniese recogida en normas estatales como ocurre en el que caso enjuiciado en relación con los sexenios, en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991, o autonómicas de rango legal o incluso que fuese avalada por la interpretación del Tribunal Constitucional no impide la aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada en los términos interpretados claramente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de los principios de efecto directo y primacía del derecho de la Unión».

Así las cosas, de la jurisprudencia nacional (TS, TC y varios tribunales superiores de justicia) y comunitaria, actualmente pacífica en este punto, podemos concluir que cuando hablamos de un complemento de formación —denominado sexenio—, que retribuye una formación específica recibida por el personal docente, la realización de esta formación es la única causa que justifica su percepción. A sensu contrario, la naturaleza temporal (interino) o indefinida (funcionario de carrera) de la relación laboral, por más que exista una norma nacional o autonómica que así lo establezca, no constituye una diferencia objetiva y sí una causa de discriminación, por lo que dicha norma deberá ser inaplicada por los tribunales nacionales en virtud del principio de prevalencia del derecho comunitario, y de la prevalencia de éste sobre la norma nacional incompatible.

Valoración final

Como conclusión final del presente artículo, me permitiré realizar dos valoraciones subjetivas, que como tales, permanecen en el campo de las opiniones personales, y por definición, pueden ser o no compartidas con el lector.

I.- Es fácil observar que, detrás de la línea jurisprudencial expuesta, late el clásico principio general del derecho laboral «igual trabajo, igual salario», adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la

Resolución de 19 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976.

Teniendo en cuenta la sucesión de pronunciamientos jurisdiccionales relacionados, y su importancia cuantitativa y cualitativa, será harto difícil que el legislador pueda establecer en el futuro algún tipo de elemento diferenciador en cuanto al régimen retributivo de funcionarios de carrera frente a funcionarios interinos.

La distinción podrá afectar a otros aspectos (movilidad, promoción profesional, formación, funciones a desarrollar) pero difícilmente se podrá establecer un complemento retributivo, de la índole que sea, que se excluya de su devengo y percepción a funcionarios interinos que desempeñen idénticas funciones a los funcionarios de carrera.

En definitiva, la desigualdad de trato sólo sería admisible si respondiera a elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo y sean de carácter objetivo y transparente, como los debidos a la especial naturaleza de las tareas a realizar en virtud de un contrato temporal y en sus características inherentes, pero la referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir, por sí sola, una razón objetiva.

Por más que pueda parecer una cuestión de justicia material que dos personas que realicen el mismo trabajo (o la misma actividad de formación retribuible, como en el caso de sexenios, o tengan la misma antigüedad, como en el caso de los trienios) cobren lo mismo, la cuestión puede tener otras lecturas.

Es frecuente encontrar en todas las administraciones funcionarios interinos que se mantienen años, lustros y décadas en esa situación. Esta situación se ha visto alimentada por el contexto de crisis actual por las restricciones legales para las administraciones en materia de ofertas de empleo público, unida a la obligación de amortizar plazas vacantes, que ha generado una suerte de «foto fija» en las plantillas de empleo público. El hecho de no poder realizar convocatorias para el acceso a la función pública, convocatorias entre las que podrían y deberían estar, no lo olvidemos, las plazas ocupadas por interinos, ha generado «de facto» una cierta estabilidad en una situación —la interinidad— que por su propio nombre y definición debería ser transitoria.

Pues bien, un aumento retributivo siempre es un aliciente para superar un proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Y, a la inversa, la circunstancia de no ver alteradas sus retribuciones tras la superación de un proceso, de ordinario competitivo, y que exige un

esfuerzo añadido a quien, como los funcionarios interinos, tiene que compaginar su preparación con el desempeño de su función, puede actuar como elemento disuasorio.

El hecho mismo de que un interino devengue «sexenios» demuestra la perversión del sistema: ¿Cómo puede ser que los tribunales de justicia den carta de naturaleza por medio de este reconocimiento a una situación que legalmente se define, ya desde el año 1964, como «transitoria», máxime cuando, *ex lege*, sus plazas deberían incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento?

El caso analizado en el presente artículo es buen ejemplo de lo expuesto: un funcionario interino que desempeña las funciones propias del cuerpo de profesores de secundaria desde el 1 de diciembre de 1991, y en la fecha de la demanda —finales de 2010— continuaba prestando sus servicios en tal condición. Ignoramos qué clase de necesidad transitoria se puede prorrogar 20 años (al contrario, más bien parece una necesidad permanente o al menos temporalmente indefinida), pero no será difícil que este funcionario se jubile en condición de interino, y con ello, haya desarrollado toda su carrera profesional en la administración sin someterse a un proceso selectivo de acceso a la función pública basado en los principios constitucionales que disciplinan tal acceso.

Vaya por delante que con esta afirmación no quiero desviar la atención del principal responsable de este tipo de situaciones, ya que son las administraciones las que están legalmente obligadas a convocar periódicamente procesos selectivos, ofertas de empleo público y demás trámites necesarios para regularizar este tipo de situaciones.

II.- De otro lado, esta sentencia tiene la peculiaridad de dirigir un mandato claro a los órganos jurisdiccionales, sobre cómo proceder en casos en los que, como el presente, existe una norma de derecho nacional incompatible con una norma comunitaria, máxime cuando ésta última ya ha sido interpretada y aplicada por la jurisdicción comunitaria.

Según hemos recordado más arriba, este principio de primacía del derecho de la Unión obligaba a aplicar la cláusula invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para casos semejantes con preferencia sobre el derecho interno incompatible.

En este sentido, es explícita la crítica que el supremo órgano constitucional dirige al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado ya antes de la deliberación y fallo del recurso sobre cuál era la interpretación correcta del principio de no discriminación contenido en la cláusula 4.1 de la Directiva

1999/70/CE, dictado con ocasión de una reclamación del todo idéntica a la subyacente a este amparo (planteada por una profesora de enseñanza no universitaria interina reclamando el reconocimiento y cobro de los citados «sexenios» que la normativa interna española solo reconoce a los profesores funcionarios de carrera) y en el que el Tribunal de Justicia resolvió de un modo más que concluyente afirmando que «La cláusula de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999... debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables».

Frente a todo ello, critica el intérprete máximo de la Constitución, que la Sentencia ni cita ni valora el Auto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012 y al no hacerlo obvia razonar sobre la existencia de ese precedente dictado en un caso idéntico al que era objeto de resolución y proveniente además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encargado de resolver de manera vinculante las dudas sobre la interpretación de la Directiva invocada por la parte; y por todo ello, vulnera el principio de primacía del derecho de la Unión Europea.

A mayor abundamiento, frente al alegato del solicitante del amparo, que invocó la vulneración por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), causada por la decisión de la Sala de no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de conformidad con el art. 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional da un paso más allá de lo reclamado y afirma con contundencia que la aplicación directa no precisaba de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto «aclarado» por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial «materialmente idéntica» planteada en un «asunto análogo», tal y como autoriza la Sentencia Cilfit de 6 de octubre de 1982, apartado 13.

Si se nos permite la licencia, este pronunciamiento es un «aviso a navegantes», en este caso navegantes con toga y puñetas, que, en el futuro deberán tener claro que el consabido primacía del derecho comunitario les autoriza, o más bien les obliga, a inaplicar la norma nacional incompatible, sin previa cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en base a la primacía del Derecho de la Unión. En caso contrario, incurrirán

en una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso, con la consecuente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Y es que donde hay patrón, no manda marinero.

Sentencia de 7 de diciembre de 2012

ENCABEZAMIENTO:

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, 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 Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1709-2013, promovido por don XXXX, representado por el Procurador de los Tribunales don XXXX y asistido por el Letrado don XXXX, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Séptima) en fecha 7 de diciembre de 2012 (recurso de apelación núm. 246-2012), por la que se deniega al recurrente, funcionario interino, el reconocimiento de los sexenios solicitados, y contra la providencia de 21 de febrero de 2013 por la que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la anterior resolución. Ha sido parte la Comunidad Autónoma de Madrid; ha intervenido el Ministerio Fiscal, y ha sido Ponente el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 21 de marzo de 2013, la representación de don XXXX interpuso recurso

de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El Sr. XXXX ha trabajado como funcionario interino para la Administración desempeñando las funciones propias del cuerpo de profesores de secundaria desde el 1 de diciembre de 1991, y en la fecha de la demanda ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo prestaba sus servicios en tal condición en el instituto de educación secundaria «El Olivo» de Parla.

b) Mediante escrito presentado ante la Comunidad Autónoma de Madrid el 11 de diciembre de 2009, el recurrente solicitó de la Consejería de Educación el reconocimiento del derecho a percibir el complemento específico por formación permanente asociado a la permanencia por periodos de seis años como funcionario de carrera en la función pública establecido por acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991 (complementos popularmente conocidos y a los que en adelante nos referiremos como «sexenios»). En esa solicitud invocaba la normativa nacional o interna que consideraba aplicable al caso y, sobre todo, la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria Europea y el Centro Europeo de la Empresa Pública sobre el trabajo de duración determinada, que, a su juicio, obligaba a reconocer a un funcionario interino como él un complemento salarial como el reclamado —establecido solo para «funcionarios de carrera» en el citado acuerdo— en aplicación del «principio de no discriminación» establecido en la cláusula 4, punto 1, del acuerdo marco incluido en el anexo de la citada Directiva, que establece:

«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.»

c) Transcurridos más de tres meses desde la presentación de su solicitud, y por entender que la misma había sido desestimada por silencio administrativo de conformidad con las normas aplicables, el día 16 de abril de 2010 el interesado interpuso contra la citada desestimación presunta recurso «dealzada». Dicho recurso, que la Administración calificó y tramitó como «recurso potestativo de reposición», fue desestimado por la Orden núm. 5330-2010, de 20 de octubre, de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid. Según la citada resolución, el acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991 que creó el complemento salarial reclamado identifica como titulares de ese derecho solamente a los «funcionarios de carrera», de modo que los funcionarios interinos no tienen derecho al mismo. Y lo mismo hace la normativa correspondiente de la Comunidad de Madrid. En consecuencia, la condición de funcionario interino del solicitante impide reconocerle el derecho al complemento salarial solicitado.

d) Contra la citada resolución administrativa, el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo que fue turnado al Juzgado núm. 24 del citado orden jurisdiccional de los de Madrid, el cual, con fecha 21 de septiembre de 2011 dictó Sentencia estimando en parte el recurso interpuesto, anulando el acto impugnado y reconociendo el derecho del recurrente «a que le sean reconocidos los sexenios perfeccionados a efectos administrativos y económicos».

La Sentencia alcanza esa conclusión con cita del art. 25 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se regula el estatuto básico del empleado público (LEEP), que regula las retribuciones de los funcionarios interinos, y de la Sentencia del entonces denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre

de 2007 en el asunto C-307/05 (asunto del Cerro Alonso), que declaró que «[e]l concepto de “condiciones de trabajo” a que se refiere la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como Anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999... debe interpretarse en el sentido de que puede servir de fundamento a una pretensión como la controvertida en el procedimiento principal, dirigida a que se asigne a un trabajador con un contrato de duración determinada una prima de antigüedad reservada por el derecho nacional únicamente a los trabajadores fijos» y que esa misma cláusula «debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador».

«En consecuencia», remata la Sentencia del Juzgado, «no existiendo ninguna distinción en la normativa de aplicación para el complemento reclamado entre funcionarios de carrera o funcionarios interinos, que el art. 25 [LEEP] reconoce a los funcionarios interinos las retribuciones y que la Directiva 1999/70/CE proscribiera la discriminación entre funcionarios de carrera e interinos, procede reconocer al recurrente el derecho a que le sea reconocido y abonado el complemento de formación continuada o sexenios, para evitar la discriminación entre trabajadores fijos e interinos, salvo por razones objetivas que no se producen en este caso».

En definitiva, la Sentencia del Juzgado estimaba el recurso en aplicación de la normativa y jurisprudencia comunitaria expuesta, aunque la citada estimación era solo parcial porque la Sentencia no estimaba la reclamación de cantidad efectuada por el actor en su demanda, al no haber aportado documentación justificativa del «número» y «perfeccionamiento de dichos sexenios», y por tanto se limitaba a declarar el

derecho a «solicitar su abono de la Administración una vez reconocido el derecho a ello».

e) El Letrado de la Comunidad de Madrid interpuso contra la citada Sentencia recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En su escrito, ponía de manifiesto que el acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991 tenía como exclusivo ámbito de aplicación a los «funcionarios de carrera», y que el art. 25 LEEP y la normativa de desarrollo de la Comunidad Autónoma solamente reconocen el derecho de los funcionarios interinos a cobrar los «trienios correspondientes a los servicios prestados» (art. 25.2 LEEP), sin hacer ninguna mención a los denominados «sexenios». Por consiguiente, no era posible hacer la equiparación que hacía la Sentencia recurrida.

El interesado presentó escrito impugnando el recurso de apelación interpuesto de contrario, tras lo cual el Juzgado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 85.5 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, elevó los autos a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, órgano competente para su resolución, que turnó dicho recurso a la Sección Séptima de conformidad con las normas de reparto.

Estando pendiente de resolución el recurso ante la referida Sección, y señalada la votación y fallo para el día 28 de noviembre de 2012, la representación procesal del Sr. XXXX presentó un escrito ante la Sala el día 18 de septiembre de 2012 junto con el que aportaba «a título ilustrativo» copia del Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11 (Lorenzo Martínez), que se refiere a un caso idéntico al suyo y considera contrario a la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE la normativa nacional española «que reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemen-

to, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables».

Por providencia de 26 de septiembre de 2012 la Sección Séptima tuvo por recibido el escrito presentado por la representación del Sr. XXXX, lo unió al recurso y dio copia a la parte contraria. El 7 de diciembre de 2012, la Sección dictó Sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, revocando la Sentencia apelada y declarando conforme a derecho la resolución administrativa recurrida en la instancia. La Sentencia se remite a otros pronunciamientos anteriores de la misma Sala, y en concreto a la Sentencia de la Sección Tercera de 16 de enero de 2010 (recurso núm. 283-2010), para razonar, por lo que aquí importa, que sí existen «razones objetivas» que justifican, de conformidad con lo establecido en la citada Directiva, el trato diferente dispensado al recurrente, profesor interino, respecto a los profesores que son funcionarios de carrera. Así lo explica la citada Sentencia:

«Múltiples Sentencias del Tribunal Supremo señalan que desvanecida la primera impresión de afinidad entre quienes son funcionarios de carrera y quienes no lo son, que provocan las notas de ser personal incorporado a la Administración a través de la relación de servicios profesionales retribuidos sometida al Derecho Administrativo, son muchas las diferencias existentes entre ambos (sistema de selección, acceso, traslados, procedimiento organizativo interno, régimen de permanencia, etc.); diferencias de régimen jurídico existentes ya desde la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de Febrero y mantenida por la legislación posterior, que establecen al funcionario interino como una especie funcional diferenciada sustancialmente del funcionario de carrera, lo que va a incidir necesariamente en el marco de sus derechos.

Dicha singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera ni es contraria al principio de igualdad ni vulnera, en principio, la Directiva Comunitaria al existir razones objetivas que pueden justificar la diferencia de trato, y eso es lo que ocurre en el supuesto debatido, por

cuanto que el componente de formación permanente está íntimamente vinculado con la carrera profesional del funcionario, y tiene por finalidad reconocer el interés del funcionario, en seguir formándose con posterioridad a su ingreso en la función pública tras la superación de los procesos de selección correspondientes

Pues bien, aplicando dichos razonamientos al presente caso, es evidente la procedencia de estimar el presente recurso de apelación y declarar conforme a derecho la Orden de 20 de octubre de 2010 de la Consejería de Educación que desestimaba el recurso de reposición formulado contra la desestimación por silencio de la reclamación de solicitud de complemento de formación (sexenios) efectuada por el hoy apelado.»

f) Notificada la anterior Sentencia, la representación del recurrente promovió frente a la misma el incidente excepcional de nulidad de actuaciones previsto y regulado en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), denunciando que la Sentencia entrañaba la infracción de los siguientes derechos fundamentales:

En primer lugar, del derecho a la igualdad y no discriminación establecido en el art. 14 CE. Según la parte, la inaplicación de la Directiva 1999/70/CE, establecida con el objeto de garantizar el principio de no discriminación, suponía por sí sola la vulneración del referido principio, y por tanto del art. 14 CE.

En segundo lugar, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Para la parte, al haberse apartado la Sala sentenciadora de determinados precedentes favorables a la aplicación directa de la Directiva 1999/70/CE y anteriores además a la fecha señalada para la votación y fallo de su recurso, singularmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010 dictada en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres; el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2012, dictado en el asunto

C-556/11, Lorenzo Martínez; y las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011 y 22 de octubre de 2012, dictadas en los recursos de casación en interés de la ley núms. 39-2009 y 5303-2011, respectivamente, se había quebrado la previsibilidad del orden jurídico, esto es, el principio de seguridad jurídica, dando lugar así a una Sentencia irrazonable y arbitraria. Dentro de este mismo apartado se denunciaba asimismo la vulneración de los referidos derechos fundamentales causada por la decisión de la Sala de no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como debía haber hecho, según la parte, de conformidad con el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En tercer y último lugar, se denunciaba en el incidente que esa misma omisión de la cuestión prejudicial, si no había supuesto la vulneración de los derechos fundamentales invocados en el anterior apartado, sí debía entrañar al menos la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución razonada y fundada en Derecho.

g) La Sala sentenciadora, mediante providencia de 21 de febrero de 2013, decidió no admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la parte apelada. Con cita del Auto del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2000 se razonó en la indicada providencia que el incidente del art. 241.1 LOPJ es un incidente «excepcional y que ha de limitarse al examen de posibles defectos de forma que hubiesen causado indefensión o la incongruencia del fallo. Pues bien, ninguno de esos posibles vicios es de apreciar en el supuesto que nos ocupa. Lo que se alega es, en realidad, una cuestión de fondo que pone de manifiesto una discrepancia de la accionante con el propio contenido jurídico de la Sentencia de 7 de diciembre de 2012 y en tales circunstancias surge la clara improcedencia del cauce a través del cual se denuncia la referida nulidad, ya que lo único que se pretende en este incidente es la revisión de una Sentencia contra la que, por imperativo legal, no cabe recurso ordinario alguno».

3. La demanda de amparo atribuye a las resoluciones judiciales recurridas la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) y al juez ordinario predeterminado por la ley (también art. 24.2 CE). Pero antes de adentrarse en el desarrollo argumental de las infracciones, dedica un apartado específico a justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso.

Al respecto, argumenta que su caso puede servir para aclarar la doctrina constitucional existente sobre la correcta aplicación del derecho comunitario y sobre la trascendencia de su inaplicación cuando existe una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, además, considera no deja lugar a dudas sobre su interpretación (cita en su apoyo la solución de la STEDH de 20 de septiembre de 2011, caso *Ullens de Schooten y Rezabek contra Bélgica*, apartados 57 a 61), y también sobre el alcance y trascendencia de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha adquirido carácter vinculante para los Estados miembros, como dispone su artículo 51, y en concreto sobre sus artículos 21 (igualdad ante la ley) y 47 (tutela judicial efectiva y juez imparcial).

Justificado de este modo el requisito de la «especial trascendencia constitucional» de su recurso pasa a adentrarse en la cuestión de fondo suscitada, imputando a las resoluciones judiciales recurridas las siguientes vulneraciones constitucionales:

a) Infracción del derecho a la igualdad y no discriminación garantizado en el art. 14 CE; queja que a su vez se desdobra en dos. Por un lado, se argumenta que la inaplicación de la Directiva 1999/70/CE, dictada con el fin de garantizar el principio de no discriminación según la cláusula 4.1 del acuerdo marco incorporado como anexo a la citada Directiva, entraña per se la vulneración del referido principio, y por consiguiente del art. 14 CE. Y por otro, se denuncia que la Sentencia recurrida se haya apartado del criterio seguido por el mismo órgano jurisdiccional en ocasiones anteriores, en concreto en la Senten-

cia de la misma Sección Séptima de 29 de marzo de 2011, dictada en el recurso núm. 534-2010 y con la misma Magistrada ponente. En esta Sentencia, entiende el recurrente, se hizo una correcta aplicación de la doctrina contenida en los precedentes del Tribunal Supremo y Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya citados en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones [v. antecedente 2 f) de esta misma Sentencia] y se concluyó de acuerdo con ello que la Directiva 1999/70/CE era directamente aplicable; una aplicación que, sin embargo, a él se le ha negado por el mismo órgano jurisdiccional.

b) Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada y fundada en derecho. Considera el recurrente en amparo que ningún juez nacional puede inaplicar por su propia autoridad normas comunitarias, sino que para hacerlo debe plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según el art. 267 TFUE. De no hacerlo así, como aquí ha ocurrido, se cercena el derecho fundamental antes invocado.

A mayor abundamiento, se remarca que la Sala sentenciadora se ha apartado arbitrariamente de la jurisprudencia dictada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia en aplicación de la citada Directiva 1999/70/CE (Sentencias y Auto ya citados).

c) En tercer lugar, infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad de los poderes públicos consagrados en el art. 9.3 CE. Sostiene el demandante de amparo que la premisa de la que parte la Sentencia recurrida, que el contenido de la Directiva no es suficientemente preciso para ser invocado frente al Estado, es errónea y choca y contradice lo previamente declarado por el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los precedentes tan repetidamente citados, todos ellos anteriores además a la fecha de votación y fallo de su recurso. Y una resolución judicial que se aparta y contradice esos precedentes, destinados a pro-

porcionar certeza, confianza y previsibilidad en el orden jurídico, no puede considerarse respetuosa con el derecho fundamental invocado.

Dentro del mismo apartado del recurso, pero con cita de un derecho diferente (el de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE), se denuncia la quiebra constitucional que supuso no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal y como debió hacerse de conformidad con el art. 267 TFUE. No puede un tribunal nacional, dice la parte, alcanzar su propia, autónoma y exclusiva convicción sobre la forma correcta de interpretar el Derecho de la unión, sin expresar los razonamientos que le conducen a esa conclusión y siempre dentro de los permitidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (improcedencia de la cuestión, acto claro, o acto aclarado). Al no haberlo hecho en este caso, la Sala sentenciadora ha infringido el art. 24.1 CE y también el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

d) Finalmente, denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho (art. 24.1 CE) producida por la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones. El precepto aplicado por la providencia no es el que estaba en vigor cuando se dictó —art. 241.1 LOPJ, según la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo— sino el anterior, que limitaba la viabilidad del incidente a los quebrantamientos de forma. De modo que esa resolución de inadmisión basada en un artículo derogado supone una quiebra del citado art. 24.1 CE.

4. La Sección Cuarta de este Tribunal acordó, mediante providencia de 26 de junio de 2014, admitir a trámite el recurso presentado y, en aplicación de lo previsto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación a la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 24 de Madrid a fin de que remitieran certificación o fotocopia averada de las actuaciones, y para

que este último emplazara a quienes hubieran sido parte en el procedimiento excepto a la recurrente en amparo para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo deseaban, en el presente recurso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal de 9 de octubre de 2014 se tuvo por personaldo y parte en el procedimiento al Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid y, conforme determina el art. 52.1 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones testimoniadas y recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para que pudieran presentar alegaciones.

6. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal en fecha 27 de octubre de 2014 la representación del recurrente presentó sus alegaciones, en las que se limitó a ratificarse íntegramente en la demanda interpuesta. No obstante, y a título meramente ilustrativo, cita la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014, que desestima el recurso de casación núm. 204-2013 y confirma por consiguiente la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de junio de 2013 (recurso núm. 1479-2013), que reconoce el derecho al complemento específico a los profesores de religión de la Comunidad de Madrid «en las condiciones y cuantía que corresponda a los funcionarios interinos docentes» de la Comunidad. Hace esa cita porque le parece paradójico que esos profesores tengan derecho al complemento específico de formación y que sin embargo la Sentencia recurrida se lo niegue a quien forma parte del *tertium comparationis* establecido en la citada Sentencia.

7. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones por escrito registrado el 7 de noviembre de 2014. En ellas, tras hacer un detallado resumen de los antecedentes que han traído al recurrente hasta aquí, concluye que se ha producido la lesión al derecho a la igualdad ante la ley denunciada en el recurso y apoya, por consiguiente, el otorgamiento del amparo solicitado.

De modo previo, expone el orden que va a seguir en sus alegaciones: le parece obvio que deben

ser examinadas en primer lugar las vulneraciones imputadas a la Sentencia y solo después, si es el caso, la concreta vulneración que se atribuye a la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones. A su vez, entre las primeras, considera que debe otorgarse preferencia a la denuncia de vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE, por constituir el núcleo central del problema planteado, dejándose para un momento posterior el examen de las restantes lesiones aducidas, todas ellas del art. 24 CE, que le parecen a todas luces subordinadas a esa primera y principal. Por consiguiente, de acuerdo con esta sistemática, aborda el examen del recurso.

a) Como queda dicho, el Fiscal considera que la denuncia de vulneración del art. 14 CE debe prosperar. Aclara que la vertiente del derecho fundamental reconocido en ese precepto invocada por el recurrente es, según se desprende de la lectura de la demanda, la del derecho a la igualdad «ante la ley... por la interpretación que de las disposiciones aplicables al caso ha efectuado la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es lo que le habría deparado un trato diferenciado injustificado». En este sentido, el argumento principal del recurrente, prosigue el Fiscal, consiste en que debe reputarse contrario al principio de igualdad del art. 14 CE denegar el reconocimiento de sexenios a los funcionarios interinos docentes sobre la única base de que la naturaleza de dicha retribución, la compensación de actividades de perfeccionamiento posterior al ingreso en la función pública, impide su extensión a los funcionarios interinos, por no tratarse de funcionarios de carrera, argumento este que la parte recurrente refuerza invocando lo establecido en la Directiva y en la jurisprudencia recaída en su aplicación antes citadas.

Pasando ahora al examen de ese alegato desde la jurisprudencia constitucional, reconoce que la doctrina establecida por este Tribunal acerca del derecho a la igualdad del art. 14 CE y su posible aplicación a las categorías de funcionarios públicos establecidas en las leyes, funcionarios de carrera y funcionarios interinos, hace difícil apreciar

en sede constitucional la infracción del principio de igualdad por no aplicar a los segundos derechos o normas reconocidas a los primeros. Y así, recuerda que según este Tribunal (cita la STC 9/1995, de 16 de enero, FJ 3; y el ATC 63/1996, de 12 de marzo, FJ 5) las categorías funcionariales son creaciones del derecho basadas en principios singulares y propios (relación permanente y sistemas de acceso propios para funcionarios de carrera, y relación transitoria constituida por razones de urgencia para los funcionarios interinos), lo cual permite que esas razones y principios puedan ser lícitamente tomadas en consideración por el legislador para no equiparar el contenido de una y otra categoría (o sus retribuciones, por lo que aquí importa). Sin embargo, considera que las singulares circunstancias de este caso permiten alcanzar la conclusión contraria, siendo aquí, añade, donde de modo indiscutible estriba la especial trascendencia constitucional del presente recurso de amparo.

Continúa el Fiscal argumentando que los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo y sobre todo del Tribunal de Justicia, que pueden ser valorados por este Tribunal Constitucional al amparo del art. 10.2 CE (así, STC 61/2013, de 14 de marzo, FJ 5), y que fueron ya invocados por la parte en la vía administrativa y en la posterior contencioso-administrativa, y singularmente el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Lorenzo Martínez, de 9 de febrero de 2012 (asunto C-556/11), dictado en relación con la normativa española y el mismo complemento aquí negado al recurrente (sexenios del profesorado), permiten afirmar que la Directiva era aplicable y que por consiguiente la pretensión del recurrente estaba «perfectamente justificada», por lo que procede reconocer y declarar la vulneración del art. 14 CE, acordando así la nulidad de la Sentencia dictada en apelación y reconociendo la plena eficacia de la Sentencia dictada en primera instancia que declaró el derecho del recurrente a los sexenios reclamados.

b) Para el hipotético caso de que este Tribunal no considerase justificada la lesión del art. 14 CE, el Fiscal informa igualmente sobre las restantes vulneraciones alegadas, todas ellas del art. 24

CE, no encontrando justificada ninguna de ellas. Así, en primer lugar, las denuncias efectuadas en los motivos segundo y tercero del recurso consistentes en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haberse dictado una resolución arbitraria y no fundada en derecho y en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por haberse apartado de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea le parecen «reformulaciones» del motivo primero principal, ya tratado (vulneración del art. 14 CE). Además, la segunda vertiente de la denuncia del derecho a la igualdad efectuada en el primer motivo, consistente en haberse apartado el órgano jurisdiccional del criterio seguido en un asunto anterior, le parece igualmente infundada en cuanto que el precedente citado no se refería a un asunto idéntico, sino a un complemento distinto (trienios, no sexenios), por lo que no es válido el *tertium comparationis* aportado. En tercer lugar, la decisión de la Sala de no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, denunciada también en el tercer motivo del recurso, le parece asimismo que no puede prosperar, pues en este caso precisamente existía jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la misma cuestión, por lo que no procedía ese planteamiento (doctrina del acto «claro», en terminología de la Sentencia Cilfit de 6 de octubre de 1982). Y por último, la inadecuada o errónea motivación de la providencia de inadmisión también denunciada como motivo de amparo (cuarto motivo del recurso) le parece irrelevante por cuanto que la verdadera razón de decidir de la providencia fue que la parte planteaba en el incidente una simple discrepancia con la Sentencia cuestionada, y no ninguna vulneración de derechos fundamentales, razonamiento igualmente válido tras la reforma del art. 241.1 LOPJ por la Ley Orgánica 6/2007.

8. El Letrado de la Comunidad de Madrid presentó sus alegaciones el 12 de noviembre de 2014, interesando la desestimación del presente recurso de amparo.

Por lo que respecta a la primera vulneración denunciada, recuerda que la infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

(art. 14 CE) requiere, según constante doctrina de este Tribunal (cita las SSTC 24/1990, de 15 de febrero, y 339/2006, de 11 de diciembre), que exista identidad del órgano judicial. De este modo, no aprecia vulneración constitucional de ningún tipo por el hecho de que la Sala sentenciadora no haya seguido el mismo criterio que otros órganos jurisdiccionales, y considera que la única Sentencia susceptible de ser invocada a estos efectos en un recurso de amparo sería la previa Sentencia de la misma Sala y Sección de 29 de marzo de 2011, la cual, si bien procede del mismo órgano jurisdiccional, no resuelve sin embargo un supuesto sustancialmente igual al resuelto en la Sentencia recurrida (reconocimiento de trienios a personal interino frente a reconocimiento de sexenios). Y así, señala entre uno y otro complemento las siguientes diferencias: (i) los trienios los tienen reconocidos los funcionarios en el art. 25.2 LEEP a partir de la entrada en vigor de esta Ley, mientras los sexenios no solo no se mencionan en la Ley sino que son además excluidos en el acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991 que los instituyó; (ii) los trienios se devengan automáticamente por el hecho de la permanencia en la Administración, mientras que los sexenios se devengan por previa acreditación de actividades de formación. Y de esas diferencias colige que la finalidad retributiva de uno y otro complemento es distinta, pues los trienios retribuyen la pura antigüedad mientras que los sexenios compensan la actividad de formación y perfeccionamiento posterior al ingreso en la función pública, según el propio acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991. Por todo ello, considera que no ha habido vulneración del art. 14 CE.

El escrito niega además las restantes vulneraciones denunciadas. Recuerda que la Sentencia recurrida que ha resuelto el litigio ha identificado correctamente la controversia y la ha decidido con arreglo a criterios jurídicos claramente expuestos. En particular ha interpretado y ponderado la aplicación al caso de la Directiva 1999/70/CE, que ha descartado porque le parece que concurre una razón objetiva que justifica la diferencia de trato entre el recurrente y los funcio-

narios de carrera. Todo ello satisface el derecho de la actora a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho. Le parece lógico que la actora discrepe de esta interpretación, pero ello no convierte a la Sentencia en infundada y arbitraria.

Finalmente, por lo que atañe a la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, le parece que esa resolución judicial aplica correctamente el art. 241.1 LOPJ posterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007. Tal y como le permite hacer ese precepto, la providencia inadmitió el incidente porque se pretendía en él reabrir el fondo del asunto ya resuelto por Sentencia firme. No ha habido por tanto aplicación de un precepto derogado ni actuación torticera o arbitraria de la Sala sentenciadora. La inadmisión contiene una motivación suficiente y ésta es ajustada a la naturaleza del incidente de nulidad de actuaciones.

9. Por diligencia de ordenación de 3 de marzo de 2014, la Secretaría de la Sala Segunda de este Tribunal requirió a la Comunidad de Madrid la remisión de copia adverada del expediente administrativo.

10. Mediante providencia de fecha 26 de mayo de 2015 el Pleno, en su reunión de esa fecha y conforme establece el artículo 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal, a propuesta de la Sala Segunda, acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo.

11. Por providencia de 3 de noviembre de 2015 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 5 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. La cuestión que debemos resolver en este amparo es si la decisión de no reconocer al recurrente, que es profesor interino, el derecho a percibir los complementos específicos de formación popularmente conocidos como «sexenios» a los que habría tenido derecho de ser funcionario de carrera en lugar de funcionario interino es o no conforme con los arts. 14 y 24 CE.

Tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes, el aquí recurrente ha trabajado como profesor interino desde 1991. A finales de 2009

solicitó de la Administración competente, que es la Comunidad de Madrid, el reconocimiento de los citados complementos específicos de formación permanente del profesorado regulados en el acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991 (los denominados «sexenios») que según ese mismo acuerdo están reservados para los «funcionarios de carrera». Invocaba en apoyo de esta solicitud la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), sobre el trabajo de duración determinada, que bajo la rúbrica «principio de no discriminación» establece (cláusula 4, punto 1, del acuerdo marco, incluido como anexo en la citada Directiva):

«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.»

La Administración denegó esa solicitud por no reunir el interesado los requisitos exigidos por el citado acuerdo del Consejo de Ministros, esto es, por no ser «funcionario de carrera». Frente a esta resolución, el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado en primera instancia por el Juzgado de este orden jurisdiccional núm. 24 de Madrid (Sentencia de 21 de septiembre de 2011), que fundamentó esa estimación precisamente en la citada Directiva y en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/05), asunto del Cerro Alonso, pero que fue finalmente desestimado en segunda y última instancia por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Séptima) de 7 de diciembre de 2012, dictada con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la primera por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

Considera el recurrente que la citada decisión vulnera sus derechos a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), de acuerdo con los argumentos que han quedado expuestos en el lugar correspondiente [antecedentes 2 y 3 de esta Sentencia]. Además, y según se ha expuesto en ese mismo lugar, entiende que la posterior providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la Sentencia de segunda instancia al amparo del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial le ha ocasionado una vulneración autónoma de ese mismo derecho del art. 24.1 CE, al responder esa decisión de inadmisión a la redacción del precepto anterior a la última reforma del mismo realizada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, es decir, a una norma derogada.

El Fiscal se muestra favorable a la estimación de la primera de las vulneraciones denunciadas, la del derecho a la igualdad ante la ley del art. 14 CE, como consecuencia de la, a su juicio, defectuosa respuesta recibida por el recurrente de los órganos jurisdiccionales, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente sobre el particular favorable al reconocimiento de esos sexenios a los funcionarios interinos (singularmente, Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012, dictada en el recurso de casación en interés de la ley núm. 5303-2011, y Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11, asunto Lorenzo Martínez, ambas resoluciones favorables a la equiparación de los profesores funcionarios interinos con los profesores funcionarios de carrera a estos concretos efectos de reconocimiento del derecho a percibir los llamados «sexenios»). Sin embargo, para el caso de que este Tribunal considerase que no existe esta vulneración del art. 14 CE, le parecen injustificadas las restantes vulneraciones alegadas.

Por su parte, el Letrado de la Comunidad de Madrid se opone a la estimación de cualquiera de los motivos de amparo.

2. Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con los arts. 49.1 y 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora, esta condición de requisito de admisión y por consiguiente de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas) así como exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, caso Arribas Antón contra España, apartado 46) obligan a explicitar el cumplimiento de ese requisito para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

En el presente caso, este Tribunal decidió admitir este recurso de amparo porque, en primer lugar, sus circunstancias podían permitir desarrollar nuestra doctrina sobre la relevancia constitucional del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea [supuesto a) de los enunciados en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2], y además, en segundo lugar, porque esas mismas circunstancias permitían a este Tribunal valorar si procede mantener o matizar nuestra doctrina acerca de la proyección del derecho a la igualdad entre situaciones funcionariales, y en concreto entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, establecida desde la STC 7/1984, de 7 de enero [supuesto b) de la STC 155/2009, FJ 2, antes citada]. Lo cual no significa necesariamente que esos dos factores relevantes para decidir la admisión del recurso deban trasladarse al núcleo de nuestra razón de decidir sobre el fondo del recurso, pues como ya tuvimos ocasión de aclarar en la STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3, la estructura del razonamiento, el orden conforme al cual han de estudiarse las quejas ante nosotros esgrimidas u otras razones pueden impedirlo.

3. Pese a que son varios los motivos de amparo, el presente recurso plantea en realidad una única y exclusiva vulneración, la de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, que pueden ser tratados conjuntamente (en el mismo sentido, SSTC 78/2010, de 20 de octubre, FJ 1; 58/2004, de 19 de abril, FJ 7, y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 6).

La queja principal que da sustento a todo el recurso es la que se dirige contra la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la que el recurrente reprocha no haber resuelto su caso de forma adecuada, esto es, aplicando directamente la Directiva 1999/70/CE tal y como había sido ya interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otros, en el citado Auto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012, en el que el Tribunal comunitario había considerado ya que esa Directiva se oponía a una normativa como la española que limitaba el reconocimiento de sexenios a los profesores funcionarios de carrera, sin extenderlo a los interinos. Los diferentes motivos de amparo se acaban refiriendo a este hecho último y basilar, que valoran desde diferentes perspectivas. Así, en concreto, por lo que se refiere al primer motivo de amparo, en el que se denuncia la vulneración del art. 14 CE, el citado motivo no pasa de ser en realidad una reformulación o anticipación de los otros dos, pues el recurrente sitúa esa lesión en el hecho mismo de no haber aplicado el órgano jurisdiccional la citada Directiva 1999/70/CE, pero sin añadir explicación alguna de por qué el principio de no discriminación de trabajadores allí contenido (cláusula 4.1, antes transcrita) debe quedar garantizado por el art. 14 CE y ser además proyectado sobre las categorías funcionariales desde una perspectiva estrictamente constitucional (no comunitaria), o lo que es lo mismo, por qué esa disposición de Derecho derivado debe alcanzar rango constitucional en contra de nuestra doctrina ya comentada (STC 7/1984, de 7 de enero, reiterada por ejemplo en el más reciente ATC 99/2009, de 23 de marzo).

En el mismo sentido, aunque el Fiscal sitúa el motivo principal en ese primer motivo de amparo (art. 14 CE), en sus alegaciones termina razonando que ese motivo debe ser estimado «por no haber tomado en consideración [la Sala de Madrid] a la hora de formar su convicción ni la Directiva 1999/70/CE, ni la posible aplicación directa de ésta, ni la STJUE (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2007, dictada en el asunto C-307/05, ni la STJUE (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2010, dictada en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, ni el ATJUE (Sala Sexta) de 9 de febrero de 2012, dictado en el asunto C-556/11, ni la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de casación en interés de la ley número 39/2009 con fecha 7 de abril de 2011, ni la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de casación en interés de la ley número 5303/2011 con fecha 22 de octubre de 2012, de cuyo cuerpo normativo y jurisprudencial resultaba a todas luces que la pretensión deducida por el demandante en amparo ante la Administración educativa de la Comunidad de Madrid se encontraba perfectamente justificada». Es decir, que aunque el Fiscal considera que debe estimarse el amparo por vulneración del art. 14 CE, al final termina reconociendo que la verdadera razón para hacerlo es la defectuosa respuesta judicial recibida por el recurrente (art. 24 CE), no porque el principio de no discriminación definido en la cláusula 4.1 de la Directiva forme parte del derecho constitucional a la igualdad ante la ley del art. 14 CE. El Fiscal tampoco razona nada a este respecto.

En definitiva, si el actor sitúa la lesión padecida en el modo en que resolvió la Sala de Madrid, la perspectiva de nuestro examen ha de ser la del art. 24 CE, y no la del art. 14 CE. Por lo que respecta a la vulneración del art. 24.1 CE que se imputa a la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, el análisis de este segundo motivo debe postergarse para el caso de ser desestimado el primero y principal, conforme al criterio de «mayor retroacción» habitual en este Tribunal (STC 180/2015, de 7 de septiembre, FJ 3).

4. En el examen de este motivo principal hemos de comenzar recordando que, según ha reiterado este Tribunal, ni el fenómeno de la integración europea, ni el art. 93 CE a través del que ésta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, «de rango y fuerza constitucionales» [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a), con cita de otras]. Ahora bien, ello no significa, obviamente, que este Tribunal deba abstenerse de cualquier valoración sobre un acto de los poderes públicos ante él recurrido cuando el mismo aplica Derecho de la Unión

Europea o, al contrario, se plantee su posible contradicción con éste, pues ello implicaría una abdicación de nuestra función señalada en los arts. 53.2 y 161.1 b) CE. Significa, mucho más simplemente, que cuando ello sucede debemos abordar esa denuncia desde la perspectiva que nos es propia, valorando si con ese acto de los poderes públicos recurrido ante la jurisdicción constitucional se ha ocasionado o no alguna vulneración a los derechos fundamentales y libertades públicas cuya tutela tenemos encomendada, de conformidad con los preceptos constitucionales antes citados, que son los únicos que vinculan a este Tribunal como recuerda el art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). En este sentido, STC 58/2004, FJ 11, con cita de la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a).

Desde esta perspectiva, esta jurisdicción constitucional debe operar con un doble canon de enjuiciamiento:

a) Por un lado, el general del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que comprende, por lo que aquí importa, el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, sin que por esta vía pueda llegar a examinarse el acierto o desacierto último de la decisión, ámbito éste último ajeno a esta jurisdicción constitucional (así, para un caso semejante, STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 5).

Por lo que a este caso igualmente importa, este derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE también comprende el derecho a una resolución congruente (por todas, STC 3/2011, de 14 de febrero, FJ 3), una congruencia que debe referirse no solo a esas pretensiones oportunamente deducidas, conformadas por el *petitum* y la *causa petendi*, sino también, muy especialmente, a todas las alegaciones sustanciales deducidas por las partes (así, entre otras muchas, STC 204/2009, de 23 de noviembre, FJ 3).

b) Por otro lado, este Tribunal debe valorar también el canon más específico del derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan «conforme al sistema de fuentes es-

tablecido» (STC 58/2004, FJ 14, y, en el mismo sentido, STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10). Porque como recuerda STC 58/2004 primeramente citada, «no cabe duda de que, conforme al art. 96 de nuestra Constitución, el Tratado de la Comunidad Europea —y concretamente, en este caso, su art. 234 [actual art. 267 TFUE]— forma parte del Ordenamiento interno; por ello la cuestión prejudicial prevista en dicho precepto configura un instrumento más al servicio de los Jueces y Tribunales para la depuración del Ordenamiento jurídico» (STC 58/2004, FJ 10), y de conformidad con ese instrumento, «ante una duda en la aplicación del Derecho comunitario, el Juez o Tribunal interno está facultado para consultar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, salvo que se trate de un órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna, en principio, en obligación, en orden a preterir un Derecho en beneficio del otro». «Ahora bien», matizábamos inmediatamente, «esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa* y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto *Franovich* y *Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81)» [STC 58/2004, FJ 9; y, en el mismo sentido, STC Pleno 78/2010, FJ 2 b)]. Y esto era, justamente, lo que sucedía en el presente caso, podemos avanzar ya para una mayor claridad expositiva, pues la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE preterida por la resolución judicial recurrida en amparo había sido ya interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sentido de que se opone a una normativa como la española en materia de

«sexenios» que reserva sin ninguna justificación por razones objetivas este complemento salarial a los funcionarios de carrera excluyendo a los funcionarios interinos en general (Sentencias asunto del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 y asunto Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010) y a los profesores de educación secundaria interinos en particular (Auto asunto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012), tal y como inmediatamente se verá.

5. En aplicación de estas premisas, este Tribunal ya ha tenido ocasión de resolver:

a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14).

b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3).

c) Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6).

Efectivamente, este Tribunal ya ha declarado que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado hasta la fecha una consolidada jurisprudencia que abunda en la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que dichas Sentencias se lleven a efecto (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, 314-316/81 y 83/82, Rec. 1982 p. 4337)... el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que “los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno” (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 95)... [C]omo consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale

Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008, asunto Michaniki (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)» (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5).

6. Continuando con la resolución de este recurso que ahora nos ocupa, conviene resaltar la importancia capital que tienen aquí las dos siguientes circunstancias del caso:

a) En primer lugar, que como ya se anticipó, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado ya antes de la deliberación y fallo del recurso por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre cuál era la interpretación correcta del principio de no discriminación contenido en la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE. Lo había hecho en diversas sentencias dictadas con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles (entre otras, STJUE asunto del Cerro Alonso, de 13 de septiembre de 2007, y STJUE asunto Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, de 22 de diciembre de 2010, ambas sobre funcionarios interinos y trienios) y, singularmente, en el Auto asunto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012, dictado con ocasión de una cuestión prejudicial planteada también por un juez español con ocasión de una reclamación del todo idéntica a la subyacente a este amparo (planteada por una profesora de enseñanza no universitaria interina reclamando el reconocimiento y cobro de los citados «sexenios» que la normativa interna española solo reconoce a los profesores funcionarios de carrera) y en el que el Tribunal de Justicia resolvió:

«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de

carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables.»

b) Y en segundo lugar, que esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea había sido introducida y formaba parte del objeto del debate. Era conocida, por tanto, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sobre la relevancia de este dato, véase, por todas, la STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4). Por un lado, porque la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 24 de Madrid, objeto del recurso de apelación que debía resolver la Sala de Madrid, se basaba en la Sentencia asunto del Cerro Alonso antes citada. Y por otro, porque al conocer la parte el posterior Auto asunto Lorenzo Martínez igualmente citado, procedió a aportar a la Sala una copia del mismo a fin de que fuera conocido y valorado por ella en la resolución de la apelación. Y consta la providencia que tiene por recibido ese escrito. Todo ello, además, antes de la fecha señalada para la votación y fallo de esa apelación.

Frente a todo ello, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (i) ni cita ni valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mencionada (ii) ni, lo que es verdaderamente relevante, cita o valora el Auto asunto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012, sino que se limita a remitirse a un pronunciamiento anterior de la Sección Tercera de la misma Sala (de 16 de enero de 2010) y a motivar así, por referencia o remisión, que no consideraba discriminatoria la denegación de los sexenios acordada por la Administración por la singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera, cuando esa circunstancia había sido ya precisamente excluida por el Tribunal de Justicia como una «razón objetiva» válida para el trato diferente permitido bajo ciertas condiciones por la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE.

Pues bien, con tal decisión (y motivación), la Sala dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada, como era la existencia de ese pre-

cedente dictado en un caso idéntico al que era objeto de resolución y proveniente además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encargado de resolver de manera vinculante las dudas sobre la interpretación de la Directiva invocada por la parte; y al no hacerlo, resolvió además el recurso de apelación con una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso» (STC 145/2012, FJ 6), en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante (STC 145/2012, FJ 5) vulnerando con ello el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

Según hemos recordado más arriba, este principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba a aplicar la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para asuntos semejantes (Sentencias asunto del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 y asuntos Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010, antes citadas) y, sobre todo, para un caso idéntico al que la Sala de Madrid debía resolver, como era el asunto Lorenzo Martínez, igualmente mencionado (Auto de 9 de febrero de 2012), con preferencia sobre el Derecho interno incompatible. Una aplicación directa que no precisaba además de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto «aclarado» por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial «materialmente idéntica» planteada en un «asunto análogo» (Sentencia asunto Cilfit de 6 de octubre de 1982, apartado 13). Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto Cilfit, apartado 15 (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso»; (iii)

y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio, y 290/2006, de 9 de octubre).

Y ello obliga, en consecuencia, a estimar el presente amparo. Estimación que hace innecesario el examen del segundo motivo de amparo, que se imputa a la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

7. El otorgamiento del amparo al demandante por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debe comportar, conforme al art. 55.1 LOTC, el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado y, asimismo, la declaración de nulidad de la Sentencia y providencia recurridas, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la primera de las citadas resoluciones para que por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se dicte otra resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,
Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don XXXX y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 7 de diciembre de 2012, en el recurso de apelación núm. 246-2012, y de la providencia de 21 de febrero de 2013 que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones deducido frente a la anterior resolución.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cinco de noviembre de dos mil quince.-Francisco Pérez de los Cobos

Orihuel.-Adela Asua Batarrita.-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 Enríquez Sancho.-Antonio Narváez Rodríguez.-Firmado y rubricado.