

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIAS

PLENO

SENTENCIA 98/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3569-2006. Promovido por doña María Dolores Pérez Gutiérrez respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010 (pérdida de empleo como consecuencia del ejercicio por el trabajador de sus derechos fundamentales en un contexto de descentralización empresarial). Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo número 3569-2006, promovido por doña María Dolores Pérez Gutiérrez, representada por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistida por el Letrado don Carlos Muñoz Sehnert, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social número 3 de Gijón, en autos 560-2005, sobre despido. Han sido parte las entidades mercantiles Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso, y Unigel, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno y asistida del Letrado don Germán Aranda León. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magis-

trado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de doña María Dolores Pérez Gutiérrez, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) La trabajadora demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura, desde el día 4 de mayo de 1998, elevándose su contrato de trabajo a contrato por tiempo indefinido el día 16 de julio de 1999. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus con-

diciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A., No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S.L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato

de arrendamiento de servicios, con efectos del 10 de mayo. Ese mismo día 10 de mayo Unigel, S.L., comunicó a la demandante de amparo que con esa misma fecha daba por extinguido el contrato de trabajo, ante la necesidad de amortizar su puesto de trabajo, dada la rescisión del contrato de servicios en su día suscrito con Samoa Industrial, S.A., y ello en aplicación de los artículos 52 y 53 del Estatuto de los trabajadores (LET).

g) En junio de 2005 Unigel, S.L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) La actora presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social número 3 de Gijón desestimó la demanda. La sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L., rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la exis-

tencia de una causa lícita para la extinción –especificada ab initio en el contrato de trabajo– y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores. Finalmente, descarta también la declaración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en la legislación laboral en materia de amortización de puestos de trabajo, al ser consecuencia de la previa extinción del contrato mercantil que ligaba a Unigel S.L., y Samoa Industrial, S.A.

j) Frente a la indicada sentencia interpuso la actora recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por la demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los trabajadores de Unigel, S.L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una

represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por la demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social número 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por entender que con ello no se causó ninguna indefensión a la demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del artículo 191.b) de la Ley de procedimiento laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la novena de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del artículo 43 LET, por considerar que la conclusión de la sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad

cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre fijeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por

parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona».

3. La demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce la demandante la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fun-

dada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el Juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testificales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas, que ahora se niega en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

Junto a ello, la demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de actuaciones, retro trayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta

la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 euros por daños.

4. Por providencia de 10 de julio de 2007 la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTIC, se dirigiese atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social número 3 de Gijón a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación número 4495-2005 y a los autos número 560-2005, respectivamente, así como a dicho Juzgado para que procediese previamente al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. Mediante escrito registrado el día 7 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno, actuando en nombre y representación de Unigel, S.L., solicitó que se le tuviera por comparecido y personado a todos los efectos.

6. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 19 de noviembre de 2007 se acordó tener por personados y parte en el procedimiento a los Procuradores don Nicolás Álvarez Real y don José Lledo Moreno, en nombre y representación de Samoa In-

dustrial, S.A., y de Unigel, S.L., respectivamente, así como dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimen pertinentes, conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

8. Mediante escrito registrado el día 28 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del artículo 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del artículo 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su

término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la sentencia la existencia de connivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir connivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiere como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (artículo 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente

violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

9. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 11 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda, al entender que la justificación ofrecida en las resoluciones judiciales recurridas para rechazar la práctica de las pruebas propuestas resulta absolutamente sólida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, considera el Ministerio Fiscal que la alegación de la recurrente parece basarse en el hecho de haberse visto privado a la actora de la garantía de estabilidad en el empleo que hubiese debido disfrutar si, en vez de prestar servicios para Unigel, S.L., lo hubiera hecho directamente para la empresa subcontratante, en cuyas dependencias prestaba servicios. Pues bien, tal alegación, además de basarse en una supuesta realidad que no ha sido declarada como tal por los órganos judiciales –la cesión ilegal de trabajadores de una empresa a otra–, no tiene en cuenta que, precisamente en razón de ese reconocimiento judicial de la dual concurrencia de empresas con sus respectivas estructuras organizativas, no resulta posible establecer entre ellas un término adecuado de comparación, de forma que la causa invocada por Unigel, S.L., para rescindir el contrato de la trabajadora puede tener en el caso de la empresa subcontratista una justificación no trasladable, en principio, a la empresa subcontratante, por lo que la pretensión de estabilidad en el empleo no es la misma en uno y otro caso.

Finalmente, por lo que se refiere a la invocación de los derechos fundamentales a la huelga, a la libertad sindical y a la tutela judicial efectiva, señala el Fiscal que cabe hacer una valoración conjunta de todos esos supuestos, en tanto los efectos derivados de tal pretendido reconocimiento se resumen en todos los casos en la calificación del despido como nulo, si es que fuera posible establecer como causa de éste una previa decisión empresarial que pretende, con el acto extintivo de la relación laboral, desconocer el ámbito de protección que a la trabajadora reservan los citados derechos fundamentales. Tras recordar las circunstancias del caso, tal y como se desprenden de los hechos probados, resalta el Fiscal cómo ambas resoluciones judiciales recurridas han partido de la existencia de indicios de discriminación que obligaban a situar en el campo de la empresa el gravamen de demostrar que detrás de la decisión empresarial no se hallaba ningún interés por sancionar la previa actuación de la trabajadora, que, en unión de sus compañeros, había emprendido determinadas actuaciones pretendiendo mejoras sociales, y para lo que no habían dudado en efectuar en tres ocasiones sucesivas sendas convocatorias de huelga, así como una denuncia por cesión ilegal de mano de obra ante la Inspección de Trabajo. Siendo ello así, las sentencias recurridas desestiman la demanda de la recurrente y consideran válida la extinción contractual por el hecho de que la relación laboral que unía a las partes no fuera indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A. Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que la actora fuera eventual no tiene la relevancia que se le

otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente. En suma, entiende que la trabajadora ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja de la trabajadora debe ser acogida.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante en su manifestación de garantía de indemnidad, se anulen las sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

10. Mediante escrito registrado el día 17 de diciembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Unigel, S.L., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala en primer lugar la empresa personada que la demanda de amparo no cumple los requisitos del artículo 44.1 LOTC, al no haberse agotado la vía judicial procedente mediante la interposición del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, habiéndose limitado la recurrente a manifestar la dificultad de invocar una sentencia de contraste que le permitiera acudir a la vía casacional, pese a lo cual debería al menos haber agotado dicha posibilidad, solicitando el amparo una vez se hubiese

dictado resolución de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina.

Con respecto a la denuncia sobre violación del artículo 24 CE por inadmisión de pruebas y quebrantamiento de los principios de igualdad en el proceso, entiende que, como señala el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia, lo que la parte actora pretendía probar con la prueba de reproducción magnetofónica fue expresamente reconocido por los representantes de las empresas demandadas, lo que hacía inútil su práctica. Y, en segundo lugar, que la restricción de la prueba testifical no le causó indefensión, siendo carga del recurrente probar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas no practicadas.

Por lo que se refiere a la denuncia sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, considera que la sentencia recurrida ha cumplido escrupulosamente con su misión de efectuar una interpretación y aplicación del Derecho aplicable al caso concreto, sin que suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el que no se hayan interpretado los preceptos denunciados tal y como interesaba la parte recurrente. En todo caso, la extinción de los contratos de trabajo operada por Unigel, S.L., aunque coincidió en el tiempo con una situación de conflictividad social y con una denuncia por cesión ilegal interpuesta por los trabajadores, no tuvo como móvil o causa la represalia a sus trabajadores por haber ejercitado acciones legales, sino que su causa obedeció a la pérdida del contrato mercantil y, por ende, a encontrarse con 24 trabajadores a los que no podía dar ocupación. Al no tener Unigel, S.L., poder de disposición sobre la continuidad del vínculo mercantil nada podía haber hecho para evitar el despido de los trabajadores, debiendo acudir a éste como único remedio para

garantizar precisamente la viabilidad de la propia empresa en sus otros centros productivos, y ello pese a tener que soportar las indemnizaciones derivadas de los despidos y de las extinciones de los contratos temporales. Aunque a efectos dialécticos se pudiera asumir que Samoa Industrial, S.A., tomó la decisión de extinguir la contrata mercantil para vulnerar los derechos fundamentales de la demandante (cuestión que entiende no se corresponde con la realidad), la causa de extinción del contrato de trabajo por parte de Unigel, S.L., difirió radicalmente de esos hipotéticos planteamientos, al no haber sido quien adoptó la decisión de finalización del contrato de arrendamiento de servicios ni haberse acreditado en hechos probados que tal extinción obedeciese a una decisión conjunta de ambas empresas.

11. La demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 18 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

12. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Segunda de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

13. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes la recurrente interpone demanda de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por la misma

contra la sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social número 3 de Gijón en autos 607-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta sentencia, al apreciar que las sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario, las representaciones procesales de Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., entidades mercantiles comparecidas en el presente proceso constitucional, interesan la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Previamente, Unigel, S.L., aduce la inadmisibilidad de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Por su parte, Samoa Industrial, S.A., alega adicionalmente que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsa-

bilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que la ahora demandante de amparo.

Previamente, la STC 76/2010 rechazó, en su fundamento jurídico 3, el óbice procesal puesto de manifiesto por la presentación de la empresa Unigel S.L., de conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la exigibilidad de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito para el agotamiento de la vía judicial previa (entre las más recientes, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 2/2009, de 19 de enero, FJ 2).

Resuelto lo anterior, tanto la STC 76/2010 como la STC 75/2010 otorgaron el amparo a los demandantes, por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y de huelga (artículo 28.2

CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, y tras rechazar el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel, S.L. (por las mismas razones expresadas en la STC 76/2010, FJ 3), debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon a la trabajadora en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las di-

facultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (artículo 284 de la Ley de procedimiento laboral:), determinar si la efectiva readmisión de la recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces a la misma, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2; y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña María Dolores Pérez Gutiérrez y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y de huelga (artículo 28.2 CE) de la recurrente.

2.º Restablecerla en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social número 3 de Gijón, dictada en autos 560-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚMERO 3569-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el cri-

terio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚMERO 3569-2006

Como en realidad la sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚMERO 3569-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que ya he manifestado mi discrepancia respecto de la sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3569-2006

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» número 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (artículo 164.1 CE). Nuestras sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posi-

ciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 99/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3570-2006. Promovido por don José Luis Camiña García respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3570-2006, promovido por don José Luis Camiña García, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñoz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sen-

tencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 603-2005, sobre despido. Han sido parte las entidades mercantiles Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso, y Unigel, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno y asistida del Letrado don Germán Aranda León. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don José Luis Camiña García, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios con-

tratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S.L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S.L., comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S.L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En

segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L., rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción—especificada ab initio en el contrato de trabajo— y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la declaración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el art. 49.1.b) de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia interpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente

en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los trabajadores de Unigel, S.L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del art. 191.b) de la Ley de procedimiento laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del art. 43 LET, por

considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre firmeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada

en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y, 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testificales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas,

que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solici-

tado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 € por daños.

4. Por providencia de 14 de junio de 2007 la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional LOTC, se requiriese atentamente a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón y para que en el plazo de diez días remitieran respectivamente testimonio del recurso de suplicación núm. 4556-2005 y de los autos 603-2005, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo que aparecía ya personada, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante escrito registrado el día 7 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno, actuando en nombre y representación de Unigel, S.L., solicitó que se le tuviera por comparecido y personado a todos los efectos.

6. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., inte-

resó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Primera de 14 de noviembre de 2007 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, y los escritos de los Procuradores don Nicolás Álvarez Real y don José Lledo Moreno, a quienes se tuvo por personados y parte en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., y de Unigel, S.L., respectivamente, así como, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

8. Mediante escrito registrado el día 23 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del art. 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del art. 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de convivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir convivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aún admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral,

mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil aprobada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

9. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 4 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

10. Mediante escrito registrado el día 17 de diciembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Unigel, S.L., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala en primer lugar la empresa personada que la demanda de amparo no cumple los requisitos del art. 44.1 LOTC, al no haberse agotado la vía judicial precedente mediante la interposición del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, habiéndose limitado la recurrente a manifestar la dificultad de invocar una sentencia de contraste que le permitiera acudir a la vía casacional, pese a lo cual debería al menos haber agotado dicha posibilidad, solicitando el amparo una vez se hubiese dictado resolución de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina.

Con respecto a la denuncia sobre violación del art. 24 CE por inadmisión de pruebas y quebrantamiento de los principios de igualdad en el proceso, entiende

que, como señala el Tribunal Superior de Justicia en su Sentencia, lo que la parte actora pretendía probar con la prueba de reproducción magnetofónica fue expresamente reconocido por los representantes de las empresas demandadas, lo que hacía inútil su práctica. Y, en segundo lugar, que la restricción de la prueba testimonial no le causó indefensión, siendo carga del recurrente probar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas no practicadas.

Por lo que se refiere a la denuncia sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, considera que la Sentencia recurrida ha cumplido escrupulosamente con su misión de efectuar una interpretación y aplicación del Derecho aplicable al caso concreto, sin que suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el que no se hayan interpretado los preceptos denunciados tal y como interesaba la parte recurrente. En todo caso, la extinción de los contratos de trabajo operada por Unigel, S.L., aunque coincidió en el tiempo con una situación de conflictividad social y con una denuncia por cesión ilegal interpuesta por los trabajadores, no tuvo como móvil o causa la represalia a sus trabajadores por haber ejercitado acciones legales, sino que su causa obedeció a la pérdida del contrato mercantil y, por ende, a encontrarse con 24 trabajadores a los que no podía dar ocupación. Al no tener Unigel, S.L., poder de disposición sobre la continuidad del vínculo mercantil nada podía haber hecho para evitar el despido de los trabajadores, debiendo acudir a éste como único remedio para garantizar precisamente la viabilidad de la propia empresa en sus otros centros productivos, y ello pese a tener que soportar las indemnizaciones derivadas de los despidos y de las extinciones de los contratos temporales. Aunque a efectos dialécticos se pudiera asumir que Samo

Industrial, S.A., tomó la decisión de extinguir la contrata mercantil para vulnerar los derechos fundamentales de la demandante (cuestión que entiende no se corresponde con la realidad), la causa de extinción del contrato de trabajo por parte de Unigel, S.L., difirió radicalmente de esos hipotéticos planteamientos, al no haber sido quien adoptó la decisión de finalización del contrato de arrendamiento de servicios ni haberse acreditado en hechos probados que tal extinción obedeciese a una decisión conjunta de ambas empresas.

11. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 20 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda. En relación con la limitación del número de testigos, sin perjuicio de apreciar en la actuación del órgano judicial determinados elementos susceptibles de afectar al derecho a la defensa del demandante, señala que la queja no se acompaña de la indicación de ningún dato concreto respecto del que alguno de los testigos rechazados hubiera podido declarar, ni sobre la relevancia de dicho extremo para la resolución del pleito, ni se combate ningún extremo fáctico acreditado que hubiera podido variarse de haberse practicado la prueba denegada, por lo que la queja debe rechazarse, al no señalarse los hechos que se quisieron y no pudieron probar, más allá de la genérica alusión a la complejidad del caso, y no acreditarse tampoco la relación entre dichos hechos y la prueba no practicada, ni que dicha práctica le hubiera resultado procesalmente beneficiosa. Y respecto de la grabación magnetofónica, el demandante tampoco refuta la afirmación de la Sentencia de suplicación de que su omisión hubiera podido ser suplida por la parte por el cauce pro-

cedimental del art. 191.b) LPL; por otra parte, de la alegación del demandante se desprende que la prueba se refería a hechos acaecidos con posterioridad a la decisión extintiva, hechos que, en todo caso, considera la Sentencia de suplicación irrelevantes para alterar el sentido del fallo. En consecuencia, al no rebatirse que la omisión de la prueba se hubiera podido subsanar en el recurso de suplicación, no constatare de modo fehaciente que con su práctica se hubieran podido acreditar los hechos que se pretendía acreditar y derivarse que tal extremo, aún acreditado, no era considerado relevante para la resolución del pleito, tampoco esta segunda queja de indefensión puede ser asumida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración de los derechos a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE), señala el Fiscal que la queja carece de toda argumentación en la demanda, por lo que la concurrencia de tales vulneraciones debe ser descartada, al incumplir la demandante la carga de argumentación que le incumbió, no existiendo, por lo demás, en las actuaciones nada que permita considerar implicado el primero de los derechos mencionados, ni en su vertiente individual ni en la colectiva, y no habiéndose aportado tampoco por el demandante ningún término válido de comparación, imprescindible para poder sostener la vulneración del segundo.

Entrando finalmente en la queja referida a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad, pone de relieve el Ministerio público cómo la Sentencia reconoció que el trabajador había aportado indicios de que la decisión extintiva fuese reactiva al ejercicio de derechos fundamentales por el trabajador, pero entendió que la empresa había aportado una justificación que neutralizaba tales indicios, cual era la rescisión del contrato de servicios, razón por la cual consideró irrelevante toda conje-

tura sobre la coordinación de voluntades de las empresas. Esta conclusión, sin embargo, es difícilmente asumible, pues supone legitimar cualquier acuerdo entre las empresas, que ellas pudieran ultimar en virtud de sus estrictos intereses, cuando tales acuerdos tenían como consecuencia evidente la extinción de una pluralidad de contratos de trabajo, avalando que el acuerdo se pudiera tomar para desconocer o reprimir los derechos fundamentales de los trabajadores, al tiempo que se afirma, para resaltar el pretendido interés de la empleadora en no ver rescindido el contrato mercantil, todo cuanto puso en marcha para que la confrontación laboral no repercutiese en la empresa contratante, y cómo se plegó a la práctica totalidad de las exigencias y reivindicaciones de los trabajadores, imponiendo como única y formal exigencia que retirasen la denuncia de cesión ilegal de mano de obra contra aquélla. Este razonamiento, afirma el Ministerio Fiscal, no deja de causar perplejidad, pues se da por válida la extinción de un contrato de trabajo por la concurrencia de una causa pactada en el mismo, concurrencia que se activó sin causa justificada alguna derivada de la relación entre las empresas, considerando al mismo tiempo irrelevante la existencia de un concierto entre las mismas, al tiempo que se acepta que la razón última de que tal extinción se hubiera producido fue una denuncia que implicaba a ambas empresas, y cuya retirada fue la única condición impuesta por la empleadora para que la extinción no se produjera.

La Sentencia de suplicación hizo suyo también este argumento, aunque afirmó que la extinción del contrato mercantil tuvo por causa una modificación de las tarifas, extremo éste que no figura acreditado en la Sentencia de instancia, al que da valor estelar, aunque luego lo relativice al considerar que la extinción de dicho contrato tuvo por causa la conflictividad laboral. Esta Sentencia, que en su fundamento de derecho segundo in fine había

denegado la revisión fáctica pretendida por el trabajador para acreditar la implicación de la empresa principal en el conflicto laboral de la contratista, por considerarla irrelevante en el sentido del fallo, en su fundamento de derecho cuarto da un valor decisivo a la ausencia de connivencia entre las empresas que, por un lado, impide acreditar, y, por otro, deduce de una previa rescisión parcial por incremento de tarifas que aparece por completo ajena a lo debatido y probado en el caso de autos, de un acuerdo entre la empresa principal y sus trabajadores que tampoco guarda relación con lo acaecido, del desconocimiento por la empresa principal de la denuncia por cesión ilegal cuya acreditación ha considerado irrelevante, y de los intentos de la empleadora de mantener la contrata que tampoco están acreditados, constando por el contrario con valor de hecho probado en la Sentencia de instancia que los únicos intentos que hizo la contratista fueron frente a sus trabajadores y con el objeto de que excluyeran de sus reivindicaciones a la otra empresa.

En suma, ambas resoluciones judiciales tuvieron por acreditado que el trabajador había aportado indicios de lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva y, sin embargo, los consideraron neutralizados en virtud de una causa que sólo tendría razón de ser si ambas empresas no hubieran actuado de consuno para impedir el legítimo ejercicio por los trabajadores de sus derechos fundamentales, negándose al mismo tiempo a analizar tal concierto por entenderlo irrelevante, o rechazándolo prescindiendo del *factum* acreditado. Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, se anule las Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

12. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y

de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

13. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón en autos 603-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Senten-

cias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario, las representaciones procesales de Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., entidades mercantiles comparecidas en el presente proceso constitucional, interesan la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Previamente, Unigel, S.L., aduce la inadmisibilidad de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Por su parte, Samoa Industrial, S.A., alega adicionalmente que, aún cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las

mismas razones que el ahora demandante de amparo.

Previamente, la STC 76/2010 rechazó, en su fundamento jurídico 3, el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel S.L., de conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la exigibilidad de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito para el agotamiento de la vía judicial previa (entre las más recientes, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 2/2009, de 19 de enero, FJ 2).

Resuelto lo anterior, tanto la STC 75/2010 como la STC 76/2010 otorgaron el amparo a los demandantes, por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, y tras rechazar el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel, S.L. (por las mismas razones expresadas en la STC 76/2010, FJ 3), debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical

del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de Procedimiento Laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución

en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Luis Camiña García y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerle en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 603-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3570-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3570-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos

expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3570-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3570-2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de

extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adheriré en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

Pleno. SENTENCIA 100/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3571-2006. Promovido por don Diego Camiña González respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde

Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugenio Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3571-2006, promovido por don Diego Camiña González, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñoz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 557-2005, sobre despido. Han sido parte las entidades mercantiles Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso, y Unigel, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno y asistida del Letrado don Germán Aranda León. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Diego Camiña González, presentó

recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A. dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L. contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., Samoa Industrial, S.A. y Unigel, S.L. habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L. vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L. comunicó a Samoa Industrial, S.A. un

incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A. comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L. adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S.L. a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L. continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A. y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S.A. comunicó a Unigel, S.L. que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S.L. comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S.L. suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a

oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A. suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L. rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción—especificada ab initio en el contrato de trabajo— y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L. en no ver

rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la declaración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el art. 49.1.b) de la Ley del estatuto de los Trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia interpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los trabajadores de Unigel, S.L. despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una

cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del art. 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A. en el conflicto laboral de Unigel, S.L. y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del art. 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre firmeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial,

S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L. dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º, la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º, el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A. y su Comité de Empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º, la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y, 4.º, las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L. por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es

imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L. en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales,

huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testificales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A. las respectivas Jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas, que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones

judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A. concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A. habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 € por daños.

4. Por providencia de 10 de julio de 2007 la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se dirigiese atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 3

de Gijón a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 4491-2005 y a los autos núm. 557-2005, respectivamente, así como a dicho Juzgado para que procediese previamente al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. Mediante escrito registrado el día 7 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno, actuando en nombre y representación de Unigel, S.L. solicitó que se le tuviera por comparecido y personado a todos los efectos.

6. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A. interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 19 de noviembre de 2007 se acordó tener por personados y parte en el procedimiento a los Procuradores don Nicolás Álvarez Real y don José Lledo Moreno, en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A. y de Unigel, S.L., respectivamente, así como dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

8. Mediante escrito registrado el día 28 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del art. 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del art. 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de connivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir connivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiere como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A. la modifi-

cación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

9. Mediante escrito registrado el día 17 de diciembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Unigel, S.L., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala en primer lugar la empresa personada que la demanda de amparo no cumple los requisitos del art. 44.1 LOTC,

al no haberse agotado la vía judicial precedente mediante la interposición del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, habiéndose limitado la recurrente a manifestar la dificultad de invocar una sentencia de contraste que le permitiera acudir a la vía casacional, pese a lo cual debería al menos haber agotado dicha posibilidad, solicitando el amparo una vez se hubiese dictado resolución de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina.

Con respecto a la denuncia sobre violación del art. 24 CE por inadmisión de pruebas y quebrantamiento de los principios de igualdad en el proceso, entiende que, como señala el Tribunal Superior de Justicia en su Sentencia, lo que la parte actora pretendía probar con la prueba de reproducción magnetofónica fue expresamente reconocido por los representantes de las empresas demandadas, lo que hacía inútil su práctica. Y, en segundo lugar, que la restricción de la prueba testifical no le causó indefensión, siendo carga del recurrente probar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas no practicadas.

Por lo que se refiere a la denuncia sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, considera que la Sentencia recurrida ha cumplido escrupulosamente con su misión de efectuar una interpretación y aplicación del Derecho aplicable al caso concreto, sin que suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el que no se hayan interpretado los preceptos denunciados tal y como interesaba la parte recurrente. En todo caso, la extinción de los contratos de trabajo operada por Unigel, S.L., aunque coincidió en el tiempo con una situación de conflictividad social y con una denuncia por cesión ilegal interpuesta por los trabajadores, no tuvo como móvil o causa la represalia a sus trabajadores por haber ejercitado acciones le-

gales, sino que su causa obedeció a la pérdida del contrato mercantil y, por ende, a encontrarse con 24 trabajadores a los que no podía dar ocupación. Al no tener Unigel, S.L. poder de disposición sobre la continuidad del vínculo mercantil nada podía haber hecho para evitar el despido de los trabajadores, debiendo acudir a éste como único remedio para garantizar precisamente la viabilidad de la propia empresa en sus otros centros productivos, y ello pese a tener que soportar las indemnizaciones derivadas de los despidos y de las extinciones de los contratos temporales. Aunque a efectos dialécticos se pudiera asumir que Samoa Industrial, S.A. tomó la decisión de extinguir la contrata mercantil para vulnerar los derechos fundamentales de la demandante (cuestión que entiende no se corresponde con la realidad), la causa de extinción del contrato de trabajo por parte de Unigel, S.L. difirió radicalmente de esos hipotéticos planteamientos, al no haber sido quien adoptó la decisión de finalización del contrato de arrendamiento de servicios ni haberse acreditado en hechos probados que tal extinción obedeciese a una decisión conjunta de ambas empresas.

10. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 18 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

11. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 20 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda. En relación con la limitación del número de testigos, sin perjuicio de apreciar en la actuación del órgano judicial determinados elementos susceptibles de afectar al derecho a la

defensa del demandante, señala que la queja no se acompaña de la indicación de ningún dato concreto respecto del que alguno de los testigos rechazados hubiera podido declarar, ni sobre la relevancia de dicho extremo para la resolución del pleito, ni se combate ningún extremo fáctico acreditado que hubiera podido variarse de haberse practicado la prueba denegada, por lo que la queja debe rechazarse, al no señalarse los hechos que se quisieron y no pudieron probar, más allá de la genérica alusión a la complejidad del caso, y no acreditarse tampoco la relación entre dichos hechos y la prueba no practicada, ni que dicha práctica le hubiera resultado procesalmente beneficiosa. Y respecto de la grabación magnetofónica, el demandante tampoco refuta la afirmación de la Sentencia de suplicación de que su omisión hubiera podido ser suplida por la parte por el cauce procedimental del art. 191.b) LPL; por otra parte, de la alegación del demandante se desprende que la prueba se refería a hechos acaecidos con posterioridad a la decisión extintiva, hechos que, en todo caso, considera la Sentencia de suplicación irrelevantes para alterar el sentido del fallo. En consecuencia, al no rebatirse que la omisión de la prueba se hubiera podido subsanar en el recurso de suplicación, no constatarse de modo fehaciente que con su práctica se hubieran podido acreditar los hechos que se pretendía acreditar y derivarse que tal extremo, aún acreditado, no era considerado relevante para la resolución del pleito, tampoco esta segunda queja de indefensión puede ser asumida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración de los derechos a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE), señala el Fiscal que la queja carece de toda argumentación en la demanda, por lo que la concurrencia de tales vulneraciones debe ser descartada, al incumplir la demandante la carga de argumentación que le in-

cumbe, no existiendo, por lo demás, en las actuaciones nada que permita considerar implicado el primero de los derechos mencionados, ni en su vertiente individual ni en la colectiva, y no habiéndose aportado tampoco por el demandante ningún término válido de comparación, imprescindible para poder sostener la vulneración del segundo.

Entrando finalmente en la queja referida a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad, pone de relieve el Ministerio público cómo la Sentencia reconoció que el trabajador había aportado indicios de que la decisión extintiva fuese reactiva al ejercicio de derechos fundamentales por el trabajador, pero entendió que la empresa había aportado una justificación que neutralizaba tales indicios, cual era la rescisión del contrato de servicios, razón por la cual consideró irrelevante toda conjetura sobre la coordinación de voluntades de las empresas. Esta conclusión, sin embargo, es difícilmente asumible, pues supone legitimar cualquier acuerdo entre las empresas, que ellas pudieran ultimar en virtud de sus estrictos intereses, cuando tales acuerdos tenían como consecuencia evidente la extinción de una pluralidad de contratos de trabajo, avalando que el acuerdo se pudiera tomar para desconocer o reprimir los derechos fundamentales de los trabajadores, al tiempo que se afirma, para resaltar el pretendido interés de la empleadora en no ver rescindido el contrato mercantil, todo cuanto puso en marcha para que la confrontación laboral no repercutiese en la empresa contratante, y cómo se plegó a la práctica totalidad de las exigencias y reivindicaciones de los trabajadores, imponiendo como única y formal exigencia que retirasen la denuncia de cesión ilegal de mano de obra contra aquella. Este razonamiento, afirma el Ministerio Fiscal, no deja de causar perplejidad, pues se da por válida la ex-

extinción de un contrato de trabajo por la concurrencia de una causa pactada en el mismo, concurrencia que se activó sin causa justificada alguna derivada de la relación entre las empresas, considerando al mismo tiempo irrelevante la existencia de un concierto entre las mismas, al tiempo que se acepta que la razón última de que tal extinción se hubiera producido fue una denuncia que implicaba a ambas empresas, y cuya retirada fue la única condición impuesta por la empleadora para que la extinción no se produjera.

La Sentencia de suplicación hizo suyo también este argumento, aunque afirmó que la extinción del contrato mercantil tuvo por causa una modificación de las tarifas, extremo éste que no figura acreditado en la Sentencia de instancia, al que da valor estelar, aunque luego lo relativice al considerar que la extinción de dicho contrato tuvo por causa la conflictividad laboral. Esta Sentencia, que en su fundamento de derecho segundo in fine había denegado la revisión fáctica pretendida por el trabajador para acreditar la implicación de la empresa principal en el conflicto laboral de la contratista, por considerarla irrelevante en el sentido del fallo, en su fundamento de derecho cuarto da un valor decisivo a la ausencia de connivencia entre las empresas que, por un lado, impide acreditar, y, por otro, deduce de una previa rescisión parcial por incremento de tarifas que aparece por completo ajena a lo debatido y probado en el caso de autos, de un acuerdo entre la empresa principal y sus trabajadores que tampoco guarda relación con lo acaecido, del desconocimiento por la empresa principal de la denuncia por cesión ilegal cuya acreditación ha considerado irrelevante, y de los intentos de la empleadora de mantener la contrata que tampoco están acreditados, constando por el contrario con valor de hecho probado en la Sentencia de instancia que

los únicos intentos que hizo la contratista fueron frente a sus trabajadores y con el objeto de que excluyeran de sus reivindicaciones a la otra empresa.

En suma, ambas resoluciones judiciales tuvieron por acreditado que el trabajador había aportado indicios de lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva y, sin embargo, los consideraron neutralizados en virtud de una causa que sólo tendría razón de ser si ambas empresas no hubieran actuado de consuno para impedir el legítimo ejercicio por los trabajadores de sus derechos fundamentales, negándose al mismo tiempo a analizar tal concierto por entenderlo irrelevante, o rechazándolo prescindiendo del *factum* acreditado. Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, se anulen las Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

12. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Segunda de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

13. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado

de lo Social núm. 3 de Gijón en autos 557-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario, las representaciones procesales de Samoa Industrial, S.A. y Unigel, S.L., entidades mercantiles comparecidas en el presente proceso constitucional, interesan la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Previamente, Unigel, S.L. aduce la inadmisibilidad de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Por su parte, Samoa Industrial, S.A. alega adicionalmente que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos funda-

mentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L. en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

Previamente, la STC 76/2010 rechazó, en su fundamento jurídico 3, el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel S.L., de conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la exigibilidad de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito para el agotamiento de la vía judicial previa (entre las más recientes, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 2/2009, de 19 de enero, FJ 2).

Resuelto lo anterior, tanto la STC 76/2010 como la STC 75/2010 otorgaron el amparo a los demandantes, por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido,

siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, y tras rechazar el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel, S.L. (por las mismas razones expresadas en la STC 76/2010, FJ 3), debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las di-

ficultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L. de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A. de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Diego Camiña González y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerle en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 557-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de 2010.–*María Emilia Casas Baamonde*.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–*Javier Delgado Barrio*.–*Elisa Pérez Vera*.–*Eugenio Gay Montalvo*.–*Jorge Rodríguez Zapata Pérez*.–*Ramón Rodríguez Arribas*.–*Pascual Sala Sánchez*.–*Manuel Aragón Reyes*.–*Pablo Pérez Tremps*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3571-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el cri-

terio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3571-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3571-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que ya he manifestado mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid a, dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3571-2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se

han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 101/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3572-2006. Promovido por don Alfredo Puerto Horcajo respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3572-2006, promovido por don Alfredo Puerto Horcajo, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñiz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sen-

tencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 608-2005, sobre despido. Ha sido parte la entidad mercantil Samoa Industrial, S. A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Alfredo Puerto Horcajo, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S. L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S. A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S. L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S. A.; Samoa Industrial, S. A., y Unigel, S. L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, sep-

tiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S. L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S. A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S. A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S. L., comunicó a Samoa Industrial, S. A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S. A., comunicó a Unigel, S. L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S. L.

d) Los trabajadores de Unigel, S. L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S. L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S. A. Los trabajadores de Unigel, S. L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S. A.

e) La empresa Samoa Industrial, S. A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo tem-

poral, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S. A., comunicó a Unigel, S. L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S. L., comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S. A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S. L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S. A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S. A. En segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S. L., rechaza también la preten-

sión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S. L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción –especificada ab initio en el contrato de trabajo– y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S. A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S. L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la declaración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el art. 49.1.b) de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia interpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los tra-

bajadores de Unigel, S. L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S. A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del art. 191.b) de la Ley de procedimiento laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S. A., en el conflicto laboral de Unigel, S. L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del art. 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexis-

tencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre fijez, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S. A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S. L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º, la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores,

cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º, el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S. A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º, la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y, 4.º, las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S. L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S. A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S. L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba

testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testificales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S. A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas, que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir

el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S. A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S. A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, pri-

mero declare la nulidad de actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 euros por daños.

4. Por providencia de 14 de junio de 2007 la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se requiriese atentamente al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón y a la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias para que en el plazo de diez días remitieran respectivamente testimonio de sus autos demanda 608-2005 y del recurso de suplicación núm. 4555-2005, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo que aparecía ya personada, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante escrito registrado el día 23 de julio de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S. A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 29 de octubre de 2007 se acordó tener por recibido el escrito del Procurador don Nicolás Álvarez Real, a quien se tuvo por personado y parte en nombre y representación de Samoa Industrial, S. A.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2007 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, así como, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

8. Mediante escrito registrado el día 21 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S. A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del art. 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del art. 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de

obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S. L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de convivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir convivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S. A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S. A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de em-

presa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

9. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 4 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

10. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 7 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda, al entender que la justificación ofrecida en las resoluciones judiciales recurridas para rechazar la práctica de las pruebas propuestas resulta absolutamente sólida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, considera el Ministerio Fiscal que la alegación del recurrente parece basarse en el hecho de haberse visto privado el actor de la garantía de estabilidad en el empleo que hubiese debido disfrutar si, en vez de prestar servicios para Unigel, S. L., lo hubiera hecho directamente para la empresa subcontratante, en cuyas dependencias prestaba servicios. Pues bien, tal alegación, además de basarse en una supuesta realidad que no ha sido declarada como tal por los órganos judiciales –la cesión ilegal de trabajadores de una empresa a otra–, no tiene en cuenta que, precisamente en

razón de ese reconocimiento judicial de la dual concurrencia de empresas con sus respectivas estructuras organizativas, no resulta posible establecer entre ellas un término adecuado de comparación, de forma que la causa invocada por Unigel, S. L., para rescindir el contrato del trabajador puede tener en el caso de la empresa subcontratista una justificación no trasladable, en principio, a la empresa subcontratante, por lo que la pretensión de estabilidad en el empleo no es la misma en uno y otro caso.

Finalmente, por lo que se refiere a la invocación de los derechos fundamentales a la huelga, a la libertad sindical y a la tutela judicial efectiva, señala el Fiscal que cabe hacer una valoración conjunta de todos esos supuestos, en tanto los efectos derivados de tal pretendido reconocimiento se resumen en todos los casos en la calificación del despido como nulo, si es que fuera posible establecer como causa de éste una previa decisión empresarial que pretende, con el acto extintivo de la relación laboral, desconocer el ámbito de protección que al trabajador reservan los citados derechos fundamentales. Tras recordar las circunstancias del caso, tal y como se desprenden de los hechos probados, resalta el Fiscal cómo ambas resoluciones judiciales recurridas han partido de la existencia de indicios de discriminación que obligaban a situar en el campo de la empresa el gravamen de demostrar que detrás de la decisión empresarial no se hallaba ningún interés por sancionar la previa actuación del trabajador, que, en unión de sus compañeros, había emprendido determinadas actuaciones pretendiendo mejoras sociales, y para lo que no habían dudado en efectuar en tres ocasiones sucesivas sendas convocatorias de huelga, así como una denuncia por cesión ilegal de mano de obra ante la Inspección de Trabajo. Siendo ello así, las Sentencias recurridas desestiman la demanda del recurrente y consideran válida la extinción contrac-

tual por el hecho de que la relación laboral que unía a las partes no fuera indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S. A. Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el actor fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en su manifestación de garantía de indemnidad, se anulen las Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

11. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, re-

cabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

12. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón en autos 608-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 28.1 y 24.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía

de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario la representación de Samoa Industrial, S. A., entidad mercantil comparecida en el presente proceso constitucional, interesa la denegación del amparo al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Adicionalmente señala que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad de Samoa Industrial, S. A., en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponer a Samoa Industrial, S. A., ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S. L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S. A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

En dichas Sentencias el Tribunal otorgó el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva

(art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S. L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S. A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S. L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S. L., de la obligación de read-

mitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S. A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S. L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S. A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Alfredo Puerto Horcajo y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva

(art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerle en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 608-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3572-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magis-

trados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3572-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3572-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquella.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3572-2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se

han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 102/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3573-2006. Promovido por don Basilio Fernández Sánchez respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3573-2006, promovido por don Basilio Fernández Sánchez, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñiz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra

la Sentencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 607-2005, sobre despido. Han sido parte las entidades mercantiles Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso, y Unigel, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno y asistida del Letrado don Germán Aranda León. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Basilio Fernández Sánchez, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual.

Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S.L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S.L., comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S.L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En

segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L., rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción—especificada ab initio en el contrato de trabajo— y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la declaración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el art. 49.1.b) Ley del estatuto de los trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia interpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente

en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los trabajadores de Unigel, S.L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del art. 191.b) Ley de procedimiento laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del art. 43 LET, por

considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre firmeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º, la previa rescisión parcial de la contrata comunicada

en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º, el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su Comité de Empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º, la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquélla de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y, 4.º, las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testimoniales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas,

que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solici-

tado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, 1.º declare la nulidad de actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; 2.º declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesoria de 6.000 € por daños.

4. Por providencia de 10 de julio de 2007 la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, se dirigiese atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 4496-2005 y a los autos núm. 607-2005, respectivamente, así como a dicho Juzgado para que procediese previamente al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. Mediante escrito registrado el día 7 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno, actuando en nombre y representación de Unigel, S.L., solicitó que se le tuviera por comparecido y personado a todos los efectos.

6. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Ál-

varez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 19 de noviembre de 2007 se acordó tener por personados y parte en el procedimiento a los Procuradores don Nicolás Álvarez Real y don José Lledo Moreno, en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., y de Unigel, S.L., respectivamente, así como dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTIC.

8. Mediante escrito registrado el día 28 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del art. 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del art. 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos

elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: En primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de connivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir connivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar

el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

9. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 11 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda, al entender que la justificación ofrecida en las resoluciones judiciales recurridas para rechazar la práctica de las pruebas propuestas resulta absolutamente sólida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, considera el Ministerio Fiscal que la alegación del recurrente parece basarse en el hecho de haberse visto privado el actor de la garantía de estabilidad en el empleo que hubiese debido disfrutar si, en vez de prestar servicios para Unigel, S.L., lo hubiera hecho directamente para la empresa subcontratante, en cuyas dependencias prestaba servicios. Pues bien, tal alegación, además de basarse en una supuesta realidad que no ha sido declarada como tal por los órganos judiciales –la cesión ilegal de trabajadores de una empresa a otra–, no tiene en cuenta que, precisamente en razón de ese reconocimiento judicial de la dual concurrencia de em-

presas con sus respectivas estructuras organizativas, no resulta posible establecer entre ellas un término adecuado de comparación, de forma que la causa invocada por Unigel, S.L., para rescindir el contrato del trabajador puede tener en el caso de la empresa subcontratista una justificación no trasladable, en principio, a la empresa subcontratante, por lo que la pretensión de estabilidad en el empleo no es la misma en uno y otro caso.

Finalmente, por lo que se refiere a la invocación de los derechos fundamentales a la huelga, a la libertad sindical y a la tutela judicial efectiva, señala el Fiscal que cabe hacer una valoración conjunta de todos esos supuestos, en tanto los efectos derivados de tal pretendido reconocimiento se resumen en todos los casos en la calificación del despido como nulo, si es que fuera posible establecer como causa de éste una previa decisión empresarial que pretende, con el acto extintivo de la relación laboral, desconocer el ámbito de protección que al trabajador reservan los citados derechos fundamentales. Tras recordar las circunstancias del caso, tal y como se desprenden de los hechos probados, resalta el Fiscal cómo ambas resoluciones judiciales recurridas han partido de la existencia de indicios de discriminación que obligaban a situar en el campo de la empresa el gravamen de demostrar que detrás de la decisión empresarial no se hallaba ningún interés por sancionar la previa actuación del trabajador, que, en unión de sus compañeros, había emprendido determinadas actuaciones pretendiendo mejoras sociales, y para lo que no habían dudado en efectuar en tres ocasiones sucesivas sendas convocatorias de huelga, así como una denuncia por cesión ilegal de mano de obra ante la Inspección de Trabajo. Siendo ello así, las Sentencias recurridas desestiman la demanda del recurrente y consideran válida la extinción

contractual por el hecho de que la relación laboral que unía a las partes no fuera indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A. Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el actor fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en su manifestación de garantía de indemnidad, se anulen las Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

10. Mediante escrito registrado el día 17 de diciembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Unigel, S.L., inte-

resando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala en primer lugar la empresa personada que la demanda de amparo no cumple los requisitos del art. 44.1 LOTC, al no haberse agotado la vía judicial precedente mediante la interposición del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, habiéndose limitado la recurrente a manifestar la dificultad de invocar una Sentencia de contraste que le permitiera acudir a la vía casacional, pese a lo cual debería al menos haber agotado dicha posibilidad, solicitando el amparo una vez se hubiese dictado resolución de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina.

Con respecto a la denuncia sobre violación del art. 24 CE por inadmisión de pruebas y quebrantamiento de los principios de igualdad en el proceso, entiende que, como señala el Tribunal Superior de Justicia en su Sentencia, lo que la parte actora pretendía probar con la prueba de reproducción magnetofónica fue expresamente reconocido por los representantes de las empresas demandadas, lo que hacía inútil su práctica. Y, en segundo lugar, que la restricción de la prueba testifical no le causó indefensión, siendo carga del recurrente probar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas no practicadas.

Por lo que se refiere a la denuncia sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, considera que la Sentencia recurrida ha cumplido escrupulosamente con su misión de efectuar una interpretación y aplicación del Derecho aplicable al caso concreto, sin que suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el que no se hayan interpretado los preceptos denunciados tal y como interesaba la parte recurrente. En todo caso, la extinción de los contratos de trabajo operada por Unigel,

S.L., aunque coincidió en el tiempo con una situación de conflictividad social y con una denuncia por cesión ilegal interpuesta por los trabajadores, no tuvo como móvil o causa la represalia a sus trabajadores por haber ejercitado acciones legales, sino que su causa obedeció a la pérdida del contrato mercantil y, por ende, a encontrarse con 24 trabajadores a los que no podía dar ocupación. Al no tener Unigel, S.L., poder de disposición sobre la continuidad del vínculo mercantil nada podía haber hecho para evitar el despido de los trabajadores, debiendo acudir a éste como único remedio para garantizar precisamente la viabilidad de la propia empresa en sus otros centros productivos, y ello pese a tener que soportar las indemnizaciones derivadas de los despidos y de las extinciones de los contratos temporales. Aunque a efectos dialécticos se pudiera asumir que Samoa Industrial, S.A., tomó la decisión de extinguir la contrata mercantil para vulnerar los derechos fundamentales de la demandante (cuestión que entiende no se corresponde con la realidad), la causa de extinción del contrato de trabajo por parte de Unigel, S.L., difirió radicalmente de esos hipotéticos planteamientos, al no haber sido quien adoptó la decisión de finalización del contrato de arrendamiento de servicios ni haberse acreditado en hechos probados que tal extinción obedeciese a una decisión conjunta de ambas empresas.

11. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 18 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

12. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Segunda de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

13. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón en autos 607-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judi-

ciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario, las representaciones procesales de Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., entidades mercantiles comparecidas en el presente proceso constitucional, interesan la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Previamente, Unigel, S.L., aduce la inadmisibilidad de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Por su parte, Samoa Industrial, S.A., alega adicionalmente que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

Previamente, la STC 76/2010 rechazó, en su fundamento jurídico 3, el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel S.L.,

de conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la exigibilidad de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito para el agotamiento de la vía judicial previa (entre las más recientes, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 2/2009, de 19 de enero, FJ 2).

Resuelto lo anterior, tanto la STC 75/2010 como la STC 76/2010 otorgaron el amparo a los demandantes, por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, y tras rechazar el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel, SL (por las mismas razones expresadas en la STC 76/2010, FJ 3), debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que

venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, SA» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida

por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Basilio Fernández Sánchez y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerlo en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 607-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde*.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–*Javier Delgado Barrio*.–*Elisa Pérez Vera*.–*Eugenio Gay Montalvo*.–*Jorge Rodríguez Zapata Pérez*.–*Ramón Rodríguez Arribas*.–*Pascual Sala Sánchez*.–*Manuel Aragón Reyes*.–*Pablo Pérez Tremps*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3573-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3573-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3573-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3573-2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disentimiento con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la

ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez*.–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 103/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3574-2006. Promovido por don Denis Antonio Rapuano Barbón respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel

Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3574-2006, promovido por don Denis Antonio Rapuano Barbón, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñiz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 609-2005, sobre despido. Ha sido parte la entidad mercantil Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Denis Antonio Rapuano Barbón, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las sec-

ciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S.L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S.L., comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S.L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nu-

lidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L., rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción –especificada ab initio en el contrato de trabajo– y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la de-

claración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el art. 49.1.b) de la Ley del estatuto de los Trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia interpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los trabajadores de Unigel, S.L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por

entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del art. 191.b) de la Ley de procedimiento laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del art. 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre firmeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para

dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquélla de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y, 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en

primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se

van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testificales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas, que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa In-

dustrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 € por daños.

4. Por providencia de 13 de junio de 2007 la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), se requiriese atentamente al Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón para que en el plazo de diez días remitiesen respectivamente testimonio del recurso de suplicación núm. 4498-2005 y autos sobre despido 609-2005, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la re-

currente en amparo que aparecía ya personada, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2007 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias y por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón y el escrito del Procurador don Nicolás Álvarez Real, a quien se tuvo por personado y parte en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., así como, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

7. Mediante escrito registrado el día 21 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del art. 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la

prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del art. 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de connivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir connivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con

lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

8. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 4 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

9. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 7 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda, al entender que la justificación ofrecida en las resoluciones judiciales recurridas para rechazar la práctica de las pruebas propuestas resulta absolutamente sólida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, considera el Ministerio Fiscal que la alegación del recurrente parece basarse en el hecho de haberse visto privado el actor de la garantía de estabilidad en el empleo que hubiese debido disfrutar si, en vez de prestar servicios para Unigel, S.L., lo hubiera hecho directamente para la empresa subcontratante, en cuyas dependencias prestaba servicios. Pues bien, tal alegación, además de basarse en una supuesta realidad que no ha sido declarada como tal por los órganos judiciales –la cesión ilegal de trabajadores de una empresa a otra–, no tiene en cuenta que, precisamente en razón de ese reconocimiento judicial de la dual concurrencia de empresas con sus respectivas estructuras organizativas, no resulta posible establecer entre ellas un término adecuado de comparación, de forma que la causa invocada por Unigel, S.L., para rescindir el contrato del trabajador puede tener en el caso de la empresa subcontratista una justificación no trasladable, en principio, a la empresa subcontratante, por lo que la pretensión de estabilidad en el empleo no es la misma en uno y otro caso.

Finalmente, por lo que se refiere a la invocación de los derechos fundamentales a la huelga, a la libertad sindical y a la tutela judicial efectiva, señala el Fiscal que cabe hacer una valoración conjunta de todos esos supuestos, en tanto los efectos derivados de tal pretendido reconocimiento se resumen en todos los casos en la calificación del despido como nulo, si es que fuera posible establecer como causa de éste una previa decisión empresarial que pretende, con el acto extintivo de la relación laboral, desconocer el ámbito de protección que al trabajador reservan los citados derechos fundamentales. Tras recordar las circunstancias del caso, tal y como se desprenden de los hechos pro-

bados, resalta el Fiscal cómo ambas resoluciones judiciales recurridas han partido de la existencia de indicios de discriminación que obligaban a situar en el campo de la empresa el gravamen de demostrar que detrás de la decisión empresarial no se hallaba ningún interés por sancionar la previa actuación del trabajador, que, en unión de sus compañeros, había emprendido determinadas actuaciones pretendiendo mejoras sociales, y para lo que no habían dudado en efectuar en tres ocasiones sucesivas sendas convocatorias de huelga, así como una denuncia por cesión ilegal de mano de obra ante la Inspección de Trabajo. Siendo ello así, las Sentencias recurridas desestiman la demanda del recurrente y consideran válida la extinción contractual por el hecho de que la relación laboral que unía a las partes no fuera indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A. Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el actor fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con

los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en su manifestación de garantía de indemnidad, se anulen las Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

10. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 7 de abril de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón en autos 599-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el nú-

mero de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario, la representación procesal de Samoa Industrial, S.A., entidad mercantil comparecida en el presente proceso constitucional, interesa la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Adicionalmente, señala Samoa Industrial, S.A., que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que ampara

la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

En dichas Sentencias el Tribunal otorgó el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los

salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, SA» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como

una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Denis Antonio Rapuano Barbón y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerle en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 609-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde*.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Javier Delgado Barrio*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—*Manuel Aragón Reyes*.—*Pablo Pérez Tremps*.—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3574-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3574-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3574-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3574-2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la

ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 104/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3575-2006. Promovido por don Iván Menéndez Gallego respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel

Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3575-2006, promovido por don Iván Menéndez Gallego, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñiz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 604-2005, sobre despido. Ha sido parte la entidad mercantil Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Iván Menéndez Gallego, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las sec-

ciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S.L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S.L., comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S.L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nu-

lidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L., rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción –especificada ab initio en el contrato de trabajo– y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la de-

claración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el artículo 49.1.b) de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia interpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los trabajadores de Unigel, S.L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por

entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del artículo 191.b) de la Ley de procedimiento laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del artículo 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre firmeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para

dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comporta-

miento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que

la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testificales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas, que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó direc-

tamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de actuaciones, retro trayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 euros por daños.

4. Por providencia de 10 de julio de 2007, la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, se dirigiese atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 4494-2005 y a los autos núm. 588-2005, respectivamente, así como a dicho Juzgado para que pro-

cediese previamente al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. Mediante escrito registrado el día 14 de septiembre de 2007, el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 19 de noviembre de 2007 se acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Procurador don Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., así como dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimen pertinentes, conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

7. Mediante escrito registrado el día 28 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del artículo 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del artículo 14 CE no es razonada por el recurrente en

momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de convivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir convivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiere como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del

despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 11 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda, al entender que la justificación ofrecida en las resoluciones judiciales recurridas para rechazar la práctica de las pruebas propuestas resulta absolutamente sólida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, considera el Ministerio Fiscal que la alegación del recurrente parece basarse en el hecho de haberse visto privado el actor de la garantía de estabilidad en el empleo que hubiese debido disfrutar si, en vez de prestar servicios para Unigel, S.L., lo hubiera hecho directamente para la empresa subcontratante, en cuyas dependencias prestaba servi-

cios. Pues bien, tal alegación, además de basarse en una supuesta realidad que no ha sido declarada como tal por los órganos judiciales —la cesión ilegal de trabajadores de una empresa a otra—, no tiene en cuenta que, precisamente en razón de ese reconocimiento judicial de la dual concurrencia de empresas con sus respectivas estructuras organizativas, no resulta posible establecer entre ellas un término adecuado de comparación, de forma que la causa invocada por Unigel, S.L., para rescindir el contrato del trabajador puede tener en el caso de la empresa subcontratista una justificación no trasladable, en principio, a la empresa subcontratante, por lo que la pretensión de estabilidad en el empleo no es la misma en uno y otro caso.

Finalmente, por lo que se refiere a la invocación de los derechos fundamentales a la huelga, a la libertad sindical y a la tutela judicial efectiva, señala el Fiscal que cabe hacer una valoración conjunta de todos esos supuestos, en tanto los efectos derivados de tal pretendido reconocimiento se resumen en todos los casos en la calificación del despido como nulo, si es que fuera posible establecer como causa de éste una previa decisión empresarial que pretende, con el acto extintivo de la relación laboral, desconocer el ámbito de protección que al trabajador reservan los citados derechos fundamentales. Tras recordar las circunstancias del caso, tal y como se desprenden de los hechos probados, resalta el Fiscal cómo ambas resoluciones judiciales recurridas han partido de la existencia de indicios de discriminación que obligaban a situar en el campo de la empresa el gravamen de demostrar que detrás de la decisión empresarial no se hallaba ningún interés por sancionar la previa actuación del trabajador, que, en unión de sus compañeros, había emprendido determinadas actuaciones pretendiendo mejoras sociales, y para lo que no habían dudado en efectuar en tres ocasiones sucesivas

sendas convocatorias de huelga, así como una denuncia por cesión ilegal de mano de obra ante la Inspección de Trabajo. Siendo ello así, las Sentencias recurridas desestiman la demanda del recurrente y consideran válida la extinción contractual por el hecho de que la relación laboral que unía a las partes no fuera indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A. Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el actor fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en su manifestación de garantía de indemnidad, se anulen las

Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

9. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 18 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

10. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Segunda de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón en autos 604-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de

huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario, la representación procesal de Samoa Industrial, S.A., entidad mercantil comparecida en el presente proceso constitucional, interesa la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Adicionalmente, señala Samoa Industrial, S.A., que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo

de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

En dichas Sentencias, el Tribunal otorgó el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales cir-

cunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2; y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTO-

RIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Iván Menéndez Gallego y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerlo en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 604-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugení Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3575-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la

medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3575-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3571-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que ya he manifestado mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010,

de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3575-2006

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez*.–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 105/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3576-2006. Promovido por don Miguel Ángel Menéndez Álvarez respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3576-2006, promovido por don Miguel Ángel

Menéndez Álvarez, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñiz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 605-2005, sobre despido. Han sido parte las entidades mercantiles Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso, y Unigel, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno y asistida del Letrado don Germán Aranda León. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Miguel Ángel Menéndez Álvarez, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de

Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato,

lo que llevó a Unigel, S.L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S.L., comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S.L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L., rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción –especificada ab initio en el contrato de trabajo– y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la declaración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el artículo 49.1.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia in-terpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los trabajadores de Unigel, S.L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del artículo 191.b) de la Ley de procedimiento laboral (LPL).

En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del artículo 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre firmeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato

de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquélla de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato

extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testificales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas, que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible

es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 € por daños.

4. Por providencia de 15 de junio de 2007, la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), se requiriese atentamente al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón y a la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias para que en el plazo de diez días remitieran respectivamente testimonio de sus autos demanda 605-2005 y del recurso de suplicación núm. 4492-2005, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo que aparecía ya personada, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante escrito registrado el día 7 de septiembre de 2007, el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno, actuando en nombre y representación de Unigel, S.L., solicitó que se le tuviera por comparecido y personado a todos los efectos.

6. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007, el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 13 de noviembre de 2007 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, y los escritos de los Procuradores don Nicolás Álvarez Real y don José Lledo Moreno, a quienes se tuvo por personados y parte en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., y de Unigel, S.L., respectivamente, así como, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

8. Mediante escrito registrado el día 21 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del artículo 92.1, LPL al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil

reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del artículo 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de connivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir connivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

9. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 4 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

10. Mediante escrito registrado el día 17 de diciembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Unigel, S.L., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala, en primer lugar, la empresa personada que la demanda de amparo no

cumple los requisitos del artículo 44.1 LOTC, al no haberse agotado la vía judicial procedente mediante la interposición del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, habiéndose limitado la recurrente a manifestar la dificultad de invocar una sentencia de contraste que le permitiera acudir a la vía casacional, pese a lo cual debería, al menos, haber agotado dicha posibilidad, solicitando el amparo una vez se hubiese dictado resolución de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina.

Con respecto a la denuncia sobre violación del artículo 24 CE por inadmisión de pruebas y quebrantamiento de los principios de igualdad en el proceso, entiende que, como señala el Tribunal Superior de Justicia en su Sentencia, lo que la parte actora pretendía probar con la prueba de reproducción magnetofónica fue expresamente reconocido por los representantes de las empresas demandadas, lo que hacía inútil su práctica. Y, en segundo lugar, que la restricción de la prueba testimonial no le causó indefensión, siendo carga del recurrente probar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas no practicadas.

Por lo que se refiere a la denuncia sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, considera que la Sentencia recurrida ha cumplido escrupulosamente con su misión de efectuar una interpretación y aplicación del Derecho aplicable al caso concreto, sin que suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el que no se hayan interpretado los preceptos denunciados tal y como interesaba la parte recurrente. En todo caso, la extinción de los contratos de trabajo operada por Unigel, S.L., aunque coincidió en el tiempo con una situación de conflictividad social y con una denuncia por cesión ilegal interpuesta por los trabajadores, no tuvo

como móvil o causa la represalia a sus trabajadores por haber ejercitado acciones legales, sino que su causa obedeció a la pérdida del contrato mercantil y, por ende, a encontrarse con 24 trabajadores a los que no podía dar ocupación. Al no tener Unigel, S.L., poder de disposición sobre la continuidad del vínculo mercantil nada podía haber hecho para evitar el despido de los trabajadores, debiendo acudir a éste como único remedio para garantizar precisamente la viabilidad de la propia empresa en sus otros centros productivos, y ello pese a tener que soportar las indemnizaciones derivadas de los despidos y de las extinciones de los contratos temporales. Aunque a efectos dialécticos se pudiera asumir que Samoa Industrial, S.A., tomó la decisión de extinguir la contrata mercantil para vulnerar los derechos fundamentales de la demandante (cuestión que entiende no se corresponde con la realidad), la causa de extinción del contrato de trabajo por parte de Unigel, S.L., difirió radicalmente de esos hipotéticos planteamientos, al no haber sido quien adoptó la decisión de finalización del contrato de arrendamiento de servicios ni haberse acreditado en hechos probados que tal extinción obedeciese a una decisión conjunta de ambas empresas.

11. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 20 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda. En relación con la limitación del número de testigos, sin perjuicio de apreciar en la actuación del órgano judicial determinados elementos susceptibles de afectar al derecho a la defensa del demandante, señala que la queja no se acompaña de la indicación de ningún dato concreto res-

pecto del que alguno de los testigos rechazados hubiera podido declarar, ni sobre la relevancia de dicho extremo para la resolución del pleito, ni se combate ningún extremo fáctico acreditado que hubiera podido variarse de haberse practicado la prueba denegada, por lo que la queja debe rechazarse, al no señalarse los hechos que se quisieron y no pudieron probar, más allá de la genérica alusión a la complejidad del caso, y no acreditarse tampoco la relación entre dichos hechos y la prueba no practicada, ni que dicha práctica le hubiera resultado procesalmente beneficiosa. Y respecto de la grabación magnetofónica, el demandante tampoco refuta la afirmación de la Sentencia de suplicación de que su omisión hubiera podido ser suplida por la parte por el cauce procedimental del artículo 191.b) LPL; por otra parte, de la alegación del demandante se desprende que la prueba se refería a hechos acaecidos con posterioridad a la decisión extintiva, hechos que, en todo caso, considera la Sentencia de suplicación irrelevantes para alterar el sentido del fallo. En consecuencia, al no rebatirse que la omisión de la prueba se hubiera podido subsanar en el recurso de suplicación, no constatarse de modo fehaciente que con su práctica se hubieran podido acreditar los hechos que se pretendía acreditar y derivarse que tal extremo, aún acreditado, no era considerado relevante para la resolución del pleito, tampoco esta segunda queja de indefensión puede ser asumida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración de los derechos a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE), señala el Fiscal que la queja carece de toda argumentación en la demanda, por lo que la concurrencia de tales vulneraciones debe ser descartada, al incumplir la demandante la carga de argumentación que le incumbe, no existiendo, por lo demás, en las actuaciones nada que

permita considerar implicado el primero de los derechos mencionados, ni en su vertiente individual ni en la colectiva, y no habiéndose aportado tampoco por el demandante ningún término válido de comparación, imprescindible para poder sostener la vulneración del segundo.

Entrando, finalmente, en la queja referida a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad, pone de relieve el Ministerio Público cómo la Sentencia reconoció que el trabajador había aportado indicios de que la decisión extintiva fuese reactiva al ejercicio de derechos fundamentales por el trabajador, pero entendió que la empresa había aportado una justificación que neutralizaba tales indicios, cual era la rescisión del contrato de servicios, razón por la cual consideró irrelevante toda conjetura sobre la coordinación de voluntades de las empresas. Esta conclusión, sin embargo, es difícilmente asumible, pues supone legitimar cualquier acuerdo entre las empresas, que ellas pudieran ultimar en virtud de sus estrictos intereses, cuando tales acuerdos tenían como consecuencia evidente la extinción de una pluralidad de contratos de trabajo, avalando que el acuerdo se pudiera tomar para desconocer o reprimir los derechos fundamentales de los trabajadores, al tiempo que se afirma, para resaltar el pretendido interés de la empleadora en no ver rescindido el contrato mercantil, todo cuanto puso en marcha para que la confrontación laboral no repercutiese en la empresa contratante, y cómo se plegó a la práctica totalidad de las exigencias y reivindicaciones de los trabajadores, imponiendo como única y formal exigencia que retirasen la denuncia de cesión ilegal de mano de obra contra aquélla. Este razonamiento, afirma el Ministerio Fiscal, no deja de causar perplejidad, pues se da por válida la extinción de un contrato de

trabajo por la concurrencia de una causa pactada en el mismo, concurrencia que se activó sin causa justificada alguna derivada de la relación entre las empresas, considerando al mismo tiempo irrelevante la existencia de un concierto entre las mismas, al tiempo que se acepta que la razón última de que tal extinción se hubiera producido fue una denuncia que implicaba a ambas empresas, y cuya retirada fue la única condición impuesta por la empleadora para que la extinción no se produjera.

La Sentencia de suplicación hizo suyo también este argumento, aunque afirmó que la extinción del contrato mercantil tuvo por causa una modificación de las tarifas, extremo éste que no figura acreditado en la Sentencia de instancia, al que da valor estelar, aunque luego lo relativice al considerar que la extinción de dicho contrato tuvo por causa la conflictividad laboral. Esta Sentencia, que en su fundamento de Derecho segundo in fine había denegado la revisión fáctica pretendida por el trabajador para acreditar la implicación de la empresa principal en el conflicto laboral de la contratista, por considerarla irrelevante en el sentido del fallo, en su fundamento de Derecho cuarto da un valor decisivo a la ausencia de connivencia entre las empresas que, por un lado, impide acreditar, y, por otro, deduce de una previa rescisión parcial por incremento de tarifas que aparece por completo ajena a lo debatido y probado en el caso de autos, de un acuerdo entre la empresa principal y sus trabajadores que tampoco guarda relación con lo acaecido, del desconocimiento por la empresa principal de la denuncia por cesión ilegal cuya acreditación ha considerado irrelevante, y de los intentos de la empleadora de mantener la contrata que tampoco están acreditados, constando por el contrario con valor de hecho probado en la Sentencia de instancia que los únicos intentos que hizo la contra-

tista fueron frente a sus trabajadores y con el objeto de que excluyeran de sus reivindicaciones a la otra empresa.

En suma, ambas resoluciones judiciales tuvieron por acreditado que el trabajador había aportado indicios de lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva y, sin embargo, los consideraron neutralizados en virtud de una causa que sólo tendría razón de ser si ambas empresas no hubieran actuado de consuno para impedir el legítimo ejercicio por los trabajadores de sus derechos fundamentales, negándose al mismo tiempo a analizar tal concierto por entenderlo irrelevante, o rechazándolo prescindiendo del *factum* acreditado. Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, se anulen las Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

12. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

13. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de duplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo So-

cial núm. 3 de Gijón en autos 605-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario, las representaciones procesales de Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., entidades mercantiles comparecidas en el presente proceso constitucional, interesan la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Previamente, Unigel, S.L., aduce la inadmisibilidad de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Por su parte, Samoa Industrial, S.A., alega adicionalmente que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del traba-

jador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, mas que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

Previamente, la STC 76/2010 rechazó, en su fundamento jurídico 3, el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel S.L., de conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la exigibilidad de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito para el agotamiento de la vía judicial previa (entre las más recientes, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 2/2009, de 19 de enero, FJ 2).

Resuelto lo anterior, tanto la STC 76/2010 como la STC 75/2010 otorgaron el amparo a los demandantes, por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como

consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, y tras rechazar el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel, SL (por las mismas razones expresadas en la STC 76/2010, FJ 3), debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la

obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2, y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Miguel Ángel Menéndez Álvarez y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva

(art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerle en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 605-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3576-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magis-

trados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3576-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3576/2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3576-2006

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se

han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 106/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3577-2006. Promovido por don José Carlos Turanza Lobato respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3577-2006, promovido por don José Carlos Turanza Lobato, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñoz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sen-

tencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 606-2005, sobre despido. Ha sido parte la entidad mercantil Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don José Carlos Turanza Lobato, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de

septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S.L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de

trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S.L., comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S.L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L., rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por

considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción –especificada ab initio en el contrato de trabajo– y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la declaración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el artículo 49.1.b) de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia interpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente en una grabación magnetofónica con las conversaciones mante-

nidas entre los trabajadores de Unigel, S.L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del artículo 191.b) de la Ley de procedimiento laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del artículo 43 LET, por considerar que la conclusión de la

Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre fijeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada

en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien, en todo caso, y por razones ajenas a su voluntad, se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testimoniales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas,

que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solici-

tado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 euros por daños.

4. Por providencia de 4 de julio de 2007, la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, se dirigiese atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 4493-2005 y a los autos núm. 606-2005, respectivamente, así como a dicho Juzgado para que procediese previamente al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 12 de noviembre de 2007 se acordó

tener por personado y parte en el procedimiento al Procurador don Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., así como dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimen pertinentes, conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

7. Mediante escrito registrado el día 21 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del artículo 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del artículo 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de

suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de convivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir convivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial

de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

8. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 4 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

9. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 7 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda, al entender que la justificación ofrecida en las resoluciones judiciales recurridas para rechazar la práctica de las pruebas propuestas resulta absolutamente sólida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, considera el Ministerio Fiscal que la alegación del recurrente parece basarse en el hecho de haberse visto privado el actor de la garantía de estabilidad en el empleo que hubiese debido disfrutar si, en vez de prestar servicios para Unigel, S.L., lo hubiera hecho directamente para la empresa subcontratante, en cuyas dependencias prestaba servicios. Pues bien, tal alegación, además de basarse en una supuesta realidad que no ha sido declarada como tal por los órganos judiciales –la cesión ilegal de trabajadores de una empresa a otra–, no tiene en cuenta que, precisamente en razón de ese reconocimiento judicial de la dual concurrencia de empresas con sus respectivas estructuras organizativas, no resulta posible establecer entre ellas un término adecuado de comparación, de

forma que la causa invocada por Unigel, S.L., para rescindir el contrato del trabajador puede tener en el caso de la empresa subcontratista una justificación no trasladable, en principio, a la empresa subcontratante, por lo que la pretensión de estabilidad en el empleo no es la misma en uno y otro caso.

Finalmente, por lo que se refiere a la invocación de los derechos fundamentales a la huelga, a la libertad sindical y a la tutela judicial efectiva, señala el Fiscal que cabe hacer una valoración conjunta de todos esos supuestos, en tanto los efectos derivados de tal pretendido reconocimiento se resumen en todos los casos en la calificación del despido como nulo, si es que fuera posible establecer como causa de éste una previa decisión empresarial que pretende, con el acto extintivo de la relación laboral, desconocer el ámbito de protección que al trabajador reservan los citados derechos fundamentales. Tras recordar las circunstancias del caso, tal y como se desprenden de los hechos probados, resalta el Fiscal cómo ambas resoluciones judiciales recurridas han partido de la existencia de indicios de discriminación que obligaban a situar en el campo de la empresa el gravamen de demostrar que detrás de la decisión empresarial no se hallaba ningún interés por sancionar la previa actuación del trabajador, que, en unión de sus compañeros, había emprendido determinadas actuaciones pretendiendo mejoras sociales, y para lo que no habían dudado en efectuar en tres ocasiones sucesivas sendas convocatorias de huelga, así como una denuncia por cesión ilegal de mano de obra ante la Inspección de Trabajo. Siendo ello así, las Sentencias recurridas desestiman la demanda del recurrente y consideran válida la extinción contractual por el hecho de que la relación laboral que unía a las partes no fuera indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la de-

cisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A. Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el actor fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que mas adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en su manifestación de garantía de indemnidad, se anulen las Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

10. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Segunda de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deli-

beración y votación de la presente Sentencia el mismo día.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón en autos 606-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 28.1 y 24.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario, la representación procesal de Samoa Industrial, S.A.,

entidad mercantil comparecida en el presente proceso constitucional, interesa la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Adicionalmente, señala Samoa Industrial, S.A., que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

En dichas Sentencias, el Tribunal otorgó el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movi-

lizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al

efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2, y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Carlos Turanza Lobato y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerlo en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 606-2005, sobre despido,

y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugeni Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3577/2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3577-2006

Aunque como ponente de la Sentencia he expresado en ella el parecer mayoritario del Pleno, en la medida en que el mío propio es contrario, hago uso de la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, formulando mi Voto particular discrepante.

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los Fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3577-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3577-2006

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disentimiento con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se

han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

Pleno. SENTENCIA 107/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3711-2006. Promovido por don José Ángel de Paz González respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elísa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3711-2006, promovido por don José Ángel de Paz González, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñiz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por el deman-

dante y estima el interpuesto por la empresa Unigel, S.L., contra la Sentencia de 12 de julio de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, en autos 570-2005, sobre despido. Han sido parte las entidades mercantiles Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso, y Unigel, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno y asistida del Letrado don Germán Aranda León. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta, doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 31 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don José Ángel de Paz González, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura, desde el día 3 de enero de 2005, por medio de un contrato de carácter indefinido, tras la conversión de un anterior contrato temporal. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un

contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

c) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A. Como consecuencia de ello, el Inspector encargado del caso llamó a la empresa Samoa el día 6 de abril de 2005 y, al no encontrar a la jefa de personal, se puso en contacto con Unigel, S.L., que le solicitó que antes de llamar nuevamente a Samoa les per-

mitiera realizar una reunión con los trabajadores. La reunión se celebró el 9 de mayo en la Inspección y, al fracasar la misma, se llamó a Samoa comunicándole la existencia de la denuncia de cesión ilegal. En fecha 28 de abril los trabajadores presentaron papeleta de conciliación contra ambas empresas demandadas reclamando el complemento de incentivo previsto en el convenio colectivo del metal.

d) En el diario «La Nueva España» del domingo 1 de mayo de 2005 se había publicado una noticia en la que el sindicato Comisiones Obreras denunciaba que Samoa quería prescindir de 26 trabajadores. Como consecuencia de ello, y a petición de la empresa, se celebró una reunión los días 3 ó 4 de mayo entre ésta y representantes de Comisiones Obreras en el comité de empresa de Samoa, en la que se habló de la posible existencia de una denuncia por cesión ilegal. El representante de Samoa manifestó que no pretendía rescindir la contrata de Unigel y que creía viable mantener a unos 15 trabajadores.

e) La empresa Unigel continuó manteniendo reuniones con los trabajadores y sus representantes encaminadas a resolver la situación y en la mañana del 9 de mayo se llegó a un principio de acuerdo, en el que los trabajadores solicitaban una mejora salarial, de categoría, estabilidad en el empleo y readmisión de los dos trabajadores despedidos, extremo este último al que se oponía Samoa y que estaba supeditado a que se retirase la demanda por cesión ilegal. En asamblea celebrada esa misma tarde por los trabajadores se acordó no retirar la demanda de cesión ilegal salvo que se readmitiese a los trabajadores despedidos; comunicado tal extremo a la empresa, se inició por ésta el envío de las cartas de despido a los distintos trabajadores, que al día siguiente no pudieron acceder ya al centro de trabajo.

f) La empresa Samoa Industrial, S.A., en la reunión mantenida con su comité de empresa el día 1 de abril de 2005, manifestó su intención de modificar en un futuro su estrategia de contratación de personal, y, en concreto, su plan de seleccionar a técnicos en fabricación mecánica, con contratos en prácticas, que fueran sustituyendo a los actuales trabajadores de trabajo temporal, poniendo un anuncio en el periódico el día 3 de abril con la intención de contratar entre 15 y 20 trabajadores.

g) En fecha 3 de mayo los representantes de Unigel, S.L., solicitaron a la dirección de Samoa Industrial, S.A., un nuevo aumento de los precios. El 6 de mayo Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindiría por completo el contrato de arrendamiento de servicios, con efectos del 10 de mayo. Ese mismo día 10 de mayo Unigel, S.L., remitió un burofax al demandante de amparo comunicándole que ponía fin al contrato de trabajo, al igual que al de los otros 23 trabajadores de la empresa, dada la necesidad objetivamente acreditada de amortizar su puesto de trabajo por causas productivas, derivadas de la previa rescisión por parte de Samoa Industrial, S.A., del contrato mercantil que le ligaba con Unigel, S.L., al amparo del art. 52.c) del Estatuto de los trabajadores.

h) En fecha 15 de mayo de 2003, el comité de empresa de Samoa Industrial, S.A., había formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo por cesión ilegal de mano de obra, en relación con los trabajadores de las empresas Unigel, S.L., y otra. En reunión mantenida entre el comité y la empresa el día 6 de noviembre de 2003 aquél comunicó a ésta que había decidido, por mayoría, retirar la denuncia, al entender que no procedía.

i) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

j) Por Sentencia de 12 de julio de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, al concluir, de la prueba practicada, la existencia de una contrata lícita entre dos empresas reales, siendo distinto el objeto de la contrata y el objeto desarrollado por la empresa principal. En segundo lugar, rechaza también la concurrencia en el despido de una vulneración del derecho de huelga del trabajador, al entender que, pese a la existencia de indicios en tal sentido, la prueba documental aportada permitía excluir la violación del derecho fundamental a la huelga y justificar la legitimidad de la extinción contractual, por cuanto, de una parte, el despido se produjo cuando ya se había desconvocado la huelga y se estaba en negociaciones con los trabajadores, existiendo un principio de acuerdo, y, de otra, el despido trae causa de una previa rescisión de la contrata mercantil, denotando la prueba practicada que la rescisión pudo obedecer a un aumento de los precios. En tercer lugar, la Sentencia aprecia, por el contrario, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, al entender que, pese a lo señalado sobre el aumento de los precios, existía posibilidad de mantener la contrata, aunque fuera con un número menor de trabajadores, desprendiéndose de la

prueba practicada en el acto del juicio oral que los despidos de la totalidad de la plantilla se produjeron por haberse negado los trabajadores a retirar la denuncia sobre cesión ilegal de mano de obra presentada contra ambas empresas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En tal sentido, señala la Sentencia lo siguiente:

«La violación de la garantía a la indemnidad de los trabajadores afectados no puede ser más patente, existía posibilidad de mantener la contrata, aun cuando fuese con menos trabajadores, pero con un número importante de ellos, pues así se manifestó una semana antes pero al no haberse retirado la denuncia interpuesta se despide a los trabajadores amparándose en un documento de rescisión, que o bien fue elaborado a propósito para justificar los despidos el día 9 de mayo, cuando los trabajadores no acuerdan tal despido, o bien había sido redactado con anterioridad y entregado a la responsable de la empresa Unigel, como denota el recibí en la fecha 6 de mayo, pero con posibilidades de no ejecutarse, pues en caso contrario carece de lógica que la empresa siga negociando con los trabajadores cuando existe una contrata extinguida.»

Rechaza, finalmente, la Sentencia tanto la pretensión de que se condenara solidariamente a las empresas principal y contratista, al considerar que, rechazada la existencia de cesión ilegal de mano de obra, ninguna responsabilidad podía alcanzar a la primera, como la pretensión indemnizatoria, por falta de fundamentación de la misma.

k) Frente a la indicada Sentencia interpusieron recurso de suplicación tanto el trabajador demandante como la empresa condenada en la instancia. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso del trabajador y estimó el de la empresa, des-

estimando la demanda formulada y declarando la procedencia de la extinción contractual acordada. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, las diversas revisiones de hechos probados propuestas por el trabajador recurrente, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En segundo lugar, rechaza igualmente la vulneración denunciada del art. 43 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE y estima, de contrario, el recurso interpuesto en tal sentido por la empresa al entender que «a la vista de los hechos probados y aun cuando puede apreciarse que concurren indicios de vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad al coincidir prácticamente en el tiempo el cese de la actora con las reclamaciones de todo tipo formuladas por los trabajadores de Unigel, S.L., incluida una denuncia por cesión ilegal, la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la vulneración de tal derecho no conduce a apreciar que se haya producido la misma, ni en consecuencia determina la nulidad del cese decidido por la empresa». Y añade, a continuación, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente

aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato que ligaba a la actora con la empresa Unigel, S.L., aunque no dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios sí resulta afectado por su extinción al quedar sin ocupación en el centro de trabajo donde prestaba servicios, su cese por despido objetivo basado en causas productivas, resulta correcto y ajustado a derecho.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y, 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aún admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer

término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar, considera evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para

que ésta pueda proceder a la readmisión.

Junto a ello, y en segundo lugar, considera que la Sentencia de suplicación recurrida vulnera igualmente el art. 24.1 CE al constituir una resolución incongruente. Entiende que la Sentencia, al eximir de responsabilidad a la empresa Unigel, S.L., sobre la existencia de una vulneración de la garantía de indemnidad, altera el contenido de los hechos probados de la relación fáctica y de los fundamentos de derecho de la Sentencia de instancia de la que trae causa, sin que la empresa recurrente lo hubiera solicitado y alterando de oficio, en vía de recurso extraordinario, una realidad sobre la que poder apoyar su argumento jurídico, infringiendo el principio de congruencia de las resoluciones judiciales y causando indefensión al demandante, que no ha tenido conocimiento hasta la Sentencia de los cambios en la relación de hechos para poder defenderse de los mismos.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón de 9 de agosto de 2005 como la del Tribunal Superior de Justicia, y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 € por daños; segundo anule la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, manteniendo en su integridad el pronunciamiento de la del Juzgado de lo Social.

4. Por providencia de 13 de junio de 2007 la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo

que resulte de los antecedentes. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), se requiriese atentamente al Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón para que en el plazo de diez días remitiesen respectivamente testimonio del recurso de suplicación núm. 4079-2005 y demanda núm. 570-2005, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo que aparecía ya personada, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante escrito registrado el día 17 de julio de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Mediante escrito registrado el día 20 de julio de 2007 el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno, actuando en nombre y representación de Unigel, S.L., solicitó que se le tuviera por comparecido y personado a todos los efectos.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 10 de septiembre de 2007 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias y por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, y los escritos de los Procuradores don Nicolás Álvarez Real y don José Lledo Moreno, a quienes se tuvo por personados y parte en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., y de Unigel, S.L., respectivamente, así como, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTIC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo

común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

8. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 5 de octubre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

9. Mediante escrito registrado el día 9 de octubre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

En relación con la pretendida infracción del art. 14 CE, señala la empresa personada que dicha queja no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de convivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir convivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no

asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Por lo que se refiere a la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia, entiende la empresa personada que, en primer lugar, concurriría causa de inadmisibilidad, por falta de agotamiento de los remedios procesales previos (incidente de nulidad de actuaciones), mientras que, de otra parte, el motivo es de todo punto improcedente, pues el demandante se limita a afirmar que la Sala ha alterado el contenido de los hechos probados de la Sentencia de instancia sin alegar, siquiera indiciariamente, cuáles sean esos hechos probados alterados, alegación cuya carga corresponde al actor.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y

que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

10. Mediante escrito registrado el día 11 de octubre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Unigel, S.L., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala en primer lugar la empresa personada que la demanda de amparo no cumple los requisitos del art. 44.1 LOTC, al no haberse agotado la vía judicial procedente mediante la interposición del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, habiéndose limitado la recurrente a manifestar la dificultad de invocar una Sentencia de contraste que le permitiera acudir a la vía casacional, pese a lo cual debería al menos haber agotado dicha posibilidad, solicitando el amparo una vez se hubiese dictado resolución de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por lo que se refiere a la denuncia sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, considera que la Sentencia recurrida ha cumplido escrupulosamente con su misión de efectuar una interpretación y aplicación del Derecho aplicable al caso concreto, sin que suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el que no se hayan interpretado los preceptos denunciados tal y como interesaba la parte recurrente. En todo caso, la extinción de los contratos de trabajo operada por Unigel, S.L., aunque coincidió en el tiempo con una situación de conflictividad social y con una denuncia por cesión ilegal interpuesta por los trabajadores, no tuvo como móvil o causa la represalia a sus trabajadores por haber ejercitado acciones le-

gales, sino que su causa obedeció a la pérdida del contrato mercantil y, por ende, a encontrarse con 24 trabajadores a los que no podía dar ocupación. Al no tener Unigel, S.L., poder de disposición sobre la continuidad del vínculo mercantil nada podía haber hecho para evitar el despido de los trabajadores, debiendo acudir a éste como único remedio para garantizar precisamente la viabilidad de la propia empresa en sus otros centros productivos, y ello pese a tener que soportar las indemnizaciones derivadas de los despidos y de las extinciones de los contratos temporales. Aunque a efectos dialécticos se pudiera asumir que Samoa Industrial, S.A., tomó la decisión de extinguir la contrata mercantil para vulnerar los derechos fundamentales de la demandante (cuestión que entiende no se corresponde con la realidad), la causa de extinción del contrato de trabajo por parte de Unigel, S.L., difirió radicalmente de esos hipotéticos planteamientos, al no haber sido quien adoptó la decisión de finalización del contrato de arrendamiento de servicios ni haberse acreditado en hechos probados que tal extinción obedeciese a una decisión conjunta de ambas empresas.

Finalmente, en lo que se refiere a la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia de Sentencia, entiende la empresa personada que el recurrente no especifica en su demanda cuál o cuáles sean los hechos de la Sentencia de instancia alterados por la del Tribunal Superior de Justicia o introducidos ex novo por dicho Tribunal. Por lo demás, ningún reparo cabe poner a la Sentencia recurrida desde dicha perspectiva, pues lo que puede variar en las distintas instancias judiciales es precisamente la valoración jurídica que merezcan unos mismos hechos. Además, es del todo punto incierto que Unigel, S.L., no solicitase en su recurso de suplicación la modificación de la Sentencia de instancia con base en el argu-

mento de la falta de connivencia entre ambas empresas codemandadas; antes al contrario, lo hizo de forma profusa y prolija. En fin, el Tribunal Superior de Justicia no efectuó alteración alguna de los hechos probados, figurando ya como declarados probados por el Juzgado de lo Social los que sirvieron de base para la estimación del recurso.

11. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 26 de octubre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, considera el Ministerio Fiscal que la alegación del recurrente parece basarse en el hecho de haberse visto privado el actor de la garantía de estabilidad en el empleo que hubiese debido disfrutar si, en vez de prestar servicios para Unigel, S.L., lo hubiera hecho directamente para la empresa subcontratante, en cuyas dependencias prestaba servicios. Pues bien, tal alegación, además de basarse en una supuesta realidad que no ha sido declarada como tal por los órganos judiciales –la cesión ilegal de trabajadores de una empresa a otra–, no tiene en cuenta que, precisamente en razón de ese reconocimiento judicial de la dual concurrencia de empresas con sus respectivas estructuras organizativas, no resulta posible establecer entre ellas un término adecuado de comparación, de forma que la causa invocada por Unigel, S.L., para rescindir el contrato del trabajador puede tener en el caso de la empresa subcontratista una justificación no trasladable, en principio, a la empresa subcontratante, por lo que la pretensión de estabilidad en el empleo no es la misma en uno y otro caso.

Efectuando una valoración conjunta de las quejas relativas a la lesión de los derechos fundamentales a la huelga y a la tutela judicial efectiva, rechaza el Mi-

nisterio Fiscal, en primer lugar, aquellas afirmaciones del demandante que van en contra del *factum* acreditado o que contradicen las resoluciones judiciales, como la referida a la existencia de cesión ilegal, rechazada en el proceso subyacente y no cuestionada en la demanda. Por otra parte, destaca que el demandante denuncia la infracción del derecho a la huelga que fue rechazada, con argumentos que no cuestiona tampoco, por la Sentencia de instancia, a la que no dirige reproche alguno, sin que respecto de dicha vulneración y de la que esgrime sobre el derecho a la igualdad se aporte en la demanda argumento alguno, por lo que las considera alegaciones meramente retóricas.

Considera, por todo lo anterior, que la queja del demandante debe ser reconducida a la de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad. Desde esta perspectiva, pone de relieve el Ministerio público que la Sentencia recurrida desestimó la demanda del recurrente y consideró válida la extinción contractual por despido objetivo basado en causas económicas dado que la relación laboral que unía a las partes no era indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A, siendo dicha decisión de rescisión un hecho desconectado de la previa denuncia por cesión ilegal de trabajadores, afirmándose el supuesto desconocimiento por parte de Samoa de tal denuncia. Por ello, aun admitiendo que la contrata se extinguió por las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, tal comportamiento no es imputable a la empresa Unigel, S.L., que se vio abocada a acordar los ceses.

Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el actor fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente, constando igualmente en los hechos probados de la Sentencia de instancia el conocimiento por parte de Samoa Industrial, S.A., de la existencia de la denuncia por cesión ilegal con antelación a la decisión de la rescisión total de la contrata. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

No considera, por el contrario, en segundo lugar, que quepa acoger la queja de vulneración de este mismo derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en cuanto a la congruencia de las resoluciones judiciales. A su juicio, la Sala no ha alterado el relato fáctico sin previa petición de parte, lo que determinaría la existencia de incongruencia extrapetita, sino que ha construido su argumentación jurídica prescindiendo del relato fáctico, lo que convierte su resolución en arbitraria y en vulneradora del derecho fundamental esgrimido. En cualquier caso, si se estimase que ha existido incongruencia la queja no podría tampoco estimarse, por no haber interpuesto el demandante

el pertinente incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Finalmente, señala el Ministerio Fiscal que la petición que efectúa el demandante con carácter principal de que se anulen tanto la Sentencia de suplicación, única que se cuestiona en el encabezamiento de la demanda y a la que se formulan reproches, como una Sentencia dictada en un proceso distinto el 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, carece de sustento y no puede ser acogida, desconociéndose incluso el tenor de esta última Sentencia, si el demandante fue parte en el proceso y, en fin, si la misma fue temporáneamente recurrida, desbordando tal petición de manera radical las previsiones del art. 55 LOTC.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, y se anule la Sentencia de 24 de febrero de 2006 dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

12. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

13. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

de 24 de febrero de 2006, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante y estimó el interpuesto por la empresa Unigel, S.L., contra la Sentencia de 12 de julio de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, en autos 570-2005, sobre despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial. En segundo lugar sostiene también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, al entender que la Sentencia de suplicación constituye una resolución incongruente, al haber alterado el relato fáctico de la resolución de instancia sin previa petición de parte.

El Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que la Sentencia de suplicación recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anule la citada resolución judicial. Por el contrario, las representaciones procesales de Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., entidades mercantiles comparecidas en el presente proceso constitucional, interesan la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Previamente, Unigel, S.L., aduce la inadmisibilidad de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Por su parte, Samoa Industrial, S.A., alega adicionalmente que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nu-

alidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

Previamente, la STC 76/2010 rechazó, en su fundamento jurídico 3, el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel S.L., de conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la exigibilidad de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito para el agotamiento de la vía judicial previa (entre las más recientes, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 2/2009, de 19 de enero, FJ 2).

Resuelto lo anterior, tanto la STC 76/2010 como la STC 75/2010 otorgaron el amparo a los demandantes, por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva

(art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, y tras rechazar el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel, S.L., (por las mismas razones expresadas en la STC 76/2010, FJ 3), debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las difi-

cultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9; y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2; y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Ángel de Paz González y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva

(art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º establecerle en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 12 de julio de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, dictada en autos 570-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3711-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magis-

trados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3711-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3711-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que ya he manifestado mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquella.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3711-2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se

han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 108/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3713-2006. Promovido por don Fernando Vallejo Bernardo respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3713-2006, promovido por don Fernando Vallejo Bernardo, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñiz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por el deman-

dante y estima el interpuesto por la empresa Unigel, S.L., contra la Sentencia de 28 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, en autos 495-2005, sobre despido. Han sido parte las entidades mercantiles Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso, y Unigel, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno y asistida del Letrado don Germán Aranda León. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Trepms, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 31 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Fernando Vallejo Bernardo, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura, desde el día 3 de enero de 2005, por medio de un contrato eventual. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de deter-

minados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

c) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A. Como consecuencia de ello, el Inspector encargado del caso llamó a la empresa Samoa el día 6 de abril de 2005 y, al no encontrar a la Jefa de Personal, se puso en contacto con Unigel, S.L., que le solicitó que antes de llamar nuevamente a Samoa les permitiera realizar una reunión con los trabajadores. La reunión se celebró el 9 de

mayo en la Inspección y, al fracasar la misma, se llamó a Samoa comunicándole la existencia de la denuncia de cesión ilegal. En fecha 28 de abril los trabajadores presentaron papeleta de conciliación contra ambas empresas demandadas reclamando el complemento de incentivo previsto en el convenio colectivo del metal.

d) En el diario «La Nueva España» del domingo 1 de mayo de 2005 se había publicado una noticia en la que el sindicato Comisiones Obreras denunciaba que Samoa quería prescindir de 26 trabajadores. Como consecuencia de ello, y a petición de la empresa, se celebró una reunión los días 3 ó 4 de mayo entre ésta y representantes de Comisiones Obreras en el comité de empresa de Samoa, en la que se habló de la posible existencia de una denuncia por cesión ilegal. El representante de Samoa manifestó que no pretendía rescindir la contrata de Unigel y que creía viable mantener a unos 15 trabajadores.

e) La empresa Unigel continuó manteniendo reuniones con los trabajadores y sus representantes encaminadas a resolver la situación y en la mañana del 9 de mayo se llegó a un principio de acuerdo, en el que los trabajadores solicitaban una mejora salarial, de categoría, estabilidad en el empleo y readmisión de los dos trabajadores despedidos, extremo este último al que se oponía Samoa y que estaba supeditado a que se retirase la demanda por cesión ilegal. En asamblea celebrada esa misma tarde por los trabajadores se acordó no retirar la demanda de cesión ilegal salvo que se readmitiese a los trabajadores despedidos; comunicado tal extremo a la empresa, se inició por ésta el envío de las cartas de despido a los distintos trabajadores, que al día siguiente no pudieron acceder ya al centro de trabajo.

f) La empresa Samoa Industrial, S.A., en la reunión mantenida con su comité

de empresa el día 1 de abril de 2005, manifestó su intención de modificar en un futuro su estrategia de contratación de personal, y, en concreto, su plan de seleccionar a técnicos en fabricación mecánica, con contratos en prácticas, que fueran sustituyendo a los actuales trabajadores de trabajo temporal, poniendo un anuncio en el periódico el día 3 de abril con la intención de contratar entre 15 y 20 trabajadores.

g) En fecha 3 de mayo los representantes de Unigel, S.L., solicitaron a la dirección de Samoa Industrial, S.A., un nuevo aumento de los precios. El 6 de mayo Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindiría por completo el contrato de arrendamiento de servicios, con efectos del 10 de mayo. Ese mismo día 10 de mayo Unigel, S.L., remitió un burofax al demandante de amparo comunicándole que ponía fin al contrato de trabajo, al igual que al de los otros 23 trabajadores de la empresa, dada la necesidad objetivamente acreditada de amortizar su puesto de trabajo por causas productivas, derivadas de la previa rescisión por parte de Samoa Industrial, S.A., del contrato mercantil que le ligaba con Unigel, S.L., al amparo del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores (LET).

h) En fecha 15 de mayo de 2003, el comité de empresa de Samoa Industrial, S.A., había formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo por cesión ilegal de mano de obra, en relación con los trabajadores de las empresas Unigel, S.L., y otra. En reunión mantenida entre el comité y la empresa el día 6 de noviembre de 2003 aquél comunicó a ésta que había decidido, por mayoría, retirar la denuncia, al entender que no procedía.

i) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de

huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

j) Por Sentencia de 28 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, al concluir, de la prueba practicada, la existencia de una contrata lícita entre dos empresas reales, siendo distinto el objeto de la contrata y el objeto desarrollado por la empresa principal. En segundo lugar, rechaza también la concurrencia en el despido de una vulneración del derecho de huelga del trabajador, al entender que, pese a la existencia de indicios en tal sentido, la prueba documental aportada permitía excluir la violación del derecho fundamental a la huelga y justificar la legitimidad de la extinción contractual, por cuanto, de una parte, el despido se produjo cuando ya se había desconocado la huelga y se estaba en negociaciones con los trabajadores, existiendo un principio de acuerdo, y, de otra, el despido trae causa de una previa rescisión de la contrata mercantil, denotando la prueba practicada que la rescisión pudo obedecer a un aumento de los precios. En tercer lugar, la Sentencia aprecia, por el contrario, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, al entender que, pese a lo señalado sobre el aumento de los precios, existía posibilidad de mantener la contrata, aunque fuera con un número menor de trabajadores, desprendiéndose de la prueba practicada en el acto del juicio oral que los despidos de la totalidad de la plantilla se produjeron por haberse ne-

gado los trabajadores a retirar la denuncia sobre cesión ilegal de mano de obra presentada contra ambas empresas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En tal sentido, señala la Sentencia lo siguiente:

«La violación de la garantía de indemnidad de los trabajadores afectados no puede ser más patente, existía posibilidad de mantener la contrata, aun cuando fuese con menos trabajadores, pero con un número importante de ellos, pues así se manifestó una semana antes pero al no haberse retirado la denuncia interpuesta se despide a los trabajadores amparándose en un documento de rescisión, que o bien fue elaborado a propósito para justificar los despidos el día 9 de mayo, cuando los trabajadores no acuerdan tal despido, o bien había sido redactado con anterioridad y entregado a la responsable de la empresa Unigel, como denota el recibí en la fecha 6 de mayo, pero con posibilidades de no ejecutarse, pues en caso contrario carece de lógica que la empresa siga negociando con los trabajadores cuando existe una contrata extinguida.»

Rechaza, finalmente, la Sentencia tanto la pretensión de que se condenara solidariamente a las empresas principal y contratista, al considerar que, rechazada la existencia de cesión ilegal de mano de obra, ninguna responsabilidad podía alcanzar a la primera, como la pretensión indemnizatoria, por falta de fundamentación de la misma.

k) Frente a la indicada Sentencia interpusieron recurso de suplicación tanto el trabajador demandante como la empresa condenada en la instancia. Por Sentencia de 10 de marzo de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso del trabajador y estimó el de la empresa, desestimando la demanda formulada y declarando la procedencia de la extinción contractual acordada. En la Sentencia la

Sala, tras desestimar las peticiones de revisión del relato fáctico planteadas por el trabajador recurrente, rechaza igualmente la existencia de vulneración del art. 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Estimando el recurso interpuesto por la empresa, la Sala considera que, aun cuando podía apreciarse la existencia de indicios de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, al coincidir prácticamente en el tiempo el cese del actor con las reclamaciones de todo tipo efectuadas por los trabajadores, la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la vulneración de tal derecho no conducía a apreciar que se hubiera producido la misma, pues el contrato del actor estaba vinculado a la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios, por lo que, extinguido éste, finalizaba aquél. Señala la Sala que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, o como en este caso en virtud de despido objetivo, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre fijeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mu-

tuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y, 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en

virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar, considera evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el

caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Junto a ello, y en segundo lugar, considera que la Sentencia de suplicación recurrida vulnera igualmente el art. 24.1 CE al constituir una resolución incongruente. Entiende que la Sentencia, al eximir de responsabilidad a la empresa Unigel, S.L., sobre la existencia de una vulneración de la garantía de indemnidad, altera el contenido de los hechos probados de la relación fáctica y de los fundamentos de derecho de la Sentencia de instancia de la que trae causa, sin que la empresa recurrente lo hubiera solicitado y alterando de oficio, en vía de recurso extraordinario, una realidad sobre la que poder apoyar su argumento jurídico, infringiendo el principio de congruencia de las resoluciones judiciales y causando indefensión al demandante, que no ha tenido conocimiento hasta la Sentencia de los cambios en la relación de hechos para poder defenderse de los mismos.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social como la del Tribunal Superior de Justicia, y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 € por daños; segundo anule la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, manteniendo en su integridad el pronunciamiento de la del Juzgado de lo Social.

4. Por providencia de 13 de junio de 2007 la Sección Segunda de este Tri-

bunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se requiriese atentamente a la Sección 1.ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón para que en el plazo de diez días remitieran respectivamente testimonio del recurso de suplicación núm. 4834-2005 y de los autos 495-2005, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo que aparecía ya personada, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante escrito registrado el día 17 de julio de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Mediante escrito registrado el día 20 de julio de 2007 el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno, actuando en nombre y representación de Unigel, S.L., solicitó que se le tuviera por comparecido y personado a todos los efectos.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 10 de septiembre de 2007 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, y los escritos de los Procuradores don Nicolás Álvarez Real y don José Lledo Moreno, a quienes se tuvo por personados y parte en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., y de Unigel, S.L.,

respectivamente, así como, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

8. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 5 de octubre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

9. Mediante escrito registrado el día 9 de octubre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

En relación con la pretendida infracción del art. 14 CE, señala la empresa personada que dicha queja no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de convivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir convivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese

como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Por lo que se refiere a la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia, entiende la empresa personada que, en primer lugar, concurriría causa de inadmisibilidad, por falta de agotamiento de los remedios procesales previos (incidente de nulidad de actuaciones), mientras que, de otra parte, el motivo es de todo punto improcedente, pues el demandante se limita a afirmar que la Sala ha alterado el contenido de los hechos probados de la Sentencia de instancia sin alegar, siquiera indiciariamente, cuáles sean esos hechos probados alterados, alegación cuya carga corresponde al actor.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE)

y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

10. Mediante escrito registrado el día 15 de octubre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Unigel, S.L., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala en primer lugar la empresa personada que la demanda de amparo no cumple los requisitos del art. 44.1 LOTC, al no haberse agotado la vía judicial procedente mediante la interposición del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, habiéndose limitado la recurrente a manifestar la dificultad de invocar una sentencia de contraste que le permitiera acudir a la vía casacional, pese a lo cual debería al menos haber agotado dicha posibilidad, solicitando el amparo una vez se hubiese dictado resolución de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por lo que se refiere a la denuncia sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, considera que la Sentencia recurrida ha cumplido escrupulosamente con su misión de efectuar una interpretación y aplicación del Derecho aplicable al caso concreto, sin que suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el que no se hayan interpretado los preceptos denunciados tal y como interesaba la parte recurrente. En todo caso, la extinción de los contratos de trabajo operada por Unigel, S.L., aunque coincidió en el tiempo con una situación de conflictividad social y con

una denuncia por cesión ilegal interpuesta por los trabajadores, no tuvo como móvil o causa la represalia a sus trabajadores por haber ejercitado acciones legales, sino que su causa obedeció a la pérdida del contrato mercantil y, por ende, a encontrarse con 24 trabajadores a los que no podía dar ocupación. Al no tener Unigel, S.L., poder de disposición sobre la continuidad del vínculo mercantil nada podía haber hecho para evitar el despido de los trabajadores, debiendo acudir a éste como único remedio para garantizar precisamente la viabilidad de la propia empresa en sus otros centros productivos, y ello pese a tener que soportar las indemnizaciones derivadas de los despidos y de las extinciones de los contratos temporales. Aunque a efectos dialécticos se pudiera asumir que Samoa Industrial, S.A., tomó la decisión de extinguir la contrata mercantil para vulnerar los derechos fundamentales de la demandante (cuestión que entiende no se corresponde con la realidad), la causa de extinción del contrato de trabajo por parte de Unigel, S.L., difirió radicalmente de esos hipotéticos planteamientos, al no haber sido quien adoptó la decisión de finalización del contrato de arrendamiento de servicios ni haberse acreditado en hechos probados que tal extinción obedeciese a una decisión conjunta de ambas empresas.

Finalmente, en lo que se refiere a la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia de Sentencia, entiende la empresa personada que el recurrente no especifica en su demanda cuál o cuáles sean los hechos de la Sentencia de instancia alterados por la del Tribunal Superior de Justicia o introducidos ex novo por dicho Tribunal. Por lo demás, ningún reparo cabe poner a la Sentencia recurrida desde dicha perspectiva, pues lo que puede variar en las distintas instancias judiciales es precisamente la valoración jurídica que merezcan unos mismos hechos.

Además, es del todo punto incierto que Unigel, S.L., no solicitase en su recurso de suplicación la modificación de la Sentencia de instancia con base en el argumento de la falta de connivencia entre ambas empresas codemandadas; antes al contrario, lo hizo de forma profusa y prolija. En fin, el Tribunal Superior de Justicia no efectuó alteración alguna de los hechos probados, figurando ya como declarados probados por el Juzgado de lo Social los que sirvieron de base para la estimación del recurso.

11. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 29 de octubre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, considera el Ministerio Fiscal que la alegación del recurrente parece basarse en el hecho de haberse visto privado el actor de la garantía de estabilidad en el empleo que hubiese debido disfrutar si, en vez de prestar servicios para Unigel, S.L., lo hubiera hecho directamente para la empresa subcontratante, en cuyas dependencias prestaba servicios. Pues bien, tal alegación, además de basarse en una supuesta realidad que no ha sido declarada como tal por los órganos judiciales –la cesión ilegal de trabajadores de una empresa a otra–, no tiene en cuenta que, precisamente en razón de ese reconocimiento judicial de la dual concurrencia de empresas con sus respectivas estructuras organizativas, no resulta posible establecer entre ellas un término adecuado de comparación, de forma que la causa invocada por Unigel, S.L., para rescindir el contrato del trabajador puede tener en el caso de la empresa subcontratista una justificación no trasladable, en principio, a la empresa subcontratante, por lo que la pretensión de estabilidad en el empleo no es la misma en uno y otro caso.

Efectuando una valoración conjunta de las quejas relativas a la lesión de los derechos fundamentales a la huelga y a la tutela judicial efectiva, rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, aquellas afirmaciones del demandante que van en contra del *factum* acreditado o que contradicen las resoluciones judiciales, como la referida a la existencia de cesión ilegal, rechazada en el proceso subyacente y no cuestionada en la demanda. Por otra parte, destaca que el demandante denuncia la infracción del derecho a la huelga que fue rechazada, con argumentos que no cuestiona tampoco, por la Sentencia de instancia, a la que no dirige reproche alguno, sin que respecto de dicha vulneración y de la que esgrime sobre el derecho a la igualdad se aporte en la demanda argumento alguno, por lo que las considera alegaciones meramente retóricas.

Considera, por todo lo anterior, que la queja del demandante debe ser reconducida a la de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad. Desde esta perspectiva, pone de relieve el Ministerio Público que la Sentencia recurrida desestimó la demanda del recurrente y consideró válida la extinción contractual por despido objetivo basado en causas económicas dado que la relación laboral que unía a las partes no era indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A., siendo dicha decisión de rescisión un hecho desconectado de la previa denuncia por cesión ilegal de trabajadores, afirmándose el supuesto desconocimiento por parte de Samoa de tal denuncia. Por ello, aun admitiendo que la

contrata se extinguió por las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, tal comportamiento no es imputable a la empresa Unigel, S.L., que se vio abocada a acordar los ceses.

Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el actor fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente, constando igualmente en los hechos probados de la Sentencia de instancia el conocimiento por parte de Samoa Industrial, S.A., de la existencia de la denuncia por cesión ilegal con antelación a la decisión de la rescisión total de la contrata. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

No considera, por el contrario, en segundo lugar, que quepa acoger la queja de vulneración de este mismo derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en cuanto a la congruencia de las resoluciones judiciales. A su juicio, la Sala no ha alterado el relato fáctico sin previa petición de parte, lo que determinaría la existencia de incongruencia extra petita, sino que ha construido su argumentación jurídica prescindiendo del relato fáctico,

lo que convierte su resolución en arbitraria y en vulneradora del derecho fundamental esgrimido. En cualquier caso, si se estimase que ha existido incongruencia la queja no podría tampoco estimarse, por no haber interpuesto el demandante el pertinente incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, y se anule la Sentencia de 10 de marzo de 2006 dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

12. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

13. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 10 de marzo de 2006, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante y estimó el interpuesto por la empresa Unigel, S.L., contra la Sentencia de 28 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, en autos 495-2005, sobre despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresa-

rial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial. En segundo lugar sostiene también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, al entender que la Sentencia de suplicación constituye una resolución incongruente, al haber alterado el relato fáctico de la resolución de instancia sin previa petición de parte.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que la Sentencia de suplicación recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anule la citada resolución judicial. Por el contrario, las representaciones procesales de Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., entidades mercantiles comparecidas en el presente proceso constitucional, interesan la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Previamente, Unigel, S.L., aduce la inadmisibilidad de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Por su parte, Samoa Industrial, S.A., alega adicionalmente que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado

no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

Previamente, la STC 76/2010 rechazó, en su fundamento jurídico 3, el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel S.L., de conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la exigibilidad de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito para el agotamiento de la vía judicial previa (entre las más recientes, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 2/2009, de 19 de enero, FJ 2).

Resuelto lo anterior, tanto la STC 75/2010 como la STC 76/2010 otorgaron el amparo a los demandantes, por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de oc-

tubre, y tras rechazar el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel, S.L., (por las mismas razones expresadas en la STC 76/2010, FJ 3), debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A., No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro

de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Fernando Vallejo Bernardo y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerle en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 28 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, dictada en autos 495-2005, sobre despido, y 10 de marzo de 2006 del Tribunal Su-

perior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugeni Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3713-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3713-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3713-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3713-2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que de-

fendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 109/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3714-2006. Promovido por don Javier García Zardain respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3714-2006, promovido por don Javier García Zardain, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñiz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por el demandante y estima el interpuesto por la empresa Unigel, S.L., contra la Sentencia de 28 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, en autos 499-2005, sobre despido. Ha sido parte la entidad mercantil Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tri-

bunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 31 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Javier García Zardain, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura, desde el día 3 de enero de 2005, por medio de un contrato eventual. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

c) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A. Como consecuencia de ello, el Inspector encargado del caso llamó a la empresa Samoa el día 6 de abril de 2005 y, al no encontrar a la jefa de personal, se puso en contacto con Unigel, S.L., que le solicitó que antes de llamar nuevamente a Samoa les permitiera realizar una reunión con los trabajadores. La reunión se celebró el 9 de mayo en la Inspección y, al fracasar la misma, se llamó a Samoa comunicándole la existencia de la denuncia de cesión ilegal. En fecha 28 de abril los trabajadores presentaron papeleta de conciliación contra ambas empresas demandadas reclamando el complemento de incentivo previsto en el convenio colectivo del metal.

d) En el diario «La Nueva España» del domingo 1 de mayo de 2005 se había publicado una noticia en la que el sindicato Comisiones Obreras denunciaba que Samoa quería prescindir de 26 trabajadores. Como consecuencia de ello, y a petición de la empresa, se celebró una reunión los días 3 ó 4 de mayo entre ésta y representantes de Comisiones Obreras en el comité de empresa de Samoa, en la que se habló de la posible existencia de una denuncia por cesión ilegal. El representante de Samoa manifestó que no pretendía rescindir la contrata de Unigel y que creía viable mantener a unos 15 trabajadores.

e) La empresa Unigel continuó manteniendo reuniones con los trabajadores y sus representantes encaminadas a resolver la situación y en la mañana del 9 de mayo se llegó a un principio de acuerdo, en el que los trabajadores solicitaban una mejora salarial, de categoría, estabilidad en el empleo y readmisión de los dos trabajadores despedidos, extremo este último al que se oponía Samoa y que estaba supeditado a que se retirase la demanda por cesión ilegal. En asamblea celebrada esa misma tarde por los trabajadores se acordó no retirar la demanda de cesión ilegal salvo que se readmitiese a los trabajadores despedidos; comunicado tal extremo a la empresa, se inició por ésta el envío de las cartas de despido a los distintos trabajadores, que al día siguiente no pudieron acceder ya al centro de trabajo.

f) La empresa Samoa Industrial, S.A., en la reunión mantenida con su Comité de Empresa el día 1 de abril de 2005, manifestó su intención de modificar en un futuro su estrategia de contratación de personal, y, en concreto, su plan de seleccionar a técnicos en fabricación mecánica, con contratos en prácticas, que fueran sustituyendo a los actuales trabajadores de trabajo temporal, poniendo un anuncio en el periódico el día 3 de abril

con la intención de contratar entre 15 y 20 trabajadores.

g) En fecha 3 de mayo los representantes de Unigel, S.L., solicitaron a la dirección de Samoa Industrial, S.A., un nuevo aumento de los precios. El 6 de mayo Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindiría por completo el contrato de arrendamiento de servicios, con efectos del 10 de mayo. Ese mismo día 10 de mayo Unigel, S.L., remitió un burofax al demandante de amparo comunicándole que ponía fin al contrato de trabajo, al igual que al de los otros 23 trabajadores de la empresa, dada la necesidad objetivamente acreditada de amortizar su puesto de trabajo por causas productivas, derivadas de la previa rescisión por parte de Samoa Industrial, S.A., del contrato mercantil que le ligaba con Unigel, S.L., al amparo del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores (LET).

h) En fecha 15 de mayo de 2003, el comité de empresa de Samoa Industrial, S.A., había formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo por cesión ilegal de mano de obra, en relación con los trabajadores de las empresas Unigel, S.L., y otra. En reunión mantenida entre el comité y la empresa el día 6 de noviembre de 2003 aquél comunicó a ésta que había decidido, por mayoría, retirar la denuncia, al entender que no procedía.

i) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

j) Por Sentencia de 28 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad del des-

pido por vulneración del derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, al concluir, de la prueba practicada, la existencia de una contrata lícita entre dos empresas reales, siendo distinto el objeto de la contrata y el objeto desarrollado por la empresa principal. En segundo lugar, rechaza también la concurrencia en el despido de una vulneración del derecho de huelga del trabajador, al entender que, pese a la existencia de indicios en tal sentido, la prueba documental aportada permitía excluir la violación del derecho fundamental a la huelga y justificar la legitimidad de la extinción contractual, por cuanto, de una parte, el despido se produjo cuando ya se había desconvocado la huelga y se estaba en negociaciones con los trabajadores, existiendo un principio de acuerdo, y, de otra, el despido trae causa de una previa rescisión de la contrata mercantil, denotando la prueba practicada que la rescisión pudo obedecer a un aumento de los precios. En tercer lugar, la Sentencia aprecia, por el contrario, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, al entender que, pese a lo señalado sobre el aumento de los precios, existía posibilidad de mantener la contrata, aunque fuera con un número menor de trabajadores, desprendiéndose de la prueba practicada en el acto del juicio oral que los despidos de la totalidad de la plantilla se produjeron por haberse negado los trabajadores a retirar la denuncia sobre cesión ilegal de mano de obra presentada contra ambas empresas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En tal sentido, señala la Sentencia lo siguiente:

«La violación de la garantía de indemnidad de los trabajadores afectados no puede ser más patente, existía posibilidad

de mantener la contrata, aun cuando fuese con menos trabajadores, pero con un número importante de ellos, pues así se manifestó una semana antes pero al no haberse retirado la denuncia interpuesta se despide a los trabajadores amparándose en un documento de rescisión, que o bien fue elaborado a propósito para justificar los despidos el día 9 de mayo, cuando los trabajadores no acuerdan tal despido, o bien había sido redactado con anterioridad y entregado a la responsable de la empresa Unigel, como denota el recibí en la fecha 6 de mayo, pero con posibilidades de no ejecutarse, pues en caso contrario carece de lógica que la empresa siga negociando con los trabajadores cuando existe una contrata extinguida.»

Rechaza, finalmente, la Sentencia tanto la pretensión de que se condenara solidariamente a las empresas principal y contratista, al considerar que, rechazada la existencia de cesión ilegal de mano de obra, ninguna responsabilidad podía alcanzar a la primera, como la pretensión indemnizatoria, por falta de fundamentación de la misma.

k) Frente a la indicada Sentencia interpusieron recurso de suplicación tanto el trabajador demandante como la empresa condenada en la instancia. Por Sentencia de 10 de marzo de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso del trabajador y estimó el de la empresa, desestimando la demanda formulada y declarando la procedencia de la extinción contractual acordada. En la Sentencia la Sala, tras desestimar las peticiones de revisión del relato fáctico planteadas por el trabajador recurrente, rechaza igualmente la existencia de vulneración del art. 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en

la aplicación del citado precepto. Estimando el recurso interpuesto por la empresa, la Sala considera que, aun cuando podía apreciarse la existencia de indicios de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, al coincidir prácticamente en el tiempo el cese del actor con las reclamaciones de todo tipo efectuadas por los trabajadores, la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la vulneración de tal derecho no conducía a apreciar que se hubiera producido la misma, pues el contrato del actor estaba vinculado a la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios, por lo que, extinguido éste, finalizaba aquél. Señala la Sala que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, o como en este caso en virtud de despido objetivo, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre fijeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye

un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquélla de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y, 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aún admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal

motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar, considera evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Junto a ello, y en segundo lugar, considera que la Sentencia de suplicación recurrida vulnera igualmente el art. 24.1 CE al constituir una resolución incongruente. Entiende que la Sentencia, al eximir de responsabilidad a la empresa Unigel, S.L., sobre la existencia de una vulneración de la garantía de indem-

nidad, altera el contenido de los hechos probados de la relación fáctica y de los fundamentos de derecho de la Sentencia de instancia de la que trae causa, sin que la empresa recurrente lo hubiera solicitado y alterando de oficio, en vía de recurso extraordinario, una realidad sobre la que poder apoyar su argumento jurídico, infringiendo el principio de congruencia de las resoluciones judiciales y causando indefensión al demandante, que no ha tenido conocimiento hasta la Sentencia de los cambios en la relación de hechos para poder defenderse de los mismos.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social como la del Tribunal Superior de Justicia, y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 € por daños; segundo anule la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, manteniendo en su integridad el pronunciamiento de la del Juzgado de lo Social.

4. Por providencia de 10 de julio de 2007 la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, se dirigiese atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al recurso de

suplicación núm. 4835-2005 y a los autos núm. 499-2005, respectivamente, así como a dicho Juzgado para que procediese previamente al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 16 de octubre de 2007 se acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Procurador don Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., así como dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 5 de noviembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, aquellas afirmaciones del demandante que van en contra del factum acreditado o que contradicen las resoluciones judiciales, como la referida a la existencia de cesión ilegal, rechazada en el proceso subyacente y no cuestionada en la demanda. Por otra parte, destaca que el demandante denuncia la infracción del derecho a la huelga que fue rechazada, con argumentos que no cuestiona tampoco, por la Sentencia de instancia, a la que no dirige reproche alguno, sin que respecto de dicha vulneración y de la que esgrime

sobre el derecho a la igualdad se aporte en la demanda argumento alguno, por lo que las considera alegaciones meramente retóricas. Finalmente, entiende que el alcance que el demandante sostiene que debe darse a la estimación de su queja, referido a la reposición a la empresa contratada en su anterior posición frente a la empresa principal, desborda los términos del art. 55 LOTC y en modo alguno fue solicitado en el proceso subyacente.

Considera, por todo lo anterior, que la queja del demandante debe ser reconducida a la de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad. Desde esta perspectiva, pone de relieve el Ministerio público que la Sentencia recurrida desestimó la demanda del recurrente y consideró válida la extinción contractual por despido objetivo basado en causas económicas dado que la relación laboral que unía a las partes no era indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A., sin que pudiera afirmarse con rotundidad el conocimiento por ésta de la denuncia por cesión ilegal de trabajadores, habiéndose acreditado, por el contrario, las advertencias y los intentos casi desesperados por parte de Unigel, S.L., por mantener la contrata, que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la contrata se extinguió por las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, tal comportamiento no es imputable a la empresa Unigel, S.L., que se vio abocada a acordar los ceses.

Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el actor fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido,

ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente, constando igualmente en los hechos probados de la Sentencia de instancia el conocimiento por parte de Samoa Industrial, S.A., de la existencia de la denuncia por cesión ilegal con antelación a la decisión de la rescisión total de la contrata. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

No considera, por el contrario, en segundo lugar, que quepa acoger la queja de vulneración de este mismo derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en cuanto a la congruencia de las resoluciones judiciales. A su juicio, la Sala no ha alterado el relato fáctico sin previa petición de parte, lo que determinaría la existencia de incongruencia extrapetita, sino que ha construido su argumentación jurídica prescindiendo del relato fáctico, lo que convierte su resolución en arbitraria y en vulneradora del derecho fundamental esgrimido. En cualquier caso, si se estimase que ha existido incongruencia la queja no podría tampoco estimarse, por no haber interpuesto el demandante el pertinente incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Finalmente, señala el Ministerio Fiscal que la petición que efectúa el deman-

dante con carácter principal de que se anulen tanto la Sentencia de instancia como la de suplicación, además de incurrir en un error en cuanto a la identificación de la fecha de la Sentencia de instancia, no puede ser atendida, toda vez que la demanda se ha dirigido sólo contra la Sentencia dictada en suplicación y, lo que es más relevante, se abstiene de formular reproche alguno a la Sentencia de instancia.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, y se anule la Sentencia de 10 de marzo de 2006 dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

8. Mediante escrito registrado el día 6 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

En relación con la pretendida infracción del art. 14 CE, señala la empresa personada que dicha queja no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: En primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de

arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de convivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir convivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Por lo que se refiere a la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia, entiende la empresa personada que, en primer lugar, concurriría causa de inadmisibilidad, por falta de agotamiento de los remedios procesales previos (incidente de nulidad de actuaciones), mientras que, de otra parte, el motivo es de todo punto improcedente, pues el demandante se limita a afirmar que la Sala ha alterado el contenido de los hechos probados de la Sentencia de instancia sin alegar, siquiera indiciariamente, cuáles sean esos hechos probados alterados, alegación cuya carga corresponde al actor.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que

no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

9. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 13 de noviembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

10. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Segunda de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 10 de marzo de 2006, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante y estimó el interpuesto por la empresa Unigel, S.L., contra la Sentencia

de 28 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, en autos 499-2005, sobre despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial. En segundo lugar sostiene también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, al entender que la Sentencia de suplicación constituye una resolución incongruente, al haber alterado el relato fáctico de la resolución de instancia sin previa petición de parte.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que la Sentencia de suplicación recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anule la citada resolución judicial. Por el contrario la representación de Samoa Industrial, S.A., entidad mercantil comparecida en el presente proceso constitucional, interesa la denegación del amparo al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Adicionalmente señala que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad de Samoa Industrial, S.A., en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del

contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

En dichas Sentencias el Tribunal otorgó el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical

del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalá- bamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se

cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Javier García Zardaín y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerlo en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 28 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, dictada en autos 499-2005, sobre despido, y 10 de marzo de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3714-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3714-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3714-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquella.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3714-2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disentimiento con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la

ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 110/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3715-2006. Promovido por don Abel Vega Riestra respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel

Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3715-2006, promovido por don Abel Vega Riestra, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñiz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por el demandante y estima el interpuesto por la empresa Unigel, S.L., contra la Sentencia de 12 de julio de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, en autos 569-2005, sobre despido. Han sido parte las entidades mercantiles Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso, y Unigel, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno y asistida del Letrado don Germán Aranda León. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta, doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 31 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Abel Vega Riestra, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura, desde el día 3 de enero de 2005, por medio de un contrato eventual. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

c) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa

Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A. Como consecuencia de ello, el Inspector encargado del caso llamó a la empresa Samoa el día 6 de abril de 2005 y, al no encontrar a la jefa de personal, se puso en contacto con Unigel, S.L., que le solicitó que antes de llamar nuevamente a Samoa les permitiera realizar una reunión con los trabajadores. La reunión se celebró el 9 de mayo en la Inspección y, al fracasar la misma, se llamó a Samoa comunicándole la existencia de la denuncia de cesión ilegal. En fecha 28 de abril los trabajadores presentaron papeleta de conciliación contra ambas empresas demandadas reclamando el complemento de incentivo previsto en el convenio colectivo del metal.

d) En el diario «La Nueva España» del domingo 1 de mayo de 2005 se había publicado una noticia en la que el sindicato Comisiones Obreras denunciaba que Samoa quería prescindir de 26 trabajadores. Como consecuencia de ello, y a petición de la empresa, se celebró una reunión los días 3 ó 4 de mayo entre ésta y representantes de Comisiones Obreras en el comité de empresa de Samoa, en la que se habló de la posible existencia de una denuncia por cesión ilegal. El representante de Samoa manifestó que no pretendía rescindir la contrata de Unigel y que creía viable mantener a unos 15 trabajadores.

e) La empresa Unigel continuó manteniendo reuniones con los trabajadores y sus representantes encaminadas a resolver la situación y en la mañana del 9 de mayo se llegó a un principio de

acuerdo, en el que los trabajadores solicitaban una mejora salarial, de categoría, estabilidad en el empleo y readmisión de los dos trabajadores despedidos, extremo este último al que se oponía Samoa y que estaba supeditado a que se retirase la demanda por cesión ilegal. En asamblea celebrada esa misma tarde por los trabajadores se acordó no retirar la demanda de cesión ilegal salvo que se readmitiese a los trabajadores despedidos; comunicado tal extremo a la empresa, se inició por ésta el envío de las cartas de despido a los distintos trabajadores, que al día siguiente no pudieron acceder ya al centro de trabajo.

f) La empresa Samoa Industrial, S.A., en la reunión mantenida con su Comité de Empresa el día 1 de abril de 2005, manifestó su intención de modificar en un futuro su estrategia de contratación de personal, y, en concreto, su plan de seleccionar a técnicos en fabricación mecánica, con contratos en prácticas, que fueran sustituyendo a los actuales trabajadores de trabajo temporal, poniendo un anuncio en el periódico el día 3 de abril con la intención de contratar entre 15 y 20 trabajadores.

g) En fecha 3 de mayo los representantes de Unigel, S.L., solicitaron a la dirección de Samoa Industrial, S.A., un nuevo aumento de los precios. El 6 de mayo Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios, con efectos del 10 de mayo. Ese mismo día 10 de mayo Unigel, S.L., remitió un burofax al demandante de amparo comunicándole que ponía fin al contrato de trabajo, al igual que al de los otros 23 trabajadores de la empresa, dada la necesidad objetivamente acreditada de amortizar su puesto de trabajo por causas productivas, derivadas de la previa rescisión por parte de Samoa Industrial, S.A., del contrato mercantil que

le ligaba con Unigel, S.L., al amparo del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores (LET).

h) En fecha 15 de mayo de 2003, el comité de empresa de Samoa Industrial, S.A., había formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo por cesión ilegal de mano de obra, en relación con los trabajadores de las empresas Unigel, S.L., y otra. En reunión mantenida entre el comité y la empresa el día 6 de noviembre de 2003 aquél comunicó a ésta que había decidido, por mayoría, retirar la denuncia, al entender que no procedía.

i) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

j) Por Sentencia de 12 de julio de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, al concluir, de la prueba practicada, la existencia de una contrata lícita entre dos empresas reales, siendo distinto el objeto de la contrata y el objeto desarrollado por la empresa principal. En segundo lugar, rechaza también la concurrencia en el despido de una vulneración del derecho de huelga del trabajador, al entender que, pese a la existencia de indicios en tal sentido, la prueba documental aportada permitía excluir la violación del derecho fundamental a la huelga y justificar la legitimidad de la extinción contractual, por cuanto, de una parte, el despido se produjo cuando ya se había desconvocado la huelga y se estaba en negociaciones

con los trabajadores, existiendo un principio de acuerdo, y, de otra, el despido trae causa de una previa rescisión de la contrata mercantil, denotando la prueba practicada que la rescisión pudo obedecer a un aumento de los precios. En tercer lugar, la Sentencia aprecia, por el contrario, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, al entender que, pese a lo señalado sobre el aumento de los precios, existía posibilidad de mantener la contrata, aunque fuera con un número menor de trabajadores, desprendiéndose de la prueba practicada en el acto del juicio oral que los despidos de la totalidad de la plantilla se produjeron por haberse negado los trabajadores a retirar la denuncia sobre cesión ilegal de mano de obra presentada contra ambas empresas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En tal sentido, señala la Sentencia lo siguiente:

«La violación de la garantía de indemnidad de los trabajadores afectados no puede ser más patente, existía posibilidad de mantener la contrata, aun cuando fuese con menos trabajadores, pero con un número importante de ellos, pues así se manifestó una semana antes pero al no haberse retirado la denuncia interpuesta se despide a los trabajadores amparándose en un documento de rescisión, que o bien fue elaborado a propósito para justificar los despidos el día 9 de mayo, cuando los trabajadores no acuerdan tal despido, o bien había sido redactado con anterioridad y entregado a la responsable de la empresa Unigel, como denota el recibí en la fecha 6 de mayo, pero con posibilidades de no ejecutarse, pues en caso contrario carece de lógica que la empresa siga negociando con los trabajadores cuando existe una contrata extinguida.»

Rechaza, finalmente, la Sentencia tanto la pretensión de que se condenara solidariamente a las empresas principal y

contratista, al considerar que, rechazada la existencia de cesión ilegal de mano de obra, ninguna responsabilidad podía alcanzar a la primera, como la pretensión indemnizatoria, por falta de fundamentación de la misma.

k) Frente a la indicada Sentencia interpusieron recurso de suplicación tanto el trabajador demandante como la empresa condenada en la instancia. Por Sentencia de 24 de febrero de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso del trabajador y estimó el de la empresa, desestimando la demanda formulada y declarando la procedencia de la extinción contractual acordada. En la Sentencia la Sala, tras desestimar las peticiones de revisión del relato fáctico planteadas por el trabajador recurrente, rechaza igualmente la existencia de vulneración del art. 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Estimando el recurso interpuesto por la empresa, la Sala considera que, aun cuando podía apreciarse la existencia de indicios de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, al coincidir prácticamente en el tiempo el cese del actor con las reclamaciones de todo tipo efectuadas por los trabajadores, la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la vulneración de tal derecho no conducía a apreciar que se hubiera producido la misma, pues el contrato del actor estaba vinculado a la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios, por lo que, extinguido éste, finalizaba aquél. Señala la Sala que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extin-

ción por la causa válidamente consignada en el contrato, o como en este caso en virtud de despido objetivo, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre fijeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquélla de la existencia de una denuncia

por cesión ilegal de trabajadores; y, 4.º las advertencias y los intentos casi despedidos de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar, considera evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indem-

nidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Junto a ello, y en segundo lugar, considera que la Sentencia de suplicación recurrida vulnera igualmente el art. 24.1 CE al constituir una resolución incongruente. Entiende que la Sentencia, al eximir de responsabilidad a la empresa Unigel, S.L., sobre la existencia de una vulneración de la garantía de indemnidad, altera el contenido de los hechos probados de la relación fáctica y de los fundamentos de derecho de la Sentencia de instancia de la que trae causa, sin que la empresa recurrente lo hubiera solicitado y alterando de oficio, en vía de recurso extraordinario, una realidad sobre la que poder apoyar su argumento jurídico, infringiendo el principio de congruencia de las resoluciones judiciales y causando indefensión al demandante, que no ha tenido conocimiento hasta la Sentencia de los cambios en la relación de hechos para poder defenderse de los mismos.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón de 9 de agosto de 2005 como la del Tri-

bunal Superior de Justicia, y, en orden subsidiario, 1.º declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 € por daños; 2.º anule la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, manteniendo en su integridad el pronunciamiento de la del Juzgado de lo Social.

4. Por providencia de 14 de junio de 2007 la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), se requiriese atentamente a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón para que en el plazo de diez días remitieran respectivamente testimonio del recurso de suplicación núm. 3672-2005 y de los Autos 569-2005, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo que aparecía ya personada, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante escrito registrado el día 17 de julio de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Mediante escrito registrado el día 20 de julio de 2007 el Procurador de los Tribunales don José Lledo Moreno, actuando en nombre y representación de Unigel, S.L., solicitó que se le tuviera por

comparecido y personado a todos los efectos.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 3 de septiembre de 2007 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, y los escritos de los Procuradores don Nicolás Álvarez Real y don José Lledo Moreno, a quienes se tuvo por personados y parte en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., y de Unigel, S.L., respectivamente, así como, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 2 de octubre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, aquellas afirmaciones del demandante que van en contra del *factum* acreditado o que contradicen las resoluciones judiciales, como la referida a la existencia de cesión ilegal, rechazada en el proceso subyacente y no cuestionada en la demanda. Por otra parte, destaca que el demandante denuncia la infracción del derecho a la huelga que fue rechazada, con argumentos que no cuestiona tampoco, por la Sentencia de instancia, a la que no dirige reproche alguno, sin que respecto de dicha vulneración y de la que esgrime sobre el derecho a la igualdad se aporte en la demanda argumento alguno, por lo que las considera alegaciones meramente retóricas. Finalmente, entiende que el alcance que el demandante sostiene que debe darse a la estimación de su queja, referido a la reposición a la empresa con-

tratada en su anterior posición frente a la empresa principal, desborda los términos del art. 55 LOTC y en modo alguno fue solicitado en el proceso subyacente.

Considera, por todo lo anterior, que la queja del demandante debe ser reconducida a la de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad. Desde esta perspectiva, pone de relieve el Ministerio público que la Sentencia recurrida desestimó la demanda del recurrente y consideró válida la extinción contractual por despido objetivo basado en causas económicas dado que la relación laboral que unía a las partes no era indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A., sin que pudiera afirmarse con rotundidad el conocimiento por ésta de la denuncia por cesión ilegal de trabajadores, habiéndose acreditado, por el contrario, las advertencias y los intentos casi desesperados por parte de Unigel, S.L., por mantener la contrata, que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la contrata se extinguió por las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, tal comportamiento no es imputable a la empresa Unigel, S.L., que se vio abocada a acordar los ceses.

Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el actor fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más ade-

lante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente, constando igualmente en los hechos probados de la Sentencia de instancia el conocimiento por parte de Samoa Industrial, S.A., de la existencia de la denuncia por cesión ilegal con antelación a la decisión de la rescisión total de la contrata. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

No considera, por el contrario, en segundo lugar, que quepa acoger la queja de vulneración de este mismo derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en cuanto a la congruencia de las resoluciones judiciales. A su juicio, la Sala no ha alterado el relato fáctico sin previa petición de parte, lo que determinaría la existencia de incongruencia extrapetita, sino que ha construido su argumentación jurídica prescindiendo del relato fáctico, lo que convierte su resolución en arbitraria y en vulneradora del derecho fundamental esgrimido. En cualquier caso, si se estimase que ha existido incongruencia la queja no podría tampoco estimarse, por no haber interpuesto el demandante el pertinente incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Finalmente, señala el Ministerio Fiscal que la petición que efectúa el demandante con carácter principal de que se anulen tanto la Sentencia de suplicación, única que se cuestiona en el encabezamiento de la demanda y a la que se formulan reproches, como una Sentencia dictada en un proceso distinto el 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo So-

cial núm. 2 de Gijón, carece de sustento y no puede ser acogida, desconociéndose incluso el tenor de esta última Sentencia, si el demandante fue parte en el proceso y, en fin, si la misma fue temporalmente recurrida, desbordando tal petición de manera radical las previsiones del art. 55 LOTC.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, y se anule la Sentencia de 24 de febrero de 2006 dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

9. Mediante escrito registrado el día 3 de octubre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Unigel, S.L., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala en primer lugar la empresa personada que la demanda de amparo no cumple los requisitos del art. 44.1 LOTC, al no haberse agotado la vía judicial procedente mediante la interposición del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, habiéndose limitado la recurrente a manifestar la dificultad de invocar una sentencia de contraste que le permitiera acudir a la vía casacional, pese a lo cual debería al menos haber agotado dicha posibilidad, solicitando el amparo una vez se hubiese dictado resolución de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina.

Por lo que se refiere a la denuncia sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, considera que la Sentencia recurrida ha cumplido escrupulosamente con su misión de efectuar una interpretación y aplicación del Derecho aplicable al caso concreto, sin que suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el que no se hayan interpretado los preceptos denunciados tal y como interesaba la parte recurrente.

En todo caso, la extinción de los contratos de trabajo operada por Unigel, S.L., aunque coincidió en el tiempo con una situación de conflictividad social y con una denuncia por cesión ilegal interpuesta por los trabajadores, no tuvo como móvil o causa la represalia a sus trabajadores por haber ejercitado acciones legales, sino que su causa obedeció a la pérdida del contrato mercantil y, por ende, a encontrarse con 24 trabajadores a los que no podía dar ocupación. Al no tener Unigel, S.L., poder de disposición sobre la continuidad del vínculo mercantil nada podía haber hecho para evitar el despido de los trabajadores, debiendo acudir a éste como único remedio para garantizar precisamente la viabilidad de la propia empresa en sus otros centros productivos, y ello pese a tener que soportar las indemnizaciones derivadas de los despidos y de las extinciones de los contratos temporales. Aunque a efectos dialécticos se pudiera asumir que Samoa Industrial, S.A., tomó la decisión de extinguir la contrata mercantil para vulnerar los derechos fundamentales de la demandante (cuestión que entiende no se corresponde con la realidad), la causa de extinción del contrato de trabajo por parte de Unigel, S.L., difirió radicalmente de esos hipotéticos planteamientos, al no haber sido quien adoptó la decisión de finalización del contrato de arrendamiento de servicios ni haberse acreditado en hechos probados que tal extinción obedeciese a una decisión conjunta de ambas empresas.

Finalmente, en lo que se refiere a la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia de sentencia, entiende la empresa personada que el recurrente no especifica en su demanda cuál o cuáles sean los hechos de la Sentencia de instancia alterados por la del Tribunal Superior de Justicia o introducidos ex novo por dicho Tribunal. Por lo demás, ningún reparo cabe poner a la Sentencia recurrida desde

dicha perspectiva, pues lo que puede variar en las distintas instancias judiciales es precisamente la valoración jurídica que merezcan unos mismos hechos. Además, es del todo punto incierto que Unigel, S.L., no solicitase en su recurso de suplicación la modificación de la Sentencia de instancia con base en el argumento de la falta de connivencia entre ambas empresas codemandadas; antes al contrario, lo hizo de forma profusa y prolija. En fin, el Tribunal Superior de Justicia no efectuó alteración alguna de los hechos probados, figurando ya como declarados probados por el Juzgado de lo Social los que sirvieron de base para la estimación del recurso.

10. Mediante escrito registrado el día 4 de octubre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

En relación con la pretendida infracción del art. 14 CE, señala la empresa personada que dicha queja no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: En primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose

también en la Sentencia la existencia de convivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir convivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Por lo que se refiere a la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia, entiende la empresa personada que, en primer lugar, concurriría causa de inadmisibilidad, por falta de agotamiento de los remedios procesales previos (incidente de nulidad de actuaciones), mientras que, de otra parte, el motivo es de todo punto improcedente, pues el demandante se limita a afirmar que la Sala ha alterado el contenido de los hechos probados de la Sentencia de instancia sin alegar, siquiera indiciariamente, cuáles sean esos hechos probados alterados, alegación cuya carga corresponde al actor.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de

amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

11. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 5 de octubre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

12. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

13. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de febrero de 2006, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante y estimó el interpuesto por la empresa Unigel, S.L., contra la Sentencia de 12 de julio de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, en

autos 569-2005, sobre despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial. En segundo lugar sostiene también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, al entender que la Sentencia de suplicación constituye una resolución incongruente, al haber alterado el relato fáctico de la resolución de instancia sin previa petición de parte.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que la Sentencia de suplicación recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anule la citada resolución judicial. Por el contrario, las representaciones procesales de Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., entidades mercantiles comparecidas en el presente proceso constitucional, interesan la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Previamente, Unigel, S.L., aduce la inadmisibilidad de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Por su parte, Samoa Industrial, S.A., alega adicionalmente que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de

trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones que el ahora demandante de amparo.

Previamente, la STC 76/2010 rechazó, en su fundamento jurídico 3, el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel S.L., de conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la exigibilidad de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito para el agotamiento de la vía judicial previa (entre las más recientes, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 2/2009, de 19 de enero, FJ 2).

Resuelto lo anterior, tanto la STC 76/2010 como la STC 75/2010 otorgaron el amparo a los demandantes, por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básica-

mente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, y tras rechazar el óbice procesal puesto de manifiesto por la representación de la empresa Unigel, S.L., (por las mismas razones expresadas en la STC 76/2010, FJ 3), debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A.,

de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Abel Vega Riestra y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerle en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 12 de julio de 2005 del Juz-

gado de lo Social núm. 1 de Gijón, dictada en autos 569-2005, sobre despido, y 24 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugení Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3715-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 3715-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 3715-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que ya he manifestado mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquella.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio.*–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE

NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 3715/2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 111/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 4930-2006. Promovido por don José Daniel Fernández Varas respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4930-2006, promovido por don José Daniel Fernández Varas, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñoz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 7 de abril de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 599-2005, sobre despido. Ha sido

parte la entidad mercantil Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 3 de mayo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don José Daniel Fernández Varas, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S.L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S.L., comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S.L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L., rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la

vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción –especificada ab initio en el contrato de trabajo– y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la declaración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el artículo 49.1.b) de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia interpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los trabajadores de Unigel, S.L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar,

solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 7 de abril de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del artículo 191.b) de la Ley de procedimiento laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del artículo 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la juris-

prudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre firmeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra, 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1

de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una

denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testificales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas, que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia

de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de actuaciones, retro trayendo las mismas al momento an-

terior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 euros por daños.

4. Por providencia de 14 de junio de 2007 la Sección Segunda de este Tribunal, acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se requiriese atentamente al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón y a la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias para que en el plazo de diez días remitieran respectivamente testimonio de sus autos demanda 599-2005 y del recurso de suplicación núm. 160-2006, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo que aparecía ya personada, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007 el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., interesó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2007 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, y el escrito del Procurador don Nicolás Ál-

varez Real, a quien se tuvo por personado y parte en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., así como, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

7. Mediante escrito registrado el día 21 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del artículo 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del artículo 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de

suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de connivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir connivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral, mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial

de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

8. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 4 de diciembre de 2007, reiterando el contenido de su demanda de amparo.

9. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 20 de diciembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda. En relación con la limitación del número de testigos, sin perjuicio de apreciar en la actuación del órgano judicial determinados elementos susceptibles de afectar al derecho a la defensa del demandante, señala que la queja no se acompaña de la indicación de ningún dato concreto respecto del que alguno de los testigos rechazados hubiera podido declarar, ni sobre la relevancia de dicho extremo para la resolución del pleito, ni se combate ningún extremo fáctico acreditado que hubiera podido variarse de haberse practicado la prueba denegada, por lo que la queja debe rechazarse, al no señalarse los hechos que se quisieron y no pudieron probar, más allá de la genérica alusión a la complejidad del caso, y no acreditarse tampoco la relación entre dichos hechos y la prueba no practicada, ni que dicha práctica le hubiera resultado procesalmente beneficiosa. Y respecto de la grabación magnetofónica, el demandante tampoco refuta la afirmación de la Sentencia de suplicación de que su omisión hubiera podido ser suplida por la parte por el

cauce procedimental del artículo 191.b) LPL; por otra parte, de la alegación del demandante se desprende que la prueba se refería a hechos acaecidos con posterioridad a la decisión extintiva, hechos que, en todo caso, considera la Sentencia de suplicación irrelevantes para alterar el sentido del fallo. En consecuencia, al no rebatirse que la omisión de la prueba se hubiera podido subsanar en el recurso de suplicación, no constatarse de modo fehaciente que con su práctica se hubieran podido acreditar los hechos que se pretendía acreditar y derivarse que tal extremo, aún acreditado, no era considerado relevante para la resolución del pleito, tampoco esta segunda queja de indefensión puede ser asumida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración de los derechos a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE), señala el Fiscal que la queja carece de toda argumentación en la demanda, por lo que la concurrencia de tales vulneraciones debe ser descartada, al incumplir la demandante la carga de argumentación que le incumbe, no existiendo, por lo demás, en las actuaciones nada que permita considerar implicado el primero de los derechos mencionados, ni en su vertiente individual ni en la colectiva, y no habiéndose aportado tampoco por el demandante ningún término válido de comparación, imprescindible para poder sostener la vulneración del segundo.

Entrando, finalmente, en la queja referida a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad, pone de relieve el Ministerio público cómo la Sentencia reconoció que el trabajador había aportado indicios de que la decisión extintiva fuese reactiva al ejercicio de derechos fundamentales por el trabajador, pero entendió que la empresa había aportado una justificación que neutralizaba tales indicios, cual era la rescisión del contrato de servicios, razón por

la cual consideró irrelevante toda conjetura sobre la coordinación de voluntades de las empresas. Esta conclusión, sin embargo, es difícilmente asumible, pues supone legitimar cualquier acuerdo entre las empresas, que ellas pudieran ultimar en virtud de sus estrictos intereses, cuando tales acuerdos tenían como consecuencia evidente la extinción de una pluralidad de contratos de trabajo, avalando que el acuerdo se pudiera tomar para desconocer o reprimir los derechos fundamentales de los trabajadores, al tiempo que se afirma, para resaltar el pretendido interés de la empleadora en no ver rescindido el contrato mercantil, todo cuanto puso en marcha para que la confrontación laboral no repercutiese en la empresa contratante, y cómo se plegó a la práctica totalidad de las exigencias y reivindicaciones de los trabajadores, imponiendo como única y formal exigencia que retirasen la denuncia de cesión ilegal de mano de obra contra aquélla. Este razonamiento, afirma el Ministerio Fiscal, no deja de causar perplejidad, pues se da por válida la extinción de un contrato de trabajo por la concurrencia de una causa pactada en el mismo, concurrencia que se activó sin causa justificada alguna derivada de la relación entre las empresas, considerando al mismo tiempo irrelevante la existencia de un concierto entre las mismas, al tiempo que se acepta que la razón última de que tal extinción se hubiera producido fue una denuncia que implicaba a ambas empresas, y cuya retirada fue la única condición impuesta por la empleadora para que la extinción no se produjera.

La Sentencia de suplicación hizo suyo también este argumento, aunque afirmó que la extinción del contrato mercantil tuvo por causa una modificación de las tarifas, extremo éste que no figura acreditado en la Sentencia de instancia, al que da valor estelar, aunque luego lo relativice al considerar que la extinción de dicho contrato tuvo por causa la conflictividad laboral. Esta Sentencia, que en su

fundamento de derecho segundo in fine había denegado la revisión fáctica pretendida por el trabajador para acreditar la implicación de la empresa principal en el conflicto laboral de la contratista, por considerarla irrelevante en el sentido del fallo, en su fundamento de derecho cuarto da un valor decisivo a la ausencia de connivencia entre las empresas que, por un lado, impide acreditar, y, por otro, deduce de una previa rescisión parcial por incremento de tarifas que aparece por completo ajena a lo debatido y probado en el caso de autos, de un acuerdo entre la empresa principal y sus trabajadores que tampoco guarda relación con lo acaecido, del desconocimiento por la empresa principal de la denuncia por cesión ilegal cuya acreditación ha considerado irrelevante, y de los intentos de la empleadora de mantener la contrata que tampoco están acreditados, constando por el contrario con valor de hecho probado en la Sentencia de instancia que los únicos intentos que hizo la contratista fueron frente a sus trabajadores y con el objeto de que excluyeran de sus reivindicaciones a la otra empresa.

En suma, ambas resoluciones judiciales tuvieron por acreditado que el trabajador había aportado indicios de lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva y, sin embargo, los consideraron neutralizados en virtud de una causa que sólo tendría razón de ser si ambas empresas no hubieran actuado de consuno para impedir el legítimo ejercicio por los trabajadores de sus derechos fundamentales, negándose al mismo tiempo a analizar tal concierto por entenderlo irrelevante, o rechazándolo prescindiendo del *factum* acreditado. Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, se anulen las Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

10. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 8 de octubre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el propio día, trámite que ha finalizado en el mismo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 7 de abril de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón en autos 599-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario, la representación procesal de Samoa Industrial, S.A., entidad mercantil comparecida en el presente proceso constitucional, interesa la denegación del amparo, al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Adicionalmente, señala Samoa Industrial, S.A., que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad por su parte en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponerle, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las

mismas razones que el ahora demandante de amparo.

En dichas Sentencias el Tribunal otorgó el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada fina-

lización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Daniel Fernández Varas y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerle en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 599-2005, sobre despido, y 7 de abril de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el FJ 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde*.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–*Javier Delgado Barrio*.–*Elisa Pérez Vera*.–*Eugení Gay Montalvo*.–*Jorge Rodríguez Zapata Pérez*.–*Ramón Rodríguez Arribas*.–*Pascual Sala Sánchez*.–*Manuel Aragón Reyes*.–*Pablo Pérez Tremps*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 4930-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé

Voto particular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 4930-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 4930-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya

doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 4930-2006

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre, («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo de dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las senten-

cias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez*.–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 112/2010, de 16 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 4931-2006. Promovido por don Jesús Iván Blanco Florez respecto de las Sentencias del Tribunal Superior de Asturias y de un Juzgado de lo Social de Gijón que desestimaron su demanda por despido. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga: STC 75/2010. Votos particulares. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4931-2006, promovido por don Jesús Iván Blanco Florez, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio de

Noriega Arquer y asistido por el Letrado don Carlos Muñoz Sehnert, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 7 de abril de 2006, que desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, en autos 601-2005, sobre despido. Ha sido parte la entidad mercantil Samoa Industrial, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real y asistida del Letrado don José I. Rodríguez-Vijande Alonso. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 3 de mayo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ignacio de Noriega Arquer, actuando en nombre y representación de don Jesús Iván Blanco Florez, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El trabajador demandante de amparo prestaba servicios para la empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L., contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y Unigel, S.L., habían suscrito el 28 de abril de 2000 un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2000 y posible

prórroga tácita anual. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante pactos de septiembre de 2000, mayo de 2002, septiembre de 2002, junio de 2003, noviembre de 2003 y enero de 2005.

b) Desde el mes de marzo de 2005 los trabajadores de Unigel, S.L., vinieron desarrollando negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial, S.A. No llegando a buen término las negociaciones, los trabajadores convocaron y desarrollaron jornadas de huelga los días 17 y 22 de marzo de 2005, e igualmente convocaron otra huelga posteriormente para los días 30 y 31 de marzo y 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27 y 28 de abril de 2005. El 6 de abril denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial, S.A.

c) El 14 de febrero de 2005, Unigel, S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A., un incremento del 1,62 por 100 en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. El día 23 del mismo mes Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L.

d) Los trabajadores de Unigel, S.L., adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a Unigel, S.L., a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L., continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la empresa del peligro de

ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A.

e) La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron el 1 de abril de 2005 la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

f) El 6 de mayo de 2005 Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L., que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. El 9 de mayo Unigel, S.L., comunicó al trabajador demandante de amparo, al igual que a los otros 23 trabajadores de la empresa, que ponía fin al contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión del contrato laboral prevista en el mismo.

g) En junio de 2005 Unigel, S.L., suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, todos pertenecientes al grupo de cotización correspondiente a oficiales de tercera y especialistas. Samoa Industrial, S.A., suscribió a partir del 10 de mayo quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales en prácticas de oficial de tercera o especialista y uno indefinido del mismo grupo.

h) El actor presentó demanda por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, o subsidiariamente su improcedencia, y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

i) Por Sentencia de 9 de agosto de 2005 el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón desestimó la demanda. La Sentencia rechaza, en primer lugar, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, concluyendo que el hecho de la extinción del contrato de trabajo, cual-

quiera que fuera su causa, resultaba ajeno a la empresa Samoa Industrial, S.A. En segundo lugar, y en cuanto a la empresa Unigel, S.L., rechaza también la pretensión de nulidad del despido, por considerar que, pese a haberse aportado por el demandante un indicio de prueba de la vulneración de sus derechos a la huelga y a la tutela judicial efectiva, la empresa Unigel, S.L., había acreditado la existencia de una causa lícita para la extinción –especificada ab initio en el contrato de trabajo– y ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales, cual era la de la rescisión del contrato mercantil suscrito por Samoa, S.A., por causa que no sólo no le era imputable sino que, según consta en hechos probados, hizo lo que en su mano estuvo por evitar. Por ello, entiende irrelevante cualquier conjetura sobre coordinación de voluntades entre ambas empresas pues, al estar la empresa principal fuera de la relación laboral, las decisiones que haya tomado, por sí o en unión de los intereses de la otra parte contratante, no traspasan el marco del contrato mercantil. En relación con el interés de Unigel, S.L., en no ver rescindido el contrato mercantil, recuerda la Sentencia las diferentes cesiones realizadas por la empresa en su negociación con los trabajadores, incluyendo la oferta de convertir la contratación temporal en indefinida a cambio de la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra. Finalmente, descarta también la declaración de improcedencia del despido, al entender que la extinción del contrato de trabajo se ajustaba a lo previsto en el artículo 49.1.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET).

j) Frente a la indicada Sentencia interpuso el actor recurso de suplicación. En el mismo solicitaba, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por dos motivos: por la limitación impuesta por la juzgadora de instancia en el número de testigos propuestos

por el demandante y por el rechazo en el acto del juicio de la prueba consistente en una grabación magnetofónica con las conversaciones mantenidas entre los trabajadores de Unigel, S.L., despedidos y representantes de esta empresa y de Samoa Industrial, S.A.; en segundo lugar, solicitaba la revisión de los hechos probados; finalmente, denunciaba la infracción de los artículos 43 LET, por no haberse apreciado en la Sentencia de instancia la existencia de cesión ilegal de mano de obra, y 14, 24 y 28 CE, por considerar que el despido constituyó una represalia por el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Por Sentencia de 7 de abril de 2006, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida. En la Sentencia la Sala rechaza, en primer lugar, la nulidad de actuaciones pretendida. Considera razonable la limitación a sólo tres testigos de los ocho inicialmente propuestos por el demandante, sobre todo porque con tan prolija testifical se trataba nuevamente de suscitar la cuestión de la pretendida existencia de una cesión ilegal de mano de obra, cuestión que había sido ya rechazada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón en otros supuestos enjuiciados y que versaba, por tanto, sobre hechos suficientemente esclarecidos y ya juzgados. Por lo que hace al rechazo de la grabación magnetofónica la Sala descarta la nulidad por entender que con ello no se causó ninguna indefensión al demandante, al tratarse de un hecho admitido y cuya omisión en el relato fáctico podía suplirse por el cauce procedimental del artículo 191.b) de la Ley de procedimiento laboral (LPL). En segundo lugar, la Sala rechaza las diversas revisiones de hechos probados propuestas, señalando, en relación con la octava de ellas, que «la posible implicación de Samoa Industrial, S.A., en el conflicto laboral de Unigel, S.L., y sus trabajadores resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, como a continuación

se verá». En tercer lugar, rechaza igualmente la vulneración del artículo 43 LET, por considerar que la conclusión de la Sentencia de instancia sobre la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra resultaba correcta, de acuerdo con los hechos probados y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del citado precepto. Finalmente, la Sala rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre firmeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade, más adelante, la Sentencia lo siguiente:

«La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, S.A., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto, no es una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que el contrato temporal que ligaba al recurrente con la empresa Unigel, S.L., dependía de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, su cese no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

Que no existe connivencia entre las empresas lo demuestra: 1.º la previa rescisión parcial de la contrata comunicada en febrero por la subida de precios y que desencadenó el cese de dos trabajadores, cuyas demandas fueron desestimadas por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Gijón y confirmada por esta Sala; 2.º el acuerdo de 1 de abril entre Samoa Industrial, S.A., y su Comité de Empresa para sustituir la figura de trabajadores temporales por técnicos en prácticas; 3.º la comunicación de 6 de mayo rescindiendo totalmente la contrata, sin que conste el conocimiento por parte de aquella de la existencia de una denuncia por cesión ilegal de trabajadores; y 4.º las advertencias y los intentos casi desesperados de la empresa Unigel, S.L., por mantener la contrata que se extinguió definitivamente. Por ello, aun admitiendo que la misma se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, S.A., no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata, tal comportamiento en la medida en que es imputable a quien no es empleadora de los trabajadores, pues sólo está vinculada con Unigel, S.L., en virtud de un contrato mercantil, en ningún caso podría dar lugar a las declaraciones que se pretende pues cualquiera de ellas exigiría en primer término dejar sin efecto aquel comportamiento vulnerador de derechos fundamentales e imputable únicamente a la empresa principal. Esta actuación nunca sería achacable a la contratista, quien en todo caso y por razones ajenas a su voluntad se encontraría con un contrato extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada por tal motivo a acordar los ceses contra los que se acciona.»

3. El demandante de amparo aduce en su demanda la vulneración por las resoluciones judiciales dictadas en el

procedimiento por despido de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

En primer lugar aduce el demandante la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la denegación de la prueba testifical y electrónica. En relación con ello, entiende que se ha producido una denegación anticipada de la prueba testifical de forma tajante y sin fundamentación, indicando exclusivamente la providencia de denegación que la parte actora debía elegir tres testigos de los ocho propuestos, sin indicar la causa de tal limitación, vulnerando con ello el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La denegación es, además, desproporcionada y carente de racionalidad, porque se habían solicitado ocho testigos para seis juicios, que no serían, por lo tanto, ni dos testigos por juicio, pese a lo cual se tachan de excesivos, con desconocimiento total por el juzgador de la razón de ser de cada testigo, tratándose de un juicio complejo en el que se debían analizar cuestiones tan diversas como la cesión ilegal de trabajadores, la relación entre empresas vinculadas a una contrata, el ejercicio de acciones sindicales, huelgas, conflictos, rescisión de contrata y despidos. Por lo demás, en el ámbito laboral no debe limitarse anticipadamente el número de testigos, porque antes de la práctica de la prueba el Magistrado desconoce las preguntas que se van a realizar y su pertinencia, por lo que la única forma de que la denegación sea motivada es en el acta del juicio, una vez iniciadas las declaraciones testificales. Lo contrario produce una efectiva indefensión a la parte actora, porque a ella corresponde probar los hechos.

En cuanto a la cinta magnetofónica rechazada, la misma contenía la grabación de una conversación que días antes de la celebración del juicio mantenían en las instalaciones de la empresa Samoa Industrial, S.A., las respectivas jefas de personal de ambas empresas, a solas con

cada trabajador demandante, indicándole la conveniencia de retirar el juicio. Cuestión trascendental a efectos de acreditar la connivencia entre las empresas, que ahora se niega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, y para unir el hilo conductor de los hechos que finalizaron en el despido como consecuencia de una acción de represalia a sus reivindicaciones.

Todo lo cual implica una clara indefensión de la parte actora, vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Junto a ello, el demandante denuncia la vulneración de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al considerar evidente, tras el relato de los hechos probados, que el despido de los trabajadores está íntimamente relacionado con las actuaciones desarrolladas por los mismos, ejercitando acciones de conflicto colectivo, de huelga, de denuncia ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones salariales frente a ambas empresas. Se trata, en definitiva, de decisiones empresariales encaminadas a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores. Lo que vulnera la garantía de indemnidad, con infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE.

Tanto por la existencia de cesión ilegal de trabajadores como porque Samoa Industrial, S.A., concertó y participó directamente en esta vulneración, siendo además empresario principal, debe reparar el daño causado, al igual que la empresa que despide, efecto éste necesario para la aplicación del principio de indemnidad. La única reparación posible es la condena a ambas empresas a readmitir al demandante, sin perjuicio del matiz de que dicha readmisión, en el caso de la empresa Samoa Industrial, S.A., habrá de ejecutarse reponiendo a la contratista en su situación anterior, para

que ésta pueda proceder a la readmisión.

Concluye, por ello, su demanda, suplicando a este Tribunal que dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado, anulando las resoluciones judiciales recurridas y, en orden subsidiario, primero declare la nulidad de actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento anterior a la inadmisión de las pruebas solicitadas; segundo declare la nulidad de los despidos, condenando solidariamente a ambas empresas a que procedan a reponer al actor en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión y una indemnización accesorio de 6.000 euros por daños.

4. Por providencia de 10 de julio de 2007, la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. En esa providencia se dispuso también que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, se dirigiese atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 161-2006 y a los autos núm. 601-2005, respectivamente, así como a dicho Juzgado para que procediese previamente al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. Mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2007, el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real, actuando en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., inte-

resó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 30 de octubre de 2007 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, y el escrito del Procurador don Nicolás Álvarez Real, a quien se tuvo por personado y parte en nombre y representación de Samoa Industrial, S.A., así como, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

7. Mediante escrito registrado el día 21 de noviembre de 2007 presentó sus alegaciones la entidad Samoa Industrial, S.A., interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Señala la empresa en su escrito, en primer lugar, que la limitación en el número de testigos respondió a las previsiones del artículo 92.1 LPL, al concurrir el doble requisito de un número excesivo de testigos propuestos y la convicción del órgano judicial de que sus manifestaciones habrían de constituir una inútil reiteración, por versar sobre hechos suficientemente esclarecidos. Tampoco cabe apreciar indefensión por el rechazo de una grabación magnetofónica, dado que, como señala la Sala, el objeto de la prueba versaba sobre un hecho admitido.

La pretendida infracción del artículo 14 CE no es razonada por el recurrente en momento o lugar alguno de su recurso, no vislumbrándose dónde encuentre el recurrente motivo para apreciar la discriminación proscrita por el referido precepto.

En cuanto a la pretendida vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga, el recurrente olvida dos elementos esenciales que impiden apreciar la nulidad del despido: en primer lugar, la inexistencia, declarada por la Sentencia, de cesión ilegal de mano de obra; en segundo lugar, que la decisión extintiva fue adoptada por Unigel, S.L., única y exclusiva empleadora del actor. En consecuencia, como señala la Sala de suplicación, es lo cierto que el contrato temporal que unía a la empresa con el trabajador se extinguió a la llegada de su término, al desaparecer la causa del contrato con la finalización del contrato de arrendamiento de servicios a cuya vigencia estaba vinculado, descartándose también en la Sentencia la existencia de convivencia alguna entre ambas empresas. Pero, además de no existir convivencia, no es posible mantener siquiera que la contrata mercantil se extinguiese como respuesta a las acciones judiciales ejercidas por los trabajadores; ni ello fue así, afirmando la Sala que la extinción del contrato mercantil se produjo al no asumir Samoa Industrial, S.A., la modificación de las tarifas, ni aunque lo fuese alteraría la calificación del despido, pues no se trataría de un comportamiento imputable a la empleadora de los trabajadores, que es la que efectúa los despidos.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda de despido, pone de relieve la empresa que la petición principal carece de contenido, al limitarse el demandante a solicitar que se anulen las resoluciones recurridas, con lo que el fallo carecería de efectividad. Y en cuanto a la petición subsidiaria, es evidente que ni en el terreno de las hipótesis cabría, aun admitiendo la nulidad del despido, imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de cualquier otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, dada la inexistencia de vínculo laboral,

mientras que no resultaría tampoco posible –como pretende el demandante en su recurso de amparo– obligar a restaurar el vínculo mercantil entre ambas empresas, que se extinguió válidamente en virtud de una decisión mercantil amparada por el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) y respecto del que nadie ha entablado ni intentado siquiera acción alguna en su contra, pretensión que no figuraba tampoco en la demanda inicial de despido y que constituye, por ello, una cuestión nueva, como tal prohibida en el recurso de amparo. En consecuencia, el restablecimiento del derecho hipotéticamente violado sólo podría producirse, en su caso, a través de la vía indemnizatoria, respecto de la que nada se justifica tampoco en la demanda de amparo.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 30 de noviembre de 2007, interesando el otorgamiento del amparo.

Rechaza el Ministerio Fiscal, en primer lugar, la posibilidad de tomar en consideración las quejas de indefensión formuladas en la demanda, al entender que la justificación ofrecida en las resoluciones judiciales recurridas para rechazar la práctica de las pruebas propuestas resulta absolutamente sólida.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, considera el Ministerio Fiscal que la alegación del recurrente parece basarse en el hecho de haberse privado al actor de la garantía de estabilidad en el empleo que hubiese debido disfrutar si, en vez de prestar servicios para Unigel, S.L., lo hubiera hecho directamente para la empresa subcontratante, en cuyas dependencias prestaba servicios. Pues bien, tal alegación, además de basarse en una supuesta realidad que no ha sido declarada como tal por los órganos judiciales –la cesión ilegal de trabajadores de una empresa a otra–, no tiene

en cuenta que, precisamente en razón de ese reconocimiento judicial de la dual concurrencia de empresas con sus respectivas estructuras organizativas, no resulta posible establecer entre ellas un término adecuado de comparación, de forma que la causa invocada por Unigel, S.L., para rescindir el contrato del trabajador puede tener en el caso de la empresa subcontratista una justificación no trasladable, en principio, a la empresa subcontratante, por lo que la pretensión de estabilidad en el empleo no es la misma en uno y otro caso.

Finalmente, por lo que se refiere a la invocación de los derechos fundamentales a la huelga, a la libertad sindical y a la tutela judicial efectiva, señala el Fiscal que cabe hacer una valoración conjunta de todos esos supuestos, en tanto los efectos derivados de tal pretendido reconocimiento se resumen en todos los casos en la calificación del despido como nulo, si es que fuera posible establecer como causa de éste una previa decisión empresarial que pretende, con el acto extintivo de la relación laboral, desconocer el ámbito de protección que al trabajador reservan los citados derechos fundamentales. Tras recordar las circunstancias del caso, tal y como se desprenden de los hechos probados, resalta el Fiscal cómo ambas resoluciones judiciales recurridas han partido de la existencia de indicios de discriminación que obligaban a situar en el campo de la empresa el gravamen de demostrar que detrás de la decisión empresarial no se hallaba ningún interés por sancionar la previa actuación del trabajador, que, en unión de sus compañeros, había emprendido determinadas actuaciones pretendiendo mejoras sociales, y para lo que no habían dudado en efectuar en tres ocasiones sucesivas sendas convocatorias de huelga, así como una denuncia por cesión ilegal de mano de obra ante la Inspección de Trabajo. Siendo ello así, las Sentencias recurridas desestiman la demanda del recurrente y

consideran válida la extinción contractual por el hecho de que la relación laboral que unía a las partes no fuera indefinida sino a término, rechazando la existencia de connivencia entre ambas empresas, y no siendo en realidad la decisión de despido imputable a la empresa empleadora, que se había visto abocada a acordar los ceses como consecuencia de la decisión de rescisión de la contrata por parte de Samoa Industrial, S.A. Pues bien, considera el Ministerio público que tal razonamiento no puede compartirse, porque el hecho de que el trabajador fuera eventual no tiene la relevancia que se le otorga a los efectos del despido, ni los extremos que se tienen en cuenta para negar la connivencia entre empresas pueden ser tomados en consideración, ni se considera tampoco la comunicación de 6 de mayo rescindiendo la contrata con la relevancia que se le pretende reconocer formalmente, ya que más adelante se afirma que la rescisión se produjo por la conflictividad laboral existente. En suma, entiende que el trabajador ha aportado indicios muy serios de la lesión del derecho fundamental que esgrimía y que los órganos judiciales rechazaron su pretensión partiendo de hechos no acreditados, irrelevantes o contradictorios con los probados, y mediante una argumentación jurídica sobre la naturaleza de la relación laboral que aparecía ajena a la decisión empresarial extintiva, por lo que la queja del trabajador debe ser acogida.

Por ello termina el Ministerio Fiscal solicitando que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en su manifestación de garantía de indemnidad, se anulen las Sentencias recurridas y se declare la nulidad del despido.

9. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 4 de diciembre de 2007,

reiterando el contenido de su demanda de amparo.

10. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 3 de noviembre de 2010, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Segunda de este Tribunal, recabar para el Pleno el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 16 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes el recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 7 de abril de 2006, que desestima el recurso de suplicación presentado por el mismo contra la Sentencia dictada el día 9 de agosto de 2005 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón en autos 601-2005, en reclamación por despido. Imputa a las resoluciones recurridas la vulneración, en primer lugar, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en relación con la denegación en la instancia de una prueba de reproducción electrónica y la limitación en el número de testigos propuestos en la prueba testifical; en segundo lugar, aduce la infracción de los artículos 14, 24.1 y 28.1 CE, al entender que la extinción de su contrato de trabajo se produjo como consecuencia de una decisión empresarial encaminada a cercenar el legítimo ejercicio del derecho de huelga y de acciones judiciales por parte de los trabajadores, de la que serían responsables ambas empresas demandadas en el proceso judicial.

El Ministerio público solicita el otorgamiento del amparo con base en los argumentos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, al apreciar que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, razón por la cual interesa que se anulen las citadas resoluciones judiciales y que se declare la nulidad del despido. Por el contrario la representación de Samoa Industrial, S.A., entidad mercantil comparecida en el presente proceso constitucional, interesa la denegación del amparo al entender inexistente la vulneración de los derechos fundamentales aducidos. Adicionalmente señala que, aun cuando se admitiese en el terreno de las hipótesis la nulidad del despido y la existencia de alguna responsabilidad de Samoa Industrial, S.A., en la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la consecuencia nunca podría ser la de imponer a Samoa Industrial, S.A., ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuere su causa, por lo que el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo mercantil que amparaba la contrata, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

2. Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en sus recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, resolviendo demandas de amparo formuladas por otros trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las

mismas razones que el ahora demandante de amparo.

En dichas Sentencias, el Tribunal otorgó el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Pues bien, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto que guarda con los ya resueltos una identidad sustancial, declarando la nulidad radical del despido y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas que, en la medida en que no ampararon al trabajador en la vulneración de sus derechos fundamentales, vulneraron esos mismos derechos.

Como también señalamos en aquellas Sentencias, «declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa Unigel, S.L., para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que, como antes quedó expuesto, dicha empresa comunicó a la recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con Samoa Industrial, S.A. No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del

contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.» (STC 75/2010, FJ 9, y STC 76/2010, FJ 10). Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social (como también señalábamos en esos mismos fundamentos jurídicos), en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de procedimiento laboral), determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces al mismo, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2, y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Jesús Iván Blanco Florez y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerlo en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular las Sentencias de 9 de agosto de 2005 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, dictada en autos 601-2005, sobre despido, y 7 de abril de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior, y declarar la nulidad del despido, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 2.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 4931-2006

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, en las que formulé Voto parti-

cular cuyo contenido reitero en este momento.

Firmo este Voto particular, haciendo constar de nuevo mi respeto por el criterio diferente mantenido por los Magistrados que han conformado la mayoría alcanzada en el Pleno.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO AVOCADO AL PLENO NÚM. 4931-2006

Como en realidad la Sentencia se limita a reproducir, transcribiéndolos en parte y en parte remitiéndose a ellos, los fundamentos jurídicos de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, basta para fundar este Voto particular seguir el mismo criterio de remisión, en este caso a los razonamientos expuestos en mi Voto particular a la STC 75/2010, de 19 de octubre.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 4931-2006, AVOCADO AL PLENO

Dado que en su día manifesté mi discrepancia respecto de la Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, cuya

doctrina aquí se aplica, me remito al Voto particular que formulé en aquélla.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Javier Delgado Barrio*.–Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PEREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010, EN EL RECURSO DE AMPARO 4931-2006

1. De conformidad con lo establecido en el art. 90.2 LOTC, y lo que defendí en las deliberaciones, sintetizo mi más profundo disenso con el fallo y la doctrina voluntarista que se establece en este caso:

a) En cuanto a los hechos del recurso mi posición se corresponde con lo que expresa mi compañero don Javier Delgado Barrio en su Voto particular a la STC del Pleno 75/2010, de 19 de octubre («BOE» núm. 279, de 18 de noviembre). Por ello me adhiero a su reflexión en este importante extremo.

b) Ante tales fundamentos de hecho y en cuanto a la obvia improcedencia de extender a un tercero, desde una óptica mercantil, las consecuencias del despido me remito a las consideraciones del Voto particular a la STC 75/2010 formulado por mi compañero don Guillermo Jiménez Sánchez, al que me adherí en la ocasión misma de la STC 75/2010 y me vuelvo a adherir ahora.

c) Y en cuanto a la doctrina laboral del asunto, comparto también la posición que expresa en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde Martín de Hijas, al que no puedo dejar de prestar mi adhesión, con una preocupación añadida por los efectos de esta doctrina en una situación de crisis laboral.

2. Ha sido feliz la previsión de la Constitución al establecer que las sen-

tencias del Tribunal Constitucional se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» «con los votos particulares, si los hubiere» (art. 164.1 CE). Nuestras Sentencias tienen un alcance indudable, lo que dota de interés conocer qué posiciones se han defendido en las deliberaciones, cuando no se ha alcanzado un consenso del colegio de Magistrados.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 113/2010, de 24 de noviembre de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 3536-1999. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto a diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera. Competencias sobre función pública docente: validez del precepto autonómico que excluye a los funcionarios transferidos por el Estado del proceso de integración en escalas; nulidad de la dispensa de titulación introducida en favor del personal interino. («BOE» núm. 312 de 24 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 3536-1999, interpuesto por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra la disposición adicional segunda y la disposición transitoria segunda, apartados 1 y 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera. Han comparecido y formulado alegaciones el Gobierno y el Parlamento de Canarias, por medio de sus respectivos Letrados. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 4 de agosto de 1999 el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, interpone recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional segunda y la disposición transitoria segunda, apartados 1 y 3, de la Ley de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera. En la demanda se hace expresa invocación del artículo 161.2 CE respecto de los preceptos objeto de recurso.

2. Las alegaciones del Abogado del Estado son, sustancialmente, las que se resumen a continuación:

a) Los preceptos impugnados disponen lo siguiente:

Disposición adicional segunda.

«Los funcionarios de carrera a que se refiere la disposición anterior, que fueron transferidos a la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud del Real Decreto 1939/1985, de nueve de octubre, y

que hasta la fecha de entrada en vigor de la presente Ley han venido prestando servicios docentes en los dos Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias, sin reunir los requisitos de titulación y condiciones establecidas en esta Ley, se integrarán en los grupos de clasificación correspondientes en que hayan sido transferidos, con la consideración de ‘a extinguir’.»

Disposición transitoria segunda

«1. Los funcionarios interinos que fueron transferidos a la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud del Real Decreto 1939/1985, de 9 de octubre, y que hasta la fecha de entrada en vigor de la presente Ley han venido prestando servicios en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias con anterioridad al día 22 de agosto de 1984, sin reunir los requisitos de titulación y condiciones establecidas en esta Ley, podrán asimismo acceder a la condición de funcionarios de carrera mediante la participación en las pruebas a que se refiere el núm. 1 de la disposición anterior e integrándose, en caso de superarlas, en los grupos de clasificación a que se refiere la Disposición Adicional Segunda de la presente Ley con la consideración de ‘a extinguir’.

2. ...

3. El personal docente interino que viene prestando servicios en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias con posterioridad al día 22 de agosto de 1984 y anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, sin reunir los requisitos de titulación y las condiciones establecidas en esta Ley, podrán acceder asimismo a la condición de funcionarios de carrera mediante la participación en las pruebas a que se refiere el núm. 3 de la disposición anterior e integrándose, en caso de superarlas, en los grupos de clasificación a que se refiere la Disposición

Adicional Segunda de la presente Ley, con la consideración de ‘a extinguir’.»

El Abogado del Estado sostiene que las disposiciones legales transcritas, al permitir el acceso de funcionarios a determinadas escalas sin la titulación exigida legalmente, vulneran la normativa básica del Estado dictada en materia de bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas al amparo del título competencial que al Estado le reserva el artículo 149.1.18 CE. En concreto, reputa vulnerados los artículos 19 y 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, preceptos cuyo carácter básico ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 151/1992, 4/1993, 302/1993, 388/1993), los cuales establecen como principios básicos para el acceso a la función pública los de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, y regulan la clasificación de los cuerpos, clases y categorías de funcionarios atendiendo al criterio de la titulación exigida para su ingreso.

Tras reproducir el fundamento jurídico 2 de la STC 388/1993, de 23 de diciembre, cuya doctrina en relación con la aplicación de los principios de mérito y capacidad para el acceso a las distintas escalas o cuerpos de los funcionarios que posean el título correspondiente considera de plena aplicación al presente supuesto, el Abogado del Estado sostiene que las disposiciones legales impugnadas permiten acceder a determinadas escalas y a la condición de funcionario a funcionarios de carrera e interinos transferidos y a personal docente interino sin reunir los requisitos de titulación y las condiciones fijadas para el acceso a cada cuerpo o escala. Por ello entiende que vulneran la normativa básica del Estado que exige para el acceso a cada cuerpo o escala de funcionarios una titulación determinada, establecida, con carácter general, en los ya citados preceptos de la

Ley 30/1984, de 2 de agosto, y, especialmente, para los funcionarios públicos docentes, en las disposiciones adicionales 9 a 16 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, en las que se regulan las condiciones para el ingreso en los distintos cuerpos y escalas a los que se atribuyen funciones docentes, se determina que el sistema de ingreso será el de concurso-oposición y se establece el requisito de titulación para el ingreso en los respectivos cuerpos docentes.

Alega, además, que ambas disposiciones legales vulneran también el principio de igualdad, pues, salvo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, para acceder a la función pública y, dentro de ésta, a los distintos cuerpos y escalas se requiere la titulación propia establecida en la Ley para cada caso. A juicio del Abogado del Estado la falta de exigencia de la requerida titulación académica permite que ciertos funcionarios y miembros del personal docente se incorporen a determinadas escalas de la función pública canaria, en concreto, del Cuerpo Superior Facultativo, perteneciente al grupo A, y del Cuerpo Facultativo de Técnicos de Grado Medio, perteneciente al grupo B, sin tener la titulación correspondiente. Finalmente indica que el hecho de que la incorporación a las citadas escalas se haga con la consideración de «a extinguir» no incide en absoluto en el juicio de inconstitucionalidad de las disposiciones legales recurridas, ya que tal circunstancia no da lugar a que la falta del requisito de la titulación necesaria quede subsanado.

El Abogado del Estado concluye su escrito solicitando se tenga por interpuesto el recurso y se dicte sentencia en la que se declare la inconstitucionalidad de los preceptos recurridos. Mediante otrosí indica que se invoca el artículo 161.2 CE a los efectos de que se acuerde la suspensión de los preceptos impugnados.

3. Por providencia de 15 de septiembre de 1999 la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Gobierno y al Parlamento de Canarias, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones. También acordó tener por invocado por el Presidente del Gobierno el artículo 161.2 CE, lo que, a su tenor, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de las disposiciones legales impugnadas desde la fecha de la dicha interposición del recurso para las partes del proceso y desde el día en que aparezca publicada en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros. Finalmente ordenó publicar la incoación del recurso y la suspensión acordada en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de Canarias».

4. El día 23 de septiembre de 1999 se registró en el Tribunal un escrito del Presidente del Congreso de los Diputados en el que se comunicaba que la Cámara no se personaría en el proceso ni formularía alegaciones. Mediante escrito registrado el día 8 de octubre de 1999 el Presidente del Senado interesó se tuviera por personado al Senado y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5. Por sendos escritos registrados los días 1 y 5 de octubre de 1999, respectivamente, el Director General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias y el Letrado del Parlamento de Canarias comparecieron en el procedimiento y solicitaron una prórroga del plazo para formular alegaciones. La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, por providencia de 6 de octubre de 1999, acordó prorrogar en ocho días más, a contar desde el día siguiente al de su expiración, el

plazo inicialmente concedido para formular alegaciones.

6. El Director General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias formuló sus alegaciones mediante escrito registrado el día 18 de octubre de 1999, interesando se dicte sentencia en la que se desestime el recurso de inconstitucionalidad.

En su escrito sostiene que el recurso planteado parte de dos premisas erróneas, las cuales serían, en primer lugar, que las disposiciones recurridas habilitan el acceso a las escalas de nueva creación de la Ley 8/1999 y, en segundo lugar, que se habilita dicho acceso sin reunir la titulación académica requerida en función de los grupos en los que se clasifican tales escalas. A su entender aquellas disposiciones, ni habilitan el acceso a escalas de nueva creación, ni de ellas se deduce una habilitación para el acceso de personal a grupos distintos de su nivel de titulación académica. La disposición adicional segunda se limita a prever que los funcionarios de carrera, transferidos a la Comunidad Autónoma en virtud del Real Decreto 1939/1985, que vengan prestando servicios docentes en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera y que no ostenten la titulación para acceder a las escalas de nueva creación se integrarán en los grupos de clasificación correspondientes en que hayan sido transferidos con la consideración de «a extinguir». La literalidad del precepto no admite ninguna duda interpretativa, por cuanto, lejos de prever o habilitar el acceso a escalas de nueva creación, como ha sido interpretado por el Abogado del Estado, establece exclusivamente el mantenimiento de una situación ya consolidada, integrando a dichos funcionarios en los grupos de clasificación en que hayan sido transferidos, sin que opere, por tanto, novación alguna de su situación con anterioridad a la transferencia. La justificación de tal precepto se encontraría en el hecho de que, conforme a la

Ley estatal 43/1981, de 9 de noviembre, los Cuerpos de Profesores y Maestros de Institutos Marítimo-Pesqueros estaban clasificados en cuerpos de distinta titulación, por lo que parte de los funcionarios de dichos cuerpos, creados por la Ley 43/1981, no pueden integrarse en los cuerpos autonómicos de nueva creación, por ser diferente la titulación exigida para el ingreso, quedando estos funcionarios integrados en los grupos de clasificación correspondientes a su titulación a los que pertenecían al tiempo de su transferencia a la Comunidad Autónoma, sin integrarse en los nuevos cuerpos. Idéntico criterio ha de seguirse, a su juicio, respecto a la disposición transitoria segunda, apartado l, que sólo difiere del anterior en cuanto se proyecta sobre el personal interino transferido por el Estado a la Comunidad Autónoma, previéndose su acceso, no a las Escalas de nueva creación, sino a los grupos de clasificación en que fueron transferidos por el Estado con la consideración de «a extinguir». Por su parte la disposición transitoria segunda, apartado 3, establece el sistema de acceso de los funcionarios interinos que, prestando servicios en los Institutos de Formación Marítimo-Pesquera carezcan de la titulación para acceder a las Escalas de nueva creación, pero no habilita su acceso a dichas Escalas, ya que carecen de la titulación adecuada para ello. Lo único que habilita es su acceso a los mismos grupos de clasificación preexistentes a la transferencia operada por el Real Decreto 1939/1985 y con la consideración de «a extinguir», equiparándolos así a los funcionarios interinos anteriores a dicha transferencia.

En conclusión de todo lo expuesto la representación procesal del Gobierno de Canarias sostiene que los preceptos impugnados no incurren en contradicción alguna con los artículos 19, 22 y 25 de la Ley 30/1984, al no habilitar el acceso ex novo de personal a Escalas pertenecientes

a grupos de clasificación sin ostentar la titulación exigida al efecto.

7. El Letrado del Parlamento de Canarias evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el día 19 de octubre de 1999, en el que se adhirió a las alegaciones efectuadas por el Director General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

8. La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, por providencia de 10 de diciembre de 1999, próximo a finalizar el plazo de cinco meses que señala el artículo 161.2 CE desde que se produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de las disposiciones impugnadas, acordó oír a las partes personadas para que, en el plazo común de cinco días, expusieran lo que estimasen procedente acerca del mantenimiento o el levantamiento de dicha suspensión. Evacuado por las partes el trámite de alegaciones conferido, el Pleno del Tribunal, en el ATC 38/2000, de 7 de febrero, acordó levantar la suspensión de los preceptos impugnados de la Ley de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera.

9. Por providencia de 23 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación del presente recurso de inconstitucionalidad el día 24 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Presidente del Gobierno, tiene como objeto la impugnación de las disposiciones adicional segunda y transitoria segunda, apartados 1 y 3, de la Ley de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera.

El Abogado del Estado atribuye a los preceptos impugnados la vulneración de la normativa básica del Estado dictada en materia de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos ex artículo 149.1.18 CE, normativa en la que se incluye el régimen de acceso a la función pública, incluida la docente, por entender que los preceptos impugnados permiten el acceso a determinadas escalas de funcionarios a personas que podrían carecer de la titulación exigida legalmente para ello. A su entender con las disposiciones impugnadas se permite que determinados funcionarios se incorporen a ciertas escalas del Cuerpo Superior Facultativo de la Administración pública canaria, perteneciente al grupo A, y del Cuerpo Facultativo de Técnicos de Grado Medio, perteneciente al grupo B, sin tener la titulación correspondiente, lo que vulnera frontalmente el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, tal y como garantiza la normativa básica estatal.

Por su parte el Letrado del Gobierno autonómico sostiene en su escrito de alegaciones, con la adhesión de la representación procesal del Parlamento de Canarias, la plena constitucionalidad de los preceptos impugnados. Afirma que éstos no han de ser interpretados en el sentido dado por el Abogado del Estado, puesto que no prevén una integración de las personas a los que se refieren en las escalas creadas en la Ley 8/1999, ni tampoco habilitan el acceso a grupos de clasificación distintos a los correspondientes a su titulación, sino que se limitan, en un caso, a disponer la integración de dichas personas en los grupos de clasificación, correspondientes a su titulación, a los que pertenecían al tiempo en que se operó su transferencia a la Comunidad Autónoma, sin integrarse en las nuevas escalas creadas por la Ley autonómica; y, en el otro, a proporcionar similar solución al personal interino que prestaba servicios

en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera.

2. Como resulta de las alegaciones de las partes se plantea aquí un supuesto de lo que hemos denominado inconstitucionalidad mediata o indirecta, por derivar la posible infracción constitucional, no de la incompatibilidad directa de las disposiciones impugnadas con la Constitución, sino de su eventual contradicción con preceptos básicos estatales. En tales casos, como recuerda la STC 31/2006, de 1 de febrero, FJ 2, resulta:

«obligado comenzar por precisar que, si la impugnación de la norma autonómica se realiza por contradecir la norma básica estatal, el éxito de la impugnación requerirá, de un lado, la constatación de que en efecto la norma estatal reúne la condición de básica y que, por lo tanto, ha sido dictada al amparo de la distribución constitucional de competencias. De otra parte, habrá de verificarse si existe una verdadera y real contradicción entre la norma impugnada y la norma estatal básica que no pueda ser salvada con una interpretación de la norma cuestionada conforme con la Constitución (STC 4/1981, de 2 de febrero), toda vez que el principio de conservación de la ley (SSTC 63/1982, de 20 de octubre, y 16/1998, de 26 de enero) habilita a este Tribunal para concluir que, de esa manera interpretada, la norma impugnada no sería contraria al orden constitucional de competencias (STC 38/2004, de 11 de marzo).»

La anterior operación habremos de realizarla atendiendo a nuestra consolidada doctrina (por todas, STC 44/2007, de 1 de marzo, FJ 7), en virtud de la cual la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte de este Tribunal. Por esa razón debemos determinar, en primer lugar, cuál sea esta nor-

mativa básica, vigente en el momento de la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad, que ha de operar, llegado el caso, como parámetro de constitucionalidad de los preceptos autonómicos impugnados.

3. En relación con ello la normativa básica que el recurrente consideraba afectada era la contenida en los artículos 19 y 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, así como las disposiciones adicionales novena a decimosexta de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), disposiciones todas ellas vigentes en el momento en el que se interpuso el presente recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo todas las normas básicas citadas han perdido su vigencia durante la pendency del presente proceso constitucional, siendo sustituidas por otras, las cuales, en la medida en que constituyen la normativa que ha ocupado el lugar de la invocada, deberemos tener en cuenta en nuestro enjuiciamiento.

La Ley 30/1984 ha sido, en su mayor parte, derogada, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (en adelante LEEP), derogación que ha afectado a los artículos 19.1 y 3 y 25 de la Ley 30/1984 [disposición derogatoria única b)]. No obstante esta derogación formal lo cierto es que la LEEP contiene normas materialmente similares a los preceptos citados. El artículo 19 de la Ley 30/1984 hacía referencia a la necesaria garantía de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en los sistemas de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas. Dicha garantía es la que aparece ahora consagrada en el artículo 55 LEEP, el cual, bajo la rúbrica Principios rectores del acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio, dispone que: «1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al em-

pleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases; b) Transparencia; c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección». En el mismo sentido dispone el 61.6 LEEP que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición.

El segundo precepto de la Ley 30/1984 invocado por el Abogado del Estado, el artículo 25, disponía la agrupación de los cuerpos, escalas, clases y categorías de funcionarios en grupos determinados en función de la titulación exigida para el ingreso. En términos similares la LEEP, después de establecer en su artículo 56.1.e), como requisito para la participación en los procesos selectivos, el de la posesión de la titulación exigida, dispone en el artículo 75.1 que «[l]os funcionarios se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo», y fija, en su artículo 76, los grupos de clasificación aplicables a los cuerpos y escalas de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a ellos, previsión que ha de entenderse, en cuanto a su efectiva implanta-

ción, en los términos de la disposición transitoria tercera del mismo texto legal.

Las citadas previsiones de la LEEP han de considerarse básicas, no solamente al haber sido formalmente declaradas como tales en la disposición final primera LEEP, sino porque su carácter materialmente básico se deduce sin dificultad de anteriores pronunciamientos de este Tribunal [por todos, STC 31/2006, de 1 de febrero, FJ 3.a) y b) y doctrina allí citada], en cuanto se trata de una cuestión que conecta con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y con los principios constitucionales que deben integrarlo. En efecto, aun cuando las referidas decisiones de este Tribunal se hayan adoptado en relación a las disposiciones de la Ley 30/1984 a las que ya hemos hecho mención, resulta evidente que las razones que condujeron a este Tribunal a considerar básicas las citadas disposiciones son también aplicables a los preceptos de la LEEP. Al respecto hemos de tener en cuenta que, como ya hemos afirmado en otras ocasiones (por todas, STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8):

«en materia de función pública al Estado le corresponde, en virtud del artículo 149.1.18 CE, establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que, empleada por los artículos 103.3 y 149.1.18 CE, ha de entenderse referida a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, incluyendo materialmente en su ámbito, 'en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas' [SSTC 99/1987,

de 11 de junio, FJ 3.c); 56/1990, de 29 de marzo, FJ 19].»

Con respecto a la normativa educativa aplicable ya hemos indicado que el Abogado del Estado hace referencia en su escrito a la regulación de la LOGSE, regulación que ya no está vigente, pues fue parcialmente derogada, en las cuestiones que afectan al presente recurso, por la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (en especial, las disposiciones adicionales novena, décima.2 y decimosexta LOGSE). Ambas Leyes Orgánicas fueron derogadas en su totalidad por la disposición derogatoria única 1, letras b) y d), de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, norma esta última que, conforme al criterio anteriormente expuesto, será la que, en su caso, debamos tener en cuenta a efectos de nuestro enjuiciamiento.

La disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 2/2006 establece, de modo muy similar a como en su momento hacían las otras dos Leyes Orgánicas citadas, que: «Son bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes, además de las recogidas, con tal carácter, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, las reguladas por esta Ley y la normativa que la desarrolle, para el ingreso, la movilidad entre los cuerpos docentes, la reordenación de los cuerpos y escalas, y la provisión de plazas mediante concursos de traslados de ámbito estatal. El Gobierno desarrollará reglamentariamente dichas bases en aquellos aspectos básicos que sean necesarios para garantizar el marco común básico de la función pública docente». «Las Comunidades Autónomas ordenarán su función pública docente en el marco de sus competencias, respetando, en todo caso, las normas básicas a que se hace referencia en el apartado anterior». Por su parte la disposición adicional duodécima de la misma Ley regula el ingreso y la

promoción interna, estableciendo, al inicio de su apartado primero, que «[e]l sistema de ingreso en la función pública docente será el de concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas»; en relación con ello la disposición adicional novena establece los requisitos de titulación y formación pedagógica y didáctica exigibles para el ingreso en los cuerpos de funcionarios docentes. El apartado 5 de la ya citada disposición adicional duodécima permite a los funcionarios docentes acceder a un cuerpo del mismo grupo y nivel de complemento de destino, sin limitación de antigüedad, siempre que posean la titulación exigida y superen el correspondiente proceso selectivo. Y, por último, la disposición transitoria decimoséptima habilita al Ministerio de Educación y Ciencia para proponer a las Administraciones educativas, a través de la Conferencia Sectorial de Educación, la adopción de medidas que permitan la reducción del porcentaje de profesores interinos en los centros educativos, así como dispone que, durante los años de implantación de la Ley Orgánica 2/2006, el acceso a la función pública docente se realizará mediante un procedimiento selectivo de concurso-oposición en cuya fase de concurso se valorarán la formación académica y, de forma preferente, la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa hasta los límites legales permitidos. La fase de oposición, que tendrá una sola prueba, versará sobre los contenidos de la especialidad que corresponda, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio de la docencia. Para la regulación de este procedimiento de concurso-oposición se tendrá en cuenta lo previsto en el apartado anterior, a cuyos efectos se requerirán los informes oportunos de las Administraciones educativas.

De la anterior exposición de la normativa en materia de función pública do-

cente hemos de extraer, en primer lugar, la conclusión de que las referencias de la misma a la Ley 30/1984 hay que entenderlas referidas a la LEEP en aquellos aspectos en los que, como los relativos al acceso y clasificación de los cuerpos y escalas de funcionarios en grupos de titulación, atendiendo a la exigida para su ingreso en los mismos, la regulación de éste ha sustituido a la de aquélla. En segundo lugar, hemos de reiterar la conclusión que ya alcanzamos en la STC 31/2006, de 1 de febrero, FJ 3.c), en el sentido de que la normativa educativa asume, por remisión y también de forma explícita, la vigencia de los principios fijados por la normativa general en materia de función pública, en este caso la contenida en la LEEP, en lo relativo a los aplicables a la selección y acceso del personal al servicio de las Administraciones públicas. Por ello, a los efectos de los extremos que han de ser dilucidados en el presente recurso de inconstitucionalidad, no resulta relevante que nos pronunciemos acerca del carácter docente o no docente de los cuerpos de funcionarios en cuestión, pues, con respecto a los extremos aquí analizados, la base estatal es coincidente.

4. Ello no obstante para un mejor análisis del problema que se nos plantea en el presente proceso es conveniente también examinar el régimen normativo regulador de los cuerpos de personal de Institutos Politécnicos Marítimo-Pesqueros. Al respecto la Ley estatal 43/1981, de 9 noviembre, sobre creación de cuerpos de personal docente para los Institutos Politécnicos Nacionales Marítimo-Pesqueros, creó, bajo la denominación de Cuerpos de profesores numerarios y de maestros de taller de dichos Institutos, dos cuerpos especiales de la Administración civil del Estado, precisando, en su artículo 3, las titulaciones necesarias para el ingreso en ellos. Estas titulaciones, a tenor del citado precepto legal, resultaban ser para el Cuerpo de profesores numerarios las de licenciado, arquitecto, inge-

niero, titulados de la carrera superior de náutica en sus tres ramas e ingeniero técnico o equivalentes; y para el de maestros de taller las correspondientes a enseñanzas medias (bachiller, técnico especialista correspondiente a la formación profesional de segundo grado y equivalentes). Posteriormente el Real Decreto 2682/1982, de 15 octubre, determinó las funciones, dictó normas para el ingreso en los citados cuerpos y estableció el régimen de solicitudes de integración, sin que, por último, la regulación establecida al efecto se viera afectada por las medidas de reorganización de la Ley 30/1984, norma que no hace mención expresa a estos cuerpos de funcionarios. Por Real Decreto 1939/1985, de 9 de octubre, de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de enseñanzas profesionales náutico-pesqueras, se traspasaron a la Comunidad Autónoma de Canarias las funciones en la materia, entre las cuales se incluye el nombramiento, traslado, promoción, perfeccionamiento y movilidad del personal adscrito a los centros y servicios transferidos.

5. Llegados a este punto estamos ya en condiciones de comenzar a analizar las tachas de inconstitucionalidad que el Abogado del Estado imputa a los preceptos impugnados; esto es, si existe una esencial contradicción entre las normas recurridas y la normativa básica estatal. Para ello en nuestro enjuiciamiento nos referiremos separadamente a lo establecido en la disposición adicional segunda y en la disposición transitoria segunda, apartados 1 y 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, pues en una y otra se abordan cuestiones distintas que han de recibir una respuesta diferenciada por parte de este Tribunal Constitucional.

Comenzaremos nuestro examen por lo previsto en la disposición adicional segunda, a cuyo tenor:

«Los funcionarios de carrera a que se refiere la disposición anterior, que fueron

transferidos a la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud del Real Decreto 1939/1985, de nueve de octubre, y que hasta la fecha de entrada en vigor de la presente Ley han venido prestando servicios docentes en los dos Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias, sin reunir los requisitos de titulación y condiciones establecidas en esta Ley, se integrarán en los grupos de clasificación correspondientes en que hayan sido transferidos, con la consideración de ‘a extinguir’.»

De la redacción literal del precepto lo primero que podemos apreciar es que, frente a lo afirmado por el Abogado del Estado, el precepto transcrito no regula la selección o el acceso a la función pública canaria de personas que carecerían de la titulación exigida, pues es claro que, como se desprende de su propio tenor literal, los destinatarios de esta norma ya ostentan, en virtud de las normas estatales a las que hemos hecho referencia, la condición de funcionarios de carrera de los Cuerpos de profesores numerarios y de maestros de taller, y precisamente en esa condición fueron, en su momento, traspasados a la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 1939/1985. Es decir, estamos ante una norma que tiene como objeto regular determinados aspectos de un personal que fue transferido a la Comunidad Autónoma para realizar una actividad profesional en los servicios de su propia Administración Pública.

Con respecto a la situación del personal funcionario transferido no debemos olvidar que la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico, estableció en su artículo 24.1 que «los funcionarios adscritos a órganos periféricos de la Administración estatal o de otras instituciones públicas, cuyos servicios sean transferidos a las Comunidades Autónomas, pasarán a depender de éstas, en los términos previstos en el artículo 25.1 de esta misma Ley, siéndoles respetados los derechos de

cualquier orden que les correspondan en el momento del traspaso», señalando el artículo 25 que «[l]as Comunidades Autónomas asumirán todas las obligaciones del Estado en relación con los mismos» y «[l]os funcionarios a que se refiere el presente artículo no podrán ser adscritos en las Comunidades Autónomas a puestos de trabajo que no correspondan a su categoría y Cuerpo o Escala». Por su parte el artículo 12 de la Ley 30/1984, al regular la situación de los funcionarios transferidos, señalaba en su apartado 1 que: «los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas. Las Comunidades Autónomas, al proceder a esta integración de los funcionarios transferidos como funcionarios propios, respetarán el grupo del Cuerpo o Escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes al grado personal que tuviesen reconocido». En esa misma línea el artículo 88.2 LEEP establece, con carácter de norma básica el artículo 149.1.18 CE, que «[l]os funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas, hallándose en la situación de servicio activo en la Función Pública de la Comunidad Autónoma en la que se integran», así como que «[l]as Comunidades Autónomas, al proceder a esta integración de los funcionarios transferidos como funcionarios propios, respetarán el Grupo o Subgrupo del cuerpo o escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes a la posición en la carrera que tuviesen reconocido».

En el ámbito autonómico la disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía de Canarias establece que los funcionarios adscritos a servicios de titularidad estatal que resulten afectados por los traspasos a la Comunidad Autónoma pasarán a depender de ésta, siéndoles respetados todos los derechos de cualquier orden y naturaleza que les corres-

pondieran en el momento del traspaso. Esta previsión ha sido recogida por la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de regulación de la función pública canaria, cuya disposición transitoria primera aborda la integración en la función pública autonómica de los funcionarios transferidos, estableciendo en su apartado Dos.2 que «[l]os funcionarios transferidos, y los que puedan serlo en el futuro que, conforme a las normas anteriores, no puedan ser integrados en los cuerpos o escalas creados en esta Ley se integrarán en el grupo de clasificación correspondiente con el que hayan sido transferidos con la consideración de a extinguir», previsión esta última no controvertida con la perspectiva competencial ahora alegada por el Abogado del Estado en el presente proceso constitucional, y de la cual la impugnada resulta ser un reflejo.

Por ello podemos apreciar que de lo que aquí se trata es de la regulación que una Comunidad Autónoma ha establecido para que un determinado personal quede integrado en la organización de su propia Administración, operación en la cual, en principio, no cabe discutir que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la potestad de autoorganización de que disponen, pueden configurar su propia función pública con arreglo a los criterios que, dentro del respeto al orden constitucional de distribución de competencias, consideren adecuados. Así, como destaca entre otras la STC 110/2004, de 30 de junio, FJ 4.b):

«En efecto, admitido que la Administración pública (con mayor lógica, el legislador) disfruta de cierta discrecionalidad para configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio, es razonable pensar que dispone de un especial margen de actuación 'en especial cuando se trata de resolver situaciones particulares que precisen, por razones de transitoriedad o especialidad, una adecuación o actualización de regímenes jurídicos y retributivos

(AATC 1268/1987, de 10 de noviembre, y 1053/1988, de 26 de septiembre, entre otros). No cabe duda que dentro de esas situaciones particulares cabe incluir las que nacen de procesos de transferencias, como el presente, en los que, entre otros extremos, hay que acomodar y adecuar a la Administración receptora a personas que, con uno u otro status, prestaban sus servicios en otro Ente' (STC 57/1990, de 25 de marzo, FJ 2. Vid. también ATC 54/1992, de 20 de febrero, FJ 3).»

Podemos así comprobar que la Administración receptora y, con más motivo, la propia legislación autonómica disponen de amplias facultades para establecer la estructura y organización de sus propios medios y para adecuar y acomodar a los mismos el personal transferido, aunque, evidentemente, todo ello sobre la base del respeto a los derechos del personal transferido, tal como se contempla en la normativa básica estatal.

De este modo la finalidad de la disposición autonómica impugnada no es la integración automática en las Escalas creadas por la Ley autonómica 8/1999 de los funcionarios de los Cuerpos de profesores numerarios y de maestros de taller que carecieran de la titulación que, con arreglo a la propia Ley canaria, que sigue en este aspecto lo dispuesto en la normativa básica estatal, resultaría exigible, pues tal integración no resulta de lo dispuesto en el precepto impugnado. Por el contrario la finalidad de éste resulta ordenada a responder a la necesidad de hacer frente a una situación excepcional en la que se encontraba determinado personal que ya tenía la condición de funcionario de carrera en el momento en que fue transferido a la Comunidad Autónoma, situación excepcional que vendría dada por la carencia, con posterioridad a la vigencia de las normas que regulaban el ingreso en ambos cuerpos de funcionarios, del título académico habilitante correspondiente a cada uno de los grupos de titulación establecidos en la normativa básica estatal.

La respuesta a dicha situación excepcional requiere cohonestar la capacidad autonómica para configurar su propia función pública con la obligación, derivada tanto de lo dispuesto en el Estatuto Autonomía de Canarias como en la propia normativa básica estatal, de preservar la posición de los funcionarios transferidos en el doble plano económico y administrativo o profesional, todo ello sin violentar la normativa básica estatal de la que se desprende la consideración, con carácter general, de los títulos académicos como criterio taxonómico para clasificar los cuerpos, escalas, clases y categorías de los funcionarios. Al respecto no debe olvidarse que, como ya dijimos en la STC 76/1983, de 5 de agosto, al resolver (en su fundamento jurídico 40) la constitucionalidad del artículo 31.2 del, entonces, Proyecto de Ley Orgánica de armonización del proceso autonómico, «en él se establece la forma de garantizar a los funcionarios estatales transferidos que pertenezcan a Cuerpos o Escalas los derechos adquiridos, de cualquier orden y naturaleza, que poseyeran en el momento de la transferencia, exigencia que se halla expresamente establecida en la totalidad de los Estatutos de Autonomía», en relación a lo cual afirmamos que «esta garantía implica, en relación con estos funcionarios, el mantenimiento de su situación estatutaria; de aquí que el precepto les reconozca los mismos derechos económicos, de carrera y profesionales que correspondan a los funcionarios en servicio activo de los Cuerpos o Escalas de que procedan».

Atendidas las circunstancias a las que el precepto impugnado pretende responder, esto es, la excepcional situación en la que se encuentran unos funcionarios en trance de ser integrados en la función pública canaria, integración que ha de realizarse respetando sus derechos en cuanto funcionarios de carrera, podemos apreciar que, al tratarse de funcionarios transferidos, la Comunidad Autónoma

puede disponer su integración en los cuerpos y escalas creados al efecto respetando las exigencias de grupo y titulación que se derivan de la normativa básica, lo que la Ley canaria 8/1999 ha hecho en su disposición adicional primera, que no ha sido impugnada en el presente proceso. Ahora bien, la Ley autonómica ha de atender asimismo a la obligación de respetar los derechos adquiridos por quienes eran ya funcionarios de carrera, tanto con anterioridad a la introducción por la Ley 30/1984 de la base estatal relativa a la clasificación de los cuerpos y escalas de funcionarios en función de la titulación exigida para el ingreso en ellos como, lógicamente, en el momento de producirse la posterior transferencia. Respeto de los derechos adquiridos que ha sido atendido del mismo modo que el establecido en el régimen general de la función pública canaria desde 1987, sin que éste último haya generado controversia competencial alguna. Así pues la norma impugnada encuentra su sentido en la necesidad de hacer frente a la excepcional situación en la que se encontraba un determinado grupo de funcionarios de carrera, los cuales, de esta forma, no ven alterada su situación, sin que tampoco, por impedirlo tanto la normativa básica a la que ya hemos referencia como la propia legislación canaria en materia de función pública, se integren en las Escalas específicamente creadas por la norma autonómica.

La conclusión alcanzada se corrobora si se interpretan sistemáticamente las disposiciones adicionales de la Ley 8/1999, la cual dedica a este último extremo una previsión distinta de la aquí impugnada, contenida en la ya citada disposición adicional primera, en cuya virtud se establece la regla general de integración en las Escalas creadas por la norma autonómica de aquellos funcionarios que, pertenecientes a alguno de los dos cuerpos, ostenten la titulación exigida por la propia Ley 8/1999. Regla general de integración

de la que la impugnada disposición adicional segunda se configura como excepción para hacer posible, tanto la integración de los funcionarios de carrera en la función pública canaria, como el respeto de las condiciones en que dichos funcionarios de carrera fueron transferidos por el Estado, quedando justificada su excepcionalidad por la necesidad del legislador canario de proporcionar una solución normativa para la integración en la función pública canaria de las personas que se encuentran en la situación descrita, caracterizada por la pertenencia a un cuerpo de funcionarios para cuyo acceso no se exigía, en su momento, la titulación académica que resulta de la aplicación de lo dispuesto en la sobrevenida normativa estatal y autonómica.

De esta forma es posible concluir que no se aprecia que la normativa autonómica cuestionada incurra en la contradicción con los mandatos de la normativa básica que resulta imprescindible, en supuestos como el presente, para apreciar la inconstitucionalidad del precepto autonómico, pues la finalidad de la disposición impugnada es responder a una previa situación derivada de las peculiares circunstancias en las que se produjo el traspaso de este personal de una forma que se inspira directamente en los criterios ordenadores de la función pública canaria. Respuesta que viene a suponer, en línea con lo exigido por la normativa básica estatal y por la propia legislación autonómica, el mantenimiento de la situación en la que estos funcionarios de carrera fueron transferidos por el Estado, quedando expresamente excepcionados de la integración en las escalas de funcionarios autonómicos creadas por la Ley 8/1999, integración que se dispone solamente para los funcionarios que ostenten la titulación exigida en la misma. Es decir, se trata, simplemente, de la forma en que el legislador canario ha decidido integrar en la función pública autonómica a aquellos funcionarios de

carrera que, reuniendo tal condición, carecen del requisito de titulación exigido para pertenecer a las escalas creadas por la Ley 8/1999.

Por ello falta aquí la real y efectiva contradicción entre la norma estatal y la autonómica de la que se derivaría la vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, lo que determina que la impugnación de la disposición adicional segunda de la Ley 8/1999 haya de ser desestimada.

6. Procede ahora que comencemos el análisis de la disposición transitoria segunda, apartados 1 y 3, recordando que los mismos son del siguiente tenor literal:

«1. Los funcionarios interinos que fueron transferidos a la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud del Real Decreto 1939/1985, de 9 de octubre, y que hasta la fecha de la entrada en vigor de la presente Ley, han venido prestando servicio en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias con anterioridad al día 22 de agosto de 1984, sin reunir los requisitos de titulación y condiciones establecidas en esta Ley [el resaltado en cursiva de este extremo es nuestro], podrán asimismo acceder a la condición de funcionarios de carrera mediante la participación en las pruebas a que se refiere el número 1 de la disposición anterior e integrándose, en caso de superarlas, en los grupos de clasificación a que se refiere la disposición adicional segunda de la presente Ley con la consideración de ‘a extinguir’.»

«3. El personal docente interino que viene prestando servicio en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias con posterioridad al día 22 de agosto de 1984 y anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, sin reunir los requisitos de titulación y las condiciones establecidos en esta Ley, podrán acceder asi-

mismo a la condición de funcionarios de carrera mediante la participación en las pruebas a que se refiere el número 3 de la disposición anterior e integrándose, en caso de superarlas, en los grupos de clasificación a que se refiere la disposición adicional segunda de la presente Ley, con la consideración de ‘extinguir’.»

Podemos apreciar que esta disposición transitoria, en sus apartados 1 y 3, se refiere, por un lado, a los funcionarios interinos que, teniendo tal carácter en la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y habiendo sido transferidos a la Comunidad Autónoma en virtud del Real Decreto 1939/1985, de 9 de octubre, hayan venido prestando servicios en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 8/1999, así como, por otro, al personal docente interino que viene prestando servicios en dichos Institutos con posterioridad al 22 de agosto de 1984 y con anterioridad a la entrada en vigor de la LOGSE, respectivamente, y que no reúnan, en uno y otro caso, los requisitos de titulación y las condiciones establecidas en la propia Ley 8/1999. Las normas citadas permiten acceder a dichas personas a la condición de funcionarios de carrera mediante la participación en las pruebas específicas que se convoquen, «integrándose, en caso de superarlas, en los grupos de clasificación a que se refiere la disposición adicional segunda de la presente Ley, con la consideración de ‘a extinguir’». Tales pruebas específicas consisten, para el caso de los funcionarios interinos, en un concurso-oposición, en el que se valorarán los servicios efectivos prestados, y, para el caso del personal interino que presta servicios con posterioridad al 22 de agosto de 1984, en un concurso-oposición libre, que constará de pruebas teóricas y prácticas en las que se valorarán los conocimientos sobre los contenidos curriculares y su dominio de los recursos

didácticos y pedagógicos así como los méritos académicos.

En suma, las normas impugnadas establecen que el personal contemplado en ellas, cuyo vínculo con la Administración pública canaria viene definido por la nota de interinidad, bien por haber sido transferido en tal condición, bien por haber sido posteriormente nombrado con tal carácter, adquiera, mediante la superación de las pruebas previstas en ambos apartados del precepto, la condición de funcionario de carrera de la Administración de la Comunidad Autónoma canaria en los términos previstos en esos mismos apartados 1 y 3 de la disposición transitoria segunda. De este modo, de acuerdo con la citada disposición transitoria segunda, la carencia de la titulación necesaria no sería obstáculo para el acceso a dicha condición de funcionario de carrera, sino que solamente impediría su integración en las escalas creadas por la Ley 8/1999, pues tal sería la consecuencia de la utilización de una fórmula, la de la integración en un grupo de titulación con la consideración «a extinguir», de la que, con arreglo a la propia normativa canaria en materia de función pública (al respecto, la ya citada disposición transitoria primera de la Ley canaria 2/1987), puede inferirse tanto su carácter excepcional como su aplicación, en principio, únicamente a la situación de quienes, siendo ya funcionarios de carrera, resultan transferidos a la Comunidad Autónoma como consecuencia de los trasposos de funciones y servicios inherentes al desenvolvimiento del Estado autonómico.

7. La cuestión que hemos de dilucidar aquí es la de si el mecanismo de acceso a la función pública previsto en los apartados impugnados, en particular, en lo relativo a la dispensa de la titulación necesaria en atención a la previa vinculación con los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias, resulta o no ajustado al orden cons-

titucional de distribución de competencias.

En tal sentido hemos de comenzar recordando que la posesión de la titulación académica como requisito para el acceso al empleo público ha sido reiteradamente establecida por el legislador estatal con carácter indudablemente básico [inicialmente en el artículo 25 de la Ley 30/1984 y ahora en el artículo 56.1.e) LEEP]. Esta exigencia, en principio, se refiere a todos aquellos que, tras el establecimiento de la citada base estatal, pretendan acceder a la condición de funcionarios de carrera, aun cuando tal acceso se produzca a partir de una previa situación de interinidad, condición esta última caracterizada por su naturaleza jurídica temporal y precaria, pues los interinos ocupan puestos de trabajo en razón de la urgencia requerida para cubrirlos transitoriamente hasta tanto se provean por funcionarios de carrera, si bien, en el caso que ahora se nos plantea, dicha naturaleza y condición pueda, por razones ajenas al objeto del presente proceso y que no pueden formar parte de nuestro enjuiciamiento, legítimamente ser puesta en duda. En cualquier caso es preciso recordar que el requisito de la posesión de la titulación adecuada para la ocupación de un puesto de trabajo por personal interino viene también exigido, como no podía ser de otro modo, por la propia normativa canaria (artículo 65 de la ya citada Ley canaria 2/1987).

La situación resulta así ser distinta de la anteriormente examinada respecto a la disposición adicional segunda de la Ley 8/1999, pues el ámbito de aplicación de ésta última se circunscribe a personas que accedieron a la condición de funcionarios de carrera con arreglo a la normativa vigente en ese momento, esto es, anterior a la promulgación de la Ley 30/1984. Sin embargo es claro que el requisito de la posesión de la titulación bastante para el acceso y promoción en el ámbito de la función pública se en-

cuentra taxativamente establecido por las normativas estatal básica y autonómica de desarrollo en materia de función pública, las cuales han recogido lo que ya disponía al respecto el artículo 30 de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, sin que nos encontremos aquí en uno de los supuestos excepcionales previstos por el legislador básico estatal para el acceso a la función pública [tanto en las normas vigentes en el momento de aprobarse la Ley 8/1999 (disposiciones transitorias sexta y decimoquinta de la Ley 30/1984 y disposición transitoria quinta LOGSE) ni, como se apreciará, en la normativa estatal que, con el mismo carácter básico, ha sustituido a las dos leyes citadas]. De la misma forma es indiscutible que el requisito de la exigencia de la correspondiente titulación no se cumple en los supuestos a que se refieren los apartados 1 y 3 de la disposición transitoria segunda, pues las normas controvertidas reconocen la posibilidad de acceder, previo el correspondiente proceso, a una plaza en propiedad en el ámbito de la función pública canaria sin tener la titulación requerida por la propia Ley 8/1999.

8. Reiteradamente hemos reconocido (por todas, STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4) que la toma en consideración de la previa prestación de servicios a la Administración puede ser tomada en consideración para evaluar la aptitud o capacidad del aspirante, y de hecho así lo reconoce el propio legislador básico estatal en la disposición transitoria cuarta LEEP, que habilita a las Administraciones públicas para efectuar convocatorias de consolidación de empleo temporal a puestos o plazas de carácter estructural de sus cuerpos, escalas y categorías siempre que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005. Y, aun cuando tales previsiones no resulten aquí de aplicación, procede recordar que lo

mismo ha hecho el legislador en materia de educación en la ya citada disposición transitoria decimoséptima de la Ley Orgánica 2/2006, cuyas previsiones, en cuanto a la reducción del porcentaje de profesores interinos en los centros educativos mediante el correspondiente proceso selectivo, han sido desarrolladas por el Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, de cuyo artículo 13, en relación con el 57, se deduce con claridad la exigencia del requisito de la posesión de la titulación adecuada para participar en el procedimiento selectivo de ingreso al que hace referencia la citada disposición transitoria de la Ley Orgánica 2/2006, exigencia que solamente cede en el caso de las excepciones expresamente previstas en el mismo (disposición adicional única del propio Real Decreto 276/2007).

Así, aun siendo cierto que, como hemos declarado (STC 83/2000, de 27 de marzo, FJ 4), «la consideración de los servicios prestados no es ajena a los conceptos de ‘mérito y capacidad’ del artículo 103.3 CE, ya que ‘el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados’ por la Administración convocante (SSTC 67/1989, FJ 3, y, en igual sentido STC 60/1994, FJ 6; 185/1994, FJ 6)» también hemos advertido que dicha posibilidad no es ilimitada. En tal sentido el legislador autonómico goza de un amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, pero tal libertad no es absoluta, sino que está sometida a límites, uno de los cuales es el respeto a la normativa básica estatal en materia de función pública, la cual, de modo expreso, ha sentado desde 1984 el taxativo criterio de establecer, con carácter general y salvo las excepciones previstas en ella, como requisito para el

acceso a dicha función pública el de la posesión de unas determinadas titulaciones. De lo anterior resulta que, como ya declaramos en la STC 31/2006, de 1 de febrero, en relación específicamente a la función pública docente [FJ 4.b)], no es posible que «las Administraciones autonómicas adopten medidas unilaterales en la materia, ya que nuestra jurisprudencia ha declarado expresamente que las excepciones al sistema de acceso a la función pública (docente) merecen la calificación de legislación básica, por lo que su regulación corresponde, obviamente, al Estado central».

Por ello, aun cuando las previsiones normativas impugnadas tratan de dar respuesta a una situación excepcional en la que se encuentra determinado personal que presta servicio en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias, lo cierto es que esa excepcionalidad, por sí sola, no justifica la constitucionalidad de la previsión impugnada, pues se trata de una previsión extraña a todos los procedimientos de acceso a la función pública que, de hecho, conculca los principios de igualdad, mérito y capacidad que disciplinan la adquisición del estatuto funcional, sin que el hecho de que tal acceso se produzca en un grupo de clasificación con la consideración «a extinguir» pueda enervar dicha conclusión, pues, en definitiva, acceden a la condición de funcionarios de carrera y, en tal condición, se integran en la función pública canaria y en el correspondiente grupo, personas que carecen de la titulación requerida.

En efecto, como hemos dicho en alguna ocasión, «las regulaciones singulares para el personal interino o contratado al servicio de una Comunidad Autónoma no pueden llevar al olvido o a la exclusión de los principios constitucionales a los cuales se viene haciendo alusión que preservan el derecho fundamental al libre e igualitario acceso a la función pública, respeto que habrá de

mantenerse –aun cuando quizá menos enérgicamente– en las fases posteriores de la relación funcionarial como es la promoción interna a un nivel superior (STC 27/1991)» (STC 388/1993, de 23 de diciembre, FJ 2). Con más contundencia debe tomarse en consideración esta reflexión cuando no se trata de una medida de promoción interna a un nivel superior, sino de una que pretende facilitar el ingreso en la función pública.

Así, de la ya citada STC 31/2006, resolutoria de un caso relativo al acceso a la función pública docente de personas que carecían de la titulación exigida para ello, podemos extraer el criterio de que la posibilidad de integración en la función pública de quienes carecen de la titulación exigida para el acceso mismo «está en franca y patente contradicción con dos normas básicas estatales (artículos 22.1 y 25 de la Ley de medidas ya mencionada), cuya calificación como tales se hace en el pórtico de la misma (artículo 1)». Lo mismo puede concluirse ahora, en cuanto que las previsiones anteriores de la Ley 30/1984 han sido recogidas por el LEEP con el mismo carácter básico [en especial artículos 14.c), 16 y 18 y los ya citados 56.1.e), 75.1 y 76].

9. La aplicación de lo expuesto al caso que estamos enjuiciando ha de conducir a la declaración de inconstitucionalidad de los apartados impugnados de la disposición transitoria segunda de la Ley 8/1999, dado que no estamos ahora ante una mera medida de promoción del personal funcionario, sino de la conversión de personal interino que pretende integrarse por esta vía en la función pública sin contar con la titulación exigida por la normativa estatal básica, la autonómica en materia de función pública y por la propia Ley 8/1999 (artículos 1.3 y 2.3). La pretendida dispensa de titulación implica un desconocimiento de los principios de mérito y capacidad previstos para el acceso a la función pública en la normativa impugnada, que «menoscaba la

capacidad como requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto y niega el mérito como elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento» (STC 388/1993, de 23 de diciembre, FJ 2) en la medida en que rompe el régimen general aplicable en todo el territorio nacional que, indudablemente, está en el fundamento de lo básico.

Por ello debemos considerar que la necesaria flexibilidad a la que hemos aludido, y que es preciso reconocer a la Comunidad Autónoma en orden a la adaptación de su organización para asumir las funciones y servicios asumidas en su momento mediante el correspondiente proceso de trasposos, no puede llegar hasta el punto de obviar la exigencia de un requisito previsto con carácter general por la normativa básica estatal. Es claro que no resulta posible acceder a la condición de funcionario de carrera si se carece de uno de los requisitos exigidos para ello por la normativa que, en el momento en que se produce dicho acceso, resulte de aplicación, como sucede en el presente caso con el requisito de la titulación, el cual viene impuesto tanto por la normativa básica estatal como por la propia normativa canaria en materia de función pública (artículos 23 y 24 de la Ley 2/1987).

Consecuentemente la norma autonómica impugnada vulnera la distribución competencial resultante del artículo 149.1.18 CE, por cuanto, al contradecir a la legislación básica estatal, invade el ámbito material de lo básico así delimitado, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del orden constitucional.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTO-

RIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Declarar inconstitucionales y, consiguientemente, nulos los apartados 1 y 3 de la disposición transitoria segunda de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera.

2.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugenio Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 114/2010, de 24 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 933-2000. Planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida en relación con el artículo 1827 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, en la redacción dada por la Ley 21/1987, de 12 de noviembre. Tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión: incorrecta formulación del juicio de relevancia al promoverse la cuestión de inconstitucionalidad respecto de un precepto de cuya validez no depende el fallo que deba dictarse en el recurso de apelación. («BOE» núm. 312 de 24 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo

Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugenio Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 933-2000, planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, respecto al art. 1827 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, en la redacción dada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Han intervenido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de febrero de 2000 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, por medio del cual se eleva la presente cuestión de inconstitucionalidad. Al escrito se acompaña, junto al testimonio de las actuaciones, el Auto de la referida Sección, de 10 de febrero de 2000, en el que se acuerda plantear cuestión sobre la posible inconstitucionalidad del art. 1827 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) de 1881, en la redacción dada por la Ley 21/1987, de 12 de noviembre, por vulneración del art. 24 CE.

2. Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) Don AAA formuló demanda en solicitud de adopción de NNN, mayor de edad e hija de su esposa doña MMM y de don XXX, admitiéndose a trámite y registrándose el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, con la intervención del Ministerio Fiscal. El adoptante y la adoptanda prestaron su consentimiento y la madre biológica de ésta prestó su asentimiento, habiendo informado favorablemente el Ministerio Fiscal. El padre biológico, don XXX, no prestó su asentimiento.

b) El Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lleida, de 31 de julio de 1999, falló: «Que desestimando la petición formulada en el escrito origen de este expediente, declaro no haber lugar a la adopción» de NNN por don AAA. La motivación de esta decisión se encuentra en el fundamento de Derecho segundo: «Son requisitos de la adopción el consentimiento del adoptante y de la adoptada si tiene doce años o más (artículo 121 de la Ley 19/1998 de 15 de julio del Código de Familia [sic]). Además, según el artículo 122 del mismo texto legal, deberán prestar su asentimiento a la adopción si no están imposibilitados para hacerlo el padre y la madre del adoptado o adoptada salvo que estén privados legalmente de la potestad o estén sometidos a una causa de privación de ésta. De los citados artículos y del artículo 123 de la Ley 19/1998 [sic] resulta que el régimen general de los padres biológicos en el expediente de adopción de un hijo de éstos promovido por un tercero es el siguiente: a) Deben asentir en la adopción cuando ni estén privados legalmente de la potestad ni estén incurso en causa legal de privación. b) Deben ser simplemente oídos cuando estén incurso en causa legal de privación. c) No deben ser ni oídos cuando estén privados legalmente de la potestad. En este caso, consenten a la adopción el adoptante y la adoptada, mayor de edad, y ha prestado su asentimiento a la misma la madre bio-

lógica que es a su vez cónyuge del adoptante. No obstante, no ha prestado su asentimiento el padre biológico a la adopción de su hija, por lo que no cabe dar lugar a la adopción por ser su asentimiento preceptivo en este expediente. Tanto el adoptante como la madre biológica manifestaron que el padre nunca se ha ocupado de ella, lo que de ser cierto determinaría la declaración de que está incurso en causa de privación de la potestad. Sin embargo tal declaración no deja de ser una afirmación sobre la cual ninguna prueba se ha practicado en autos. Tanto la hija como la madre reconocen que visita a su padre y a sus abuelos paternos una vez al mes ‘aunque nunca se ha ocupado de su hija’, extremo negado por el padre que afirma que le ha comprado ropa y le ha dado dinero. Ante la ausencia de prueba, no cabe acceder a la petición formulada, de gran trascendencia puesto que privaría al padre de los derechos que como tal ostenta respecto de su hija al implicar la adopción la extinción de la relación de parentesco con la familia de origen (artículo 127.2 de la Ley 19/1998 [sic]).».

c) El adoptante interpuso recurso de apelación contra esta resolución. Por Auto de 31 de diciembre de 1999, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida se planteó la siguiente cuestión de previa resolución al fondo: «a) Si en el caso presente y ante la oposición del padre de la adoptanda, el Juzgado de Primera Instancia debió acordar la transformación en contencioso del expediente, bien por la vía del juicio ordinario que corresponda conforme a lo dispuesto en el artículo 1817 de la Ley de enjuiciamiento civil, bien, en interpretación analógica de lo dispuesto en el artículo 1827, in fine, por los trámites de juicio verbal, permitiendo la posibilidad de una efectiva oposición en Derecho y la proposición y práctica de prueba por parte del padre natural, por lo que procedería acordar la nulidad de actuaciones desde

el momento en que se efectuó dicha oposición, a fin de que dicho expediente se tramitara por vía contenciosa. b) Si no es posible la interpretación que apuntamos del inciso inicial del referido artículo 1827, en la redacción dada por la Ley 21/1987 de 12 de noviembre y por tanto posterior a la CE, si procede el planteamiento por esta Sala de cuestión de inconstitucionalidad de dicho precepto, por oponerse a los artículos 24 (derechos a la tutela judicial efectiva, interdicción de indefensión, defensa y asistencia de letrado, proceso con todas las garantías y utilización de medios de prueba para su defensa), 14 (igualdad ante la ley) y 39 (protección a la familia) de la CE».

El Auto de 31 de diciembre de 1999 acordó oír al Ministerio Fiscal y a las partes. El Ministerio Fiscal, en escrito de 29 de febrero de 2000, se mostró contrario, tanto a procurar la nulidad de lo actuado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lleida, como a promover la cuestión de inconstitucionalidad. La parte instante del expediente y apelante se pronunció en favor de la nulidad de lo actuado.

3. El Auto de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección Primera) de 10 de febrero de 2000, tras descartar la nulidad de actuaciones, acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad. La cuestión se planteó en los siguientes términos: «si el artículo 1827 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 21/1987, de 12 de noviembre, es contrario a la CE, por oponerse al artículo 24 (derechos a la tutela judicial efectiva, interdicción de indefensión, defensa y asistencia de letrado, proceso con todas las garantías y utilización de medios de prueba pertinentes para su defensa) de dicha Norma fundamental». En el Auto se exponen las razones que justificaban el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y se dan «por íntegramente reproducidos los argumentos» contenidos en el Auto de 31 de diciembre

de 1999 que, según declara la Sala, «no entendemos desvirtuados por los argumentos contrarios del Ministerio Fiscal».

La motivación expuesta en el Auto de 10 de febrero de 2000 parte de la discrepancia de la Audiencia Provincial con la premisa que sustenta el informe del Ministerio Fiscal, contrario al planteamiento de la cuestión, en el sentido de que el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en la Ley de enjuiciamiento civil «es suficiente para cumplir el mandato constitucional de tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, por entender que cabe a todo interesado y por tanto al padre natural de la adoptanda comparecer como parte en dicho procedimiento, efectuar alegaciones, proponer prueba y recurrir las resoluciones que se dicten en el mismo». Por el contrario, la Sala entiende que esto «equivaldría a transformar de facto en contencioso un procedimiento creado precisamente para los supuestos en los que no se plantee oposición por parte de ninguno de los posibles afectados o interesados y contra la expresa voluntad del legislador (artículo 1827), pues con el precepto cuestionado lo que se busca es excluir la oposición y la controversia, no que la oposición se articule en forma atípica (sin asistencia letrada, ni plazo, ni fases procesales)». Pero, aun admitiendo tal premisa, la Audiencia Provincial consideraba dudoso que se cumplieran los mínimos exigidos por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión con «el simple trámite de ‘audiencia’ del padre, sin asistencia de letrado ni información alguna al mismo sobre la finalidad y trascendencia del procedimiento y la posibilidad de intervenir en él en forma distinta a la de dicha manifestación a presencia judicial».

Sigue el Auto de planteamiento su justificación en los siguientes términos: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1827 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 supondría que «dicha tutela

judicial efectiva se desarrollara plenamente al aplicarse la norma general del artículo 1817 de la Ley de enjuiciamiento civil y haberse, por tanto, debido tramitar como contencioso el expediente una vez opuesto a la adopción el padre natural. Dicho punto esencial impide a la Sala dictar resolución definitiva, ya que de apreciarse la inconstitucionalidad, debería declararse la nulidad del auto dictado por el Juzgado por las razones antedichas, y de no apreciarse la misma entonces sí, resolver la Sala sobre el recurso interpuesto dando o no, en definitiva, lugar a la adopción de una mayor de edad pretendida».

Como último argumento en apoyo del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad la Audiencia Provincial invoca la derogación expresa del artículo 1827 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 por la Ley de enjuiciamiento civil de 2000; «derogación evidentemente coherente con la tesis de este Tribunal».

Por su parte, el Auto de 31 de diciembre de 1999, cuyos argumentos incorpora por referencia el Auto de planteamiento, también pone de manifiesto las dudas de la Audiencia Provincial respecto al artículo 1827 de la Ley de enjuiciamiento civil: «Habida cuenta de la trascendencia no solamente para el adoptante y el adoptado, sino también para la familia de origen del segundo de la decisión aprobando judicialmente la adopción, la interpretación literal de dicho precepto es para la Sala difícilmente conciliable con el mandato constitucional de tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión que contempla el artículo 24 CE, puesto que la intervención del padre natural en el expediente de adopción de un mayor de edad, cual acontece en el presente se limita por la Ley a su simple 'audiencia'. Es decir, su participación en el procedimiento es sumamente limitada, máxime si se pone en relación con las consecuencias que pueden resultar del

mismo (la extinción del parentesco y supresión de los derechos derivados del mismo, especialmente en materia sucesoria y de reclamación de alimentos) y no sólo para el padre natural sino también para toda la familia paterna. Y sin que esa limitada participación procesal se vincule a una valoración negativa de la conducta del progenitor o un incumplimiento de sus deberes paterno-filiales, como ocurre en los supuestos de adopción de un menor de edad.

La justificación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en este primer Auto se cierra con el siguiente argumento: «Y además, y según lo dispuesto en el artículo 130 del Codi de Família», la adopción que es irrevocable, puede ser revocada excepcionalmente cuando, sin culpa, los padres no han tenido la intervención legalmente prevista en el procedimiento, «debiéndose entender como así hace la doctrina autorizada que dicha intervención se agota en casos como el presente con el referido trámite de audiencia, por lo que, de concederse por la Sala la adopción solicitada, la misma produciría plenos efectos para el padre natural de la adoptanda, que no podría pretender su impugnación por vía del juicio ordinario que corresponda. Tal diferencia de trato, tanto sustantivo como procesal, entre padre e hijo mayores de edad, en orden a la extinción del vínculo de parentesco podría asimismo pugnar con los derechos a la igualdad ante la ley (artículo 14 CE) y de protección a la familia (artículo 39 CE), en cuanto a la extinción del vínculo parental».

4. La Sección Tercera, por providencia de 11 de abril de 2000, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 933-2000, tener por recibidas las actuaciones remitidas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida y dar traslado de las mismas, conforme al art. 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al

Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse y formular las alegaciones que estimasen convenientes. En la misma providencia se acordó publicar la incoación de la cuestión de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado».

5. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 10 de mayo de 2000, la Presidenta del Senado comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de dar por personada a aquella Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 12 de mayo de 2000, la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó que, aun cuando la Cámara no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

7. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegación el 5 de mayo de 2000, en el que pedía la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, con los siguientes argumentos:

El Abogado del Estado está conforme con la decisión de la Audiencia Provincial de descartar las soluciones que pasan por convertir el procedimiento de jurisdicción voluntaria en contencioso si, como en el caso, concurre oposición del padre natural, por cuanto las posibilidades de tal interpretación de la Ley serían «enormemente forzadas». También manifiesta su acuerdo en cuanto a que la cuestión no era inviable por causa del carácter meramente negativo del juicio de inconstitucionalidad.

Distinta es su valoración en cuanto a los efectos de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad respecto al caso concreto. El Auto del Juzgado de Primera

Instancia desestimó la pretensión del adoptante, esto es, falló según los deseos del padre natural y «en tal supuesto, puede decirse que representaría un contrasentido cuestionar una norma procesal por las escasas garantías de intervención dadas a quien ha resultado favorecido por la decisión final del procedimiento». Sigue argumentando que: «Toda anulación de actuaciones basada en la omisión de trámites o garantías ha de tener como justificación práctica la posibilidad de que la actuación subsanatoria o reproductora permita alcanzar una solución distinta de la defectuosamente conseguida, y precisamente, en beneficio de quien deba reputarse perjudicado por la infracción. Sin embargo, en el caso de que dimana la presente cuestión, la secuencia de un proceso sólo tendría como justificación práctica la posibilidad de que la intervención contradictoria del padre por naturaleza se conciba también como eventual fuente inspiradora de razones adversas a las previsiblemente alegables por aquel, o que la tutela contra la ley por insuficiencia de las garantías procesales dispensadas se conciba en beneficio de quien ha contado con la plenitud de aquellas garantías».

Igualmente destaca la paradoja que supone que, en el caso, el padre natural, es decir, aquel cuyos derechos se pretenden vulnerados, «ni ha mostrado intención de asumir en el procedimiento una intervención mayor que la que ha tenido, ni tampoco se ha alzado contra el fallo sometido a revisión». Esta línea argumental desembocaría en un reconocimiento automático de las infracciones procesales como infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, lo cual es contrario a la doctrina constitucional, «que ha acentuado las diferencias entre uno y otro supuesto bajo la perspectiva de una idea finalista y no formalista del proceso».

En suma, el Abogado de Estado defiende la inadmisión de la cuestión de

inconstitucionalidad, pues entiende que la cuestión no superaba el necesario juicio de relevancia «porque falta la mínima y esencial correspondencia entre el interés supuestamente lesionado por un defecto legal en la tramitación y las posibilidades de reparación sugeridas por el Auto: ni se puede estimar lesionado al favorecido por el fallo, ni se puede estimar perjudicado a quien no ha sufrido las restricciones que se imputan a la norma cuestionada».

De modo alternativo, el Abogado del Estado entra en el fondo de la cuestión, considerando necesario, a tal efecto, estudiar el caso, no sólo respecto de la posible lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sino también respecto de la posible lesión del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, toda vez que la Audiencia Provincial argumentó sobre la procedencia de la cuestión de inconstitucionalidad desde ambas perspectivas en el Auto de 31 de diciembre de 1999; Auto cuyos argumentos incorpora el Auto de 10 de febrero de 2000, de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Respecto a la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad, señala que el Auto de 31 de diciembre de 1999 argumentaba que la ley establece un trato diferente a los padres naturales en función de la edad del adoptando, en relación a su intervención en el expediente de adopción. En efecto, el Derecho sustantivo en materia de adopción prevé una intervención distinta de los padres en el expediente de adopción en función de la edad del adoptando y, si el adoptando es mayor de edad, los padres sólo son oídos. El Abogado del Estado sostiene que esta solución es perfectamente acorde tanto con la finalidad de la adopción como con la institución de la mayoría de edad: la diferencia de trato no necesita mayor justificación, pues «falta patentemente una situación de iden-

idad». Cierra así su razonamiento el Abogado del Estado: «No puede pues, decirse que en la adopción estén desigualmente tratados los progenitores según la edad del adoptando, puesto que las diferencias se conectan a un presupuesto absolutamente común del ordenamiento: el interés del menor de edad debe ser apreciado por sus padres, mientras que el de los mayores de edad corresponde exclusivamente al adoptando».

En consecuencia, en opinión del Abogado del Estado, la diferencia de trato a los padres naturales según sea la adopción de adoptando menor edad o de adoptando mayor de edad, no presenta tacha constitucional en términos de igualdad, ya sea a resultas de la aplicación del art. 130 del Código de Familia de Cataluña, que no es sino «una mera consecuencia procesal de la regla sustantiva anterior», ya a resultas del art. 1827 LEC, que establece dos soluciones distintas para situaciones no comparables. Así, el art. 1827 deriva excepcionalmente al juicio verbal aquellos casos en que se discuta cuál debe ser la intervención de los padres en el procedimiento de adopción «sólo en casos de adopción de menores de edad». Sigue el Abogado del Estado: «Con tal excepción a la regla general el legislador está acentuando la propia distinción que el auto reputa injustificada: una cosa es que el asentimiento de los padres, ante ciertas conductas de estos, no se revele útil para el menor y otra muy distinta que por ser mayor de edad resulte innecesaria». Esto es, en la adopción de un mayor de edad la intervención de los padres no está vinculada al interés del adoptando, ni puede interpretarse como sanción a un comportamiento; es «estricta manifestación de las consecuencias de la mayoría de edad».

Respecto a la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, el Abogado del Estado parte de la posibilidad de que el legislador limite la legitimación procesal en algunos

grupos de casos y, en consecuencia, limite el acceso al proceso. Esta solución serviría al quieto y pacífico goce de los derechos, como componente del derecho a la tutela judicial efectiva: «la ley presume en esos casos que la tutela judicial se presta más adecuadamente cerrando el paso a ciertas acciones que dándoles un curso inadecuado que sólo puede ocasionar molestias, dilaciones y gastos innecesarios». El Abogado del Estado señala como ejemplo el art. 1302 del Código civil, que limita el ejercicio de la acción anulatoria de los contratos a los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos; limitación procesal que no supone desconocer que, a resultados de dicho contrato, las expectativas hereditarias o de alimentos de los hijos del contratante pueden resultar afectadas.

La misma lógica concurre en el caso de autos: «la adopción de los mayores de edad, asume inevitablemente un componente contractual, por más que la confluencia de voluntades de los adoptantes y del adoptado no sea suficiente para la creación del vínculo adoptivo. Correlativamente, la voluntad de los progenitores por naturaleza resulta irrelevante en el marco de esta forma de adopción, precisamente porque la mayoría de edad del adoptado hace innecesaria cualquier suplencia o complemento de la voluntad del adoptado». Sigue el Abogado del Estado: «Por ello, la ley prevé una intervención modesta de los padres por naturaleza reducida a ser «simplemente oídos» en los expedientes de adopción». De hecho, esta regulación procesal «no pasa de ser un trasunto fiel de la regulación civil: el ser simplemente oídos, revela el propósito de excluir una intervención procesal distinta a la mera expresión de su opinión sobre la conveniencia de la adopción para el adoptado». En este sentido, señala el Abogado del Estado, la afirmación de la Audiencia Provincial es cierta: el precepto cuestionado excluye la controversia; «pero en nada cabe repro-

char a esa finalidad y sentido una contradicción con la Constitución, que al proscribir la indefensión no garantiza, sin más la presencia en juicio de cualquier persona y en cualquier controversia. No es, por tanto, que la ley procesal limite arbitrariamente un interés sustantivo reconocible. Es que la ley sustantiva concreta ese interés en una forma de intervención distinta a la propugnada por la Sala proponente».

8. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegación el 6 de julio de 2000, en el que interesa la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, con los siguientes argumentos:

Ante todo, entiende que la cuestión de inconstitucionalidad es inadmisibile por concurrir el óbice procesal de falta de relevancia para la decisión del proceso. En primer término, el Fiscal llama la atención sobre el hecho de que ninguno de los dos Autos de la Audiencia Provincial (Auto de 19 de diciembre de 1999 y Auto de 10 de febrero de 2000) mencionaba expresamente este requisito. El Auto de 10 de febrero de 2000 «parece referirse a él» cuando dice: «Dicho punto esencial impide a la Sala dictar resolución definitiva ya que, de apreciarse la constitucionalidad [sic], debería declararse la nulidad del auto dictado por el Juzgado por las razones antedichas y de no apreciarse la misma, entonces sí, resolver la Sala sobre el recurso interpuesto dando o no en definitiva lugar a la adopción de una mayor de edad pretendida». En opinión del Fiscal esta justificación es «totalmente insuficiente», pues «la dualidad de soluciones previstas en el párrafo transcrito no impide juzgar el caso, siendo irrelevante para la Audiencia Provincial el fallo de la cuestión de inconstitucionalidad ya que, en todo caso, le permite una aplicación del precepto por vía interpretativa». Entiende, en fin, que en el caso no se produce una duda positiva de constitucionalidad, sino una «perplejidad interpretativa», con lo que se estaría some-

tiendo al Tribunal Constitucional una cuestión innecesaria para la resolución del caso concreto.

En segundo término, el Fiscal General afirma que, aun cuando es posible plantear cuestiones de inconstitucionalidad de leyes procesales, «es de observar que ello se ha hecho en función de la vinculación entre norma cuestionada y aplicación estricta de fallo aplicado a sentencia definitiva». Pero pone en duda que éste fuera el caso, toda vez que lo que se plantea al Tribunal Constitucional «es propiamente un cauce procedimental» que no afecta necesariamente al fallo.

Para el supuesto de que no se apreciara la falta de relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal General entra en el fondo del asunto, previo a lo cual formula dos observaciones: recuerda que el art. 1827 LEC de 1881 ha sido derogado expresamente por la Ley de enjuiciamiento civil de 2000, por lo que la cuestión podría perder su objeto si el Tribunal Constitucional no se hubiera pronunciado antes del 8 de enero de 2001, fecha de su entrada en vigor. Asimismo, limita el espectro de la cuestión de inconstitucionalidad a la posible oposición del precepto cuestionado al art. 24.1 CE, con expreso rechazo a que pudiera entenderse formulada también respecto del art. 14 CE, por cuanto en estos términos sólo la refiere el primer Auto de 19 de diciembre de 1999, sin que haya correlato en el Auto posterior de 10 de febrero de 2000, que es el que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, «como resulta de su literalidad y de la nula fundamentación jurídica precedente en torno a una presunta desigualdad».

Acotada la cuestión de inconstitucionalidad a la posible oposición del artículo 1827 de la Ley de enjuiciamiento civil al art. 24.1 CE, el Fiscal General resume el planteamiento de la Audiencia Provincial y rechaza que existiera la situación de indefensión pretendida por la

Audiencia por el hecho de que, de la interpretación coordinada del art. 1827 LEC con los preceptos relativos a la adopción en el Código de Familia de Cataluña, la intervención del padre biológico en el expediente de adopción de un mayor de edad se limitara a ser oído. El Fiscal General asume el argumento vertido en su informe por el Fiscal de la Audiencia Provincial de Lleida en el sentido de señalar que, en la práctica, por mor del juego combinado de otras disposiciones, el padre biológico sí tiene posibilidades de intervención y defensa de sus intereses en el procedimiento de adopción, aunque el art. 1827 le impida desarrollarlos en el marco de un procedimiento contencioso. A lo que añade la consideración de que resulta curioso «que el Juez se base en la simple audiencia del padre biológico, sin prueba adicional, para estimar su pretensión de que no se acuerde la adopción, como también lo es que sea el adoptante el que abogue por un juicio verbal cuando es oído sobre la alternativa de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o nulidad de actuaciones». Por último, con invocación de la STC 298/1993, afirma que «[l]a anterior doctrina entendemos que valida la jurisdicción voluntaria como cauce genérico de satisfacción de pretensiones y nos obliga a planear sobre este caso de modo específico», considerando que la limitada intervención de los padres biológicos en los supuestos de adopción de mayor de edad no es irrazonable ni vulnera la tutela judicial efectiva «que no garantiza ni un cauce procesal determinado independientemente del tipo de pretensión ni una actuación igual de todos los intervinientes en el proceso a los efectos de conformar la decisión judicial».

9. Por providencia de 23 de noviembre de 2010, se señaló para votación y fallo de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida ha planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 1827 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) de 1881, en la redacción dada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). De conformidad con el citado precepto: «En caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1817, salvo en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieren alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente, y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal».

La Audiencia Provincial de Lleida sostiene que «la interpretación literal de dicho precepto es para la Sala difícilmente conciliable con el mandato constitucional de la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión que contempla el artículo 24.1 CE, puesto que la intervención del padre natural en el expediente de adopción de un mayor de edad, cual acontece en el caso presente, se limita por la Ley a su simple audiencia».

El Abogado del Estado propone la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por falta de relevancia de la cuestión para el proceso. Sostiene que, dado que el Auto del Juzgado de Primera Instancia falló según los intereses del padre natural, resulta un contrasentido plantear dudas en cuanto a las garantías que le proporciona la norma procesal controvertida. Esto es, «porque falta la mínima y esencial correspondencia entre el interés supuestamente lesionado por un defecto legal en la tramitación y las posibilidades de reparación sugeridas por el Auto: ni se puede estimar lesionado al favorecido por el fallo, ni se puede estimar

perjudicado a quien no ha sufrido las restricciones que se imputan a la norma cuestionada». A ello se añade que el padre natural no ha mostrado interés en asumir una intervención mayor, ni se ha alzado contra la resolución judicial. De esta suerte, la presente cuestión partiría de un reconocimiento automático de las infracciones procesales como infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, lo cual es contrario a la doctrina constitucional, «que ha acentuado las diferencias entre uno y otro supuesto bajo la perspectiva de una idea finalista y no formalista del proceso».

También el Fiscal General del Estado considera que la cuestión de inconstitucionalidad es inadmisibile por falta de relevancia. El Auto de planteamiento no hace una formulación expresa del juicio de relevancia, y lo que podría entenderse como tal es, en opinión del Fiscal, totalmente insuficiente para sostener la admisión de la cuestión, toda vez que lo que pone de manifiesto es una «perplejidad interpretativa» y no una duda positiva de constitucionalidad. A ello añade que lo que se plantea al Tribunal es el enjuiciamiento de un cauce procedimental que no afecta necesariamente al fallo.

2. El primer aspecto que resulta necesario dilucidar es el relativo a la influencia que puede tener sobre la subsistencia de la presente cuestión el hecho de que el precepto discutido haya sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (disposición derogatoria única), a partir de la entrada en vigor de la misma (que tuvo lugar un año después de su publicación, de acuerdo con la disposición final vigésima tercera). En efecto, cabría plantearse si la desaparición del precepto provoca o no que la cuestión de inconstitucionalidad pierda su objeto.

Pues bien, esa derogación no determina la pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, porque, como es reiterada doctrina de este Tribunal

Constitucional, en las cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación, modificación o sustitución de la norma cuya constitucionalidad se pone en duda no priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada, modificada o sustituida en el proceso a quo puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal. De modo que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esas operaciones, resulte o no aplicable al proceso a quo y de que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (por todas, STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 4).

En el presente caso, la derogación del art. 1827 LEC de 1881 no puede conllevar la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, pues el juicio de constitucionalidad que sobre aquél habríamos de efectuar se conecta con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial promotor de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada y sustanciar el procedimiento de acuerdo con la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso a quo, tal y como resulta, por lo que se refiere a las normas procesales, de la disposición transitoria tercera de la LEC de 2000 para los procesos que se encontraran en segunda instancia. En cualquier caso, esa derogación no ha implicado una alteración esencial en el régimen aplicable, ya que el art. 781.1 LEC de 2000 contiene una regulación sustancialmente igual a la del precepto cuestionado.

3. Una vez aclarado lo anterior, la resolución de la presente cuestión de in-

constitucionalidad exige comenzar con el análisis del vicio de procedibilidad que denuncian el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, consistente en que la cuestión no supera el necesario juicio de relevancia, exigido por los artículos 163 CE y 35.1 LOTC, que limitan el alcance de la cuestión de inconstitucionalidad a las normas con rango de ley aplicables al caso y de cuya validez dependa el fallo; en concreto, tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General insisten en la falta de relevancia de la cuestión. De apreciarse que dicho vicio de procedibilidad concurre, ello conduciría a la inadmisión de la cuestión, sin entrar en la alegación de pérdida de objeto por derogación del precepto cuestionado ni en el fondo.

En relación con la posibilidad de examinar en el trámite de Sentencia la concurrencia de los requisitos de admisión hemos de señalar que la LOTC (art. 37.1) abre la posibilidad de rechazar en trámite de admisión la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o la cuestión misma fuere notoriamente infundada, pero «esta posibilidad de decretar la inadmisibilidad en trámite previo no excluye, en modo alguno, la facultad del Tribunal para hacer mediante Sentencia un pronunciamiento de la misma naturaleza cuando las razones que impiden entrar a resolver sobre la validez de la norma cuestionada no son aparentes prima facie o, aparecen de tal modo que resulta aconsejable abrir todas las posibilidades del debate, dando intervención a todos los llamados por el art. 37.2 de la LOTC, y siguiendo el proceso constitucional hasta terminar por Sentencia, con la plenitud de efectos y de publicidad que a esta modalidad de decisión corresponde (STC 17/1981, 103/1983, 106/1986 y 127/1987, entre otras)» (STC 64/2003, de 27 de marzo, FJ 3).

En cuanto al concreto óbice de procedibilidad denunciado en este proceso

debe recordarse que, de acuerdo con nuestra doctrina, aunque es al órgano judicial que plantea la cuestión a quien le corresponde efectuar el llamado juicio de relevancia, ello no impide a este Tribunal efectuar la revisión del mismo con el fin de garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 90/1994, FJ 2 de 17 de marzo, y 174/1998, de 23 de julio, FJ 1) y evitar así que este procedimiento se convierta en un medio de impugnación directa y abstracta de la Ley, asegurando, al propio tiempo, que su uso sirva a la finalidad de conciliar la doble obligación que recae sobre los órganos judiciales de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución (AATC 133/2001, de 22 de mayo, y 283/2001, de 30 de octubre, FJ 2, entre otros muchos). También hemos señalado que la revisión del juicio de relevancia tiene que realizarse necesariamente a la luz de la relación de interdependencia existente entre pretensión procesal, objeto del proceso y resolución judicial (por todos, ATC 283/2001), pues su interdependencia hace que el sentido y alcance de la solución judicial vengán siempre determinados y condicionados por la clase de proceso en el que se produce y por el contenido y finalidad de la pretensión que en el mismo se ejercita (por todas, STC 174/1998, FJ 2). En coherencia con ello, este Tribunal queda facultado para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad cuando, tras efectuar el examen de la relevancia de la norma legal cuestionada para la resolución del proceso pendiente, «de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de los principios jurídicos básicos se desprenda que dicho nexo causal no existe» (SSTC 83/1984, de 24 de julio; 4/1988, de 21 de enero; 189/1991, de 3 de octubre; y 90/1994, de 17 de marzo, entre otras).

4. Pues bien, en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad considerada, el juicio de relevancia, al que no se hace una referencia expresa, se centra en la siguiente argumentación: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1827 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 supondría que la «tutela judicial efectiva se desarrollara plenamente al aplicarse la norma general del artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y haberse, por tanto, debido tramitar como contencioso el expediente una vez opuesto a la adopción el padre natural. Dicho punto esencial impide a la Sala dictar resolución definitiva, ya que de apreciarse la inconstitucionalidad, debería declararse la nulidad del auto dictado por el Juzgado por las razones antedichas, y de no apreciarse la misma entonces sí, resolver la Sala sobre el recurso interpuesto dando o no, en definitiva, lugar a la adopción de una mayor de edad pretendida».

Dados los imprecisos términos en que se manifiesta el Auto de planteamiento, para determinar la efectiva relevancia del art. 1827 LEC de 1881 a los efectos de la resolución del proceso del que trae causa la presente cuestión, hemos de poner la justificación reproducida en conexión con los dos argumentos que sirven al órgano judicial promotor de la cuestión para fundamentar la inconstitucionalidad del precepto, con objeto de apreciar si existe o no el imprescindible nexo causal. De una parte, se aduce que con el mismo se busca excluir la oposición y la controversia; de otra, que aun admitiendo que el procedimiento previsto permitiera al padre comparecer en éste, su simple «audiencia» sin asistencia de letrado ni información sobre la finalidad y trascendencia del procedimiento no cumple con las exigencias de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 CE.

El examen de los anteriores razonamientos del órgano proponente de la cuestión de inconstitucionalidad a la luz

de las circunstancias del proceso evidencia una incorrecta formulación del juicio de relevancia. Ciertamente, no puede negarse la aplicabilidad al caso que se encuentra en el origen de la presente cuestión del art. 1827 LEC de 1881; pero ese dato no es suficiente, como veremos, para sostener que de la validez de dicho precepto dependa su fallo.

Ante todo cabe apreciar que el Auto de planteamiento efectúa una lectura del art. 1827 LEC de 1881 tan restrictiva y apartada de su tenor literal que le hace llegar a la conclusión de que el mismo niega a los padres biológicos la posibilidad de formular oposición, siendo así que el precepto cuestionado contempla esa facultad expresamente, determinando incluso que se ventile por los trámites del juicio verbal cuando los padres citados sólo para audiencia comparecieren alegando que es necesario su asentimiento. Falla así el punto de partida del razonamiento del órgano promotor, por lo que, en último término, el argumento esencial del Auto de planteamiento de la cuestión para fundamentar la inconstitucionalidad y la consiguiente relevancia del precepto queda reducido a que, con independencia de que el procedimiento arbitrado permita al padre comparecer y formular oposición, no es conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva del padre biológico que se le cite solamente para audiencia. Y es en este punto, precisamente, en el que se pone de manifiesto de manera patente que el precepto cuestionado carece de la relevancia que se le pretende atribuir por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, ya que los problemas de constitucionalidad que se le imputan serían predicables, en su caso, de la regulación sustantiva de la que trae causa el precepto y no del trámite procesal establecido en éste. Esto es, al margen de las circunstancias del caso, el art. 1827 LEC de 1881 es una norma procesal que se encuentra al servicio de la norma sustantiva que disciplina la in-

tervención de los progenitores en la adopción de sus hijos mayores de edad, y que sitúa esa intervención en la simple audiencia [art. 123.a) del Código de Familia de Cataluña y art. 177.3.1 en relación con el art. 177.2 CC], de suerte que una eventual declaración de inconstitucionalidad de aquél no tendría el efecto pretendido por el Auto de planteamiento, que lo que cuestiona es el alcance de la intervención del progenitor de un mayor de edad en su adopción, ya que la regulación sustantiva permanecería plenamente vigente.

Habida cuenta de lo expuesto, se ha de concluir que la cuestión de inconstitucionalidad planteada incurre en el óbice procesal denunciado por el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, al no quedar justificada la relevancia de la norma cuestionada en los términos requeridos por la LOTC y nuestra doctrina, y, por ello, debe ser inadmitida.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 115/2010, de 24 de noviembre de 2010. Cuestiones de inconstitucionalidad 3916-2005, 8820-2005, 6292-2006, 3899-2007, 5947-2008 y 7433-2008 (acumuladas). Planteadas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de dignidad de la persona, libre desarrollo personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento). («BOE» núm. 312 de 24 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas números 3916-2005, 8820-2005, 6292-2006, 3899-2007, 5947-2008 y 7433-2008, planteadas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, respecto del artículo 57.2 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magis-

trado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El 30 de mayo de 2005 fue registrado en este Tribunal un escrito fechado el 24 de mayo de 2005, remitido por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, al que se acompaña junto al testimonio de particulares del procedimiento (rollo de apelación número 238-2005 y juicio rápido número 36-2005 seguido ante el Juzgado de lo Penal número 1 de los de Valladolid), el auto del referido órgano judicial de 20 de mayo de 2005, por el que plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 Código penal (en adelante CP).

El mismo órgano judicial realiza idéntico planteamiento en otros cinco procedimientos, que tienen los siguientes números de registro y autos de planteamiento: 8820-2005, auto de 23 de noviembre de 2005 (rollo de apelación número 652-2005 y procedimiento abreviado número 144-2005 seguido ante el Juzgado de lo Penal número 1 de Valladolid); 6292-2006, auto de 5 de junio de 2006, (rollo de apelación número 326-2006 y procedimiento abreviado número 408-2005 seguido ante el Juzgado de lo Penal número 1 de Valladolid); 3899-2007, auto de 18 de abril de 2007, (rollo de apelación número 81-2007 y juicio rápido número 394-2006 seguido ante el Juzgado de lo Penal número 2 de Valladolid); 5947-2008, auto de 9 de julio de 2008, (rollo de apelación número 251-2008 y juicio rápido número 47-2008 seguido ante el Juzgado de lo Penal número 3 de Valladolid); 7433-2008, auto de 16 de septiembre de 2008, (rollo de apelación número 329-2008 y juicio rápido número 60-2008 seguido ante el Juzgado de lo Penal número 2 de Valladolid).

2. Los antecedentes de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En todos los procesos judiciales reseñados, tras haberse dictado sentencia condenatoria por los referidos Juzgados de lo penal, se interpuso recurso de apelación y fueron remitidas las actuaciones a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid.

b) Llegados los autos a la Sección, ésta acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 57.2 CP (añadiéndose en los procedimientos correspondientes a las cuestiones números 5947-2008 y 7433-2008 también el artículo 48.2 CP), por posible vulneración de los artículos 1.1 y 10.1 CE en sus manifestaciones relacionadas con el libre desarrollo de la personalidad; del artículo 18.1 CE, relativo a la intimidad personal y familiar; así como de los artículos 24.1 y 25.1 CE.

c) El Ministerio Fiscal se pronunció sobre la concurrencia de los requisitos procesales para su planteamiento, reservando el informe sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos impugnados a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, en el procedimiento correspondiente a la cuestión de inconstitucionalidad número 6292-2006, o al Fiscal General del Estado en todos los demás. Las representaciones de los condenados estimaron pertinente el planteamiento en los procedimientos correspondientes a las cuestiones números 3916-2005, 6292-2006, 5947-2008, 7433-2008, no pronunciándose en las restantes.

3. Los autos de planteamiento (idénticos en su contenido) cuestionan el artículo 57.2 CP, concretamente en su expresión «se acordará, en todo caso».

La fundamentación jurídica de los autos se abre con la afirmación de que el legislador persigue una finalidad de prevención general al establecer la pena de alejamiento, evitando con ello que «casos como el de autos, de menor entidad, desemboken en hechos más graves que, lamentablemente, se han convertido en una lacra de la sociedad actual de la que resulta imprescindible defenderse y reaccionar para evitar su proliferación». Igualmente, se recuerda que tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, dicha pena ya no tiene carácter potestativo sino que es obligatoria, ya que el artículo 57.2 CP afirma que se impondrá «en todo caso». Ahora bien, a juicio de la Sección promotora de la cuestión, no debe olvidarse que el artículo 153 CP contempla como delitos «hechos que, materialmente, son faltas, con lo que el reproche penal más grave no viene dado por la entidad del hecho enjuiciado, considerado en sí mismo, sino por la persona a la que va dirigida la acción, cobijando en estos casos el precepto casos que, objetivamente, no son considerables como violencia familiar habitual». De igual forma, se recuerda que en muchas ocasiones las personas protegidas rechazan expresamente la imposición de una medida de alejamiento, y que al tratarse de infracciones penales perseguibles de oficio y para las cuales la pena se impone «en todo caso», se excluye la institución del perdón del ofendido (artículo 130.4 CP), con lo que una vez impuesta la pena y devenida ésta firme, la única vía para alterarla será el indulto.

Sostiene el órgano judicial que esta situación está llevando en la práctica al absurdo de la comisión de delitos de quebrantamiento de condena en los que la víctima participa como cooperadora necesaria o como inductora (artículo 468 CP), al tiempo que se facilita la utilización torticera del carácter irrevocable e inmutable de la pena de alejamiento

puesto que la víctima se encuentra en posición de actuar como una suerte de «agente provocador». La situación de una pareja con hijos menores, en proceso de separación, y que se vea inmersa en un proceso por delito de malos tratos recíprocos, con condena para ambos, resulta irresoluble puesto que, al imponerse obligatoriamente para cada uno de ellos la pena de alejamiento y suspensión del régimen de visitas a los menores, éstos quedan totalmente desamparados.

Seguidamente, la Sección se refiere a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y social, fundamento que subyace en la proclamación de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Indica que en la STC 53/1985, de 11 de abril, se afirma que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. Dicho esto, recuerda, que según el artículo 12 de la Declaración universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar, teniendo derecho a que la ley le proteja frente a dichas injerencias. En parecidos términos se pronuncian los artículos 16 y 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966, o el artículo 8 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, que proclaman el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Acerca del derecho fundamental a la intimidad, en conexión con el libre desarrollo de la personalidad, se mencionan las SSTC 142/1993, 202/1999 y 119/2001, de las que entresaca, la Sección promotora de la cuestión, la afirmación de que «el derecho a la intimidad tiene una dimensión positiva, atinente a la protección de las posibilidades de autorrealización

del individuo y al libre desarrollo de la personalidad, como una expresión efectiva de la dignidad de la persona humana y también una dimensión negativa, dado que la intimidad del individuo puede padecer no sólo por la actuación de los demás en general, sino por la actuación de los órganos de poder».

Entiende la Sección que el precepto cuestionado, implica una afección a la dignidad de la persona (artículos 1.1 y 10.1 CE) en sus manifestaciones relacionadas con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE) y con la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), y, en menor medida, también con sus derechos a la integridad física y moral (artículo 15 CE), y a la libertad de ideas y creencias (artículo 16 CE).

A juicio de la Sección, el artículo 57.2 CP también es contrario a los artículos 24.1 y 25.1 CE, porque tiene el efecto de imponer a la víctima pretensiones que nunca ha solicitado y que además rechaza expresamente, y porque se impone a la víctima una pena privativa de derechos, imposición que llega a alcanzar a terceros que no reúnen esa condición de víctimas del delito. La situación lleva al extremo de impedir los contactos «vis a vis» en el interior de las cárceles porque juntamente con la pérdida de libertad la medida de alejamiento impide que condenado y víctima puedan desarrollar una relación afectiva, privándose a la víctima de un derecho.

Finalmente, la Sección concluye que el artículo 57.2 CP, en su expresión «se acordará, en todo caso», podría infringir varios artículos de la Constitución Española, al resultar afectado el derecho a la dignidad de la persona (artículos 1.1 y 10.1 CE), en sus manifestaciones relacionadas con el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE) y a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), así como los artículos 24.1 y 25.1 CE.

4. Las Secciones correspondientes, en los procedimientos relativos a las tres primeras cuestiones planteadas, o el Pleno de este Tribunal, en las restantes cuestiones, acordaron mediante las respectivas providencias su admisión a trámite, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que estimasen convenientes. En las mismas providencias se acordó publicar la incoación de las cuestiones en el «Boletín Oficial del Estado».

5. El Presidente del Senado ha comunicado en los distintos procedimientos que la Mesa de la Cámara ha acordado personarse en los mismos y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

El Presidente del Congreso de los Diputados ha comunicado en todos los procedimientos, que la Mesa de la Cámara, ha acordado poner a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar, indicando expresamente, en los procedimientos correspondientes a las cuestiones números 3899-2007, 5947-2008 y 7433-2008, que la Mesa de la Cámara ha acordado darse por personada.

6. El Abogado del Estado se personó en los distintos procedimientos en nombre del Gobierno, solicitando en sus escritos de alegaciones, casi coincidentes en su totalidad, que se dicte Sentencia desestimando las sucesivas cuestiones.

Inicia sus alegaciones el Abogado del Estado indicando que no se aprecia en el auto de planteamiento, cuál es el sentido preciso de la aplicación al caso de cada uno de los preceptos constitucionales y

Tratados internacionales que se relacionan como eventualmente infringidos, en los que la invocación queda reducida a poco más de una mera cita.

Continúa el Abogado del Estado indicando que entre los reproches que se le formulan al cuestionado artículo 57.2 CP se dice en primer lugar que el artículo 153 CP vigente «contempla como delitos hechos que materialmente son faltas, con lo que, el reproche penal más grave no viene dado por la entidad del hecho enjuiciado, considerado en sí mismo, sino por la persona a la que va dirigida la acción». Esta primera objeción no aparece referida realmente al artículo 57.2 CP, sino al artículo 153 del mismo texto, puesto que sería éste último, y no el cuestionado el que parece hacerse acreedor de un desplazamiento en la tipificación desde su emplazamiento natural y propio –el de las faltas en sentido material– al de los delitos. Para el Abogado del Estado, en el fondo, el auto está –sin exteriorizar este reproche– objetando la proporcionalidad del tipo penal o de su sanción, lo que ya fue descartado por el Tribunal en su ATC 233/2004, de 7 de junio.

Indica seguidamente el Abogado del Estado, que la segunda de las objeciones prácticas dirigidas a la norma, guardan ya una mayor relación con la expresión «en todo caso» en la que queda acotada la cuestión. En efecto, se objeta a dicho texto lo que la Sección llama «naturaleza imperativa de la pena». Considera el Abogado del Estado que el Tribunal proponente se basa en una mera hipótesis sobre las consecuencias futuras de una Sentencia de condena en función de otras normas sancionatorias eventualmente aplicables a conductas en un doble aspecto diferentes de la enjuiciada en el proceso a quo, puesto que ni afectan al encausado ni siquiera se han llegado a producir.

Estima el Abogado del Estado, que toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sean su relación o afectos con el culpable y no será difícil en la mayor parte de los casos traer a colación algún principio constitucional (relaciones familiares, libre desarrollo de la personalidad entre ellos), en apoyo de la inaplicación de las penas.

Finalmente, el Abogado del Estado considera, que la imposición de la condena –al agresor– no entraña realmente otra restricción visible para la víctima que la mera contrariedad por la insatisfacción de un deseo no atendido. Obviamente, este deseo no puede llegar a condicionar las penas que la comunidad ha decidido imponer y que impone no sólo para protección de la persona agredida, sino en retribución y prevención de esta clase de delitos en beneficio de toda la comunidad.

7. El Fiscal General del Estado, en los escritos de alegaciones presentados en los correspondientes procesos constitucionales se remite a las alegaciones que formuló en la cuestión de inconstitucionalidad registrada con el número 3916-2005, y, por los argumentos allí expuestos, interesa que el Pleno dicte Sentencia desestimando la cuestión de inconstitucionalidad.

En síntesis, el Fiscal General del Estado consideró en el escrito de alegaciones al que se remite, que las penas no se imponen en función de la voluntad u opinión de la víctima de los delitos, sino de la responsabilidad de sus autores. En este sentido toda pena impuesta a una persona afecta en mayor o menor medida a su círculo de allegados sin que por eso se pueda entender que la imposición de una pena a un familiar impide el desarrollo de la personalidad del individuo. El Derecho penal, de naturaleza pública, faculta al Estado en el ejercicio del «ius puniendi», para

la descripción de los delitos y la imposición de penas o medidas de seguridad por los ilícitos que tipifica, por lo que difícilmente, en un sistema parlamentario y democrático, se puede hablar de injerencia del poder público en la dignidad o en la intimidad de las personas por la fijación de una pena a un hecho delictivo. De otro lado, tampoco se puede entender que la imposición de la pena de alejamiento impida a las personas preservar su intimidad entendida en un sentido constitucional correcto, pues en ningún modo afecta a la privacidad o al entorno íntimo la separación física de la persona que ha cometido un delito contra su persona.

En lo atinente a la lesión de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no parece que se pueda aquí partir de un argumento de incongruencia por el hecho de que la pena se imponga contra la voluntad de la víctima, cuando la pena es solicitada por el Fiscal, como tampoco se puede hablar, en buena técnica constitucional, de indefensión, habida cuenta de las posibilidades de intervención en el proceso de las partes afectadas y su plenitud para formular actos de alegación y defensa.

Por último, en relación al principio de legalidad, es cierto que el artículo 25.1 CE parece proscribir que las penas sean impuestas a la persona que no ha cometido el delito. Sin embargo, con recto criterio técnico, no se puede decir que la pena cuestionada de aproximación a la víctima se imponga también a ésta última, ya que ésta no viola con su conducta en sí misma considerada, ningún precepto penal por su aproximación a su agresor, salvo interpretaciones contrarias al espíritu de la norma por parte del juzgador. Asimismo tampoco resulta perjudicado el principio de legalidad por estimar que existe una pena impuesta a la víctima sin estar anudada a una infracción penal y ello por la circunstancia antedicha de no imponerse a ésta sin que, a

este respecto y sólo como una forma de hablar o de tratar de explicar la situación se puede entender, que a la víctima se le sanciona, quebrándose, con ello, el principio de legalidad.

8. Mediante providencia de 19 de octubre de 2010, el Pleno de este Tribunal concedió un plazo de diez días al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado para que pudieran alegar lo que estimaren conveniente en torno a la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad número 3916-2005, de las seguidas con los números 8820-2005, 6292-2006, 3899-2007, 5947-2008 y 7433-2008. Tanto Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesaron la acumulación, que fue acordada mediante auto de 3 de noviembre de 2010.

9. Por providencia de 23 de noviembre de 2010, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único. Las cuestiones planteadas en estos autos han sido ya resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada sentencia

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad números 3916-2005, 8820-

2005, 6292-2006, 3899-2007, 5947-2008 y 7433-2008.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde*.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Javier Delgado Barrio*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—*Manuel Aragón Reyes*.—*Pablo Pérez Tremps*.—Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 116/2010, de 24 de noviembre de 2010. Cuestiones de inconstitucionalidad 7259-2005 y 7542-2005 (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Arenys de Mar, en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, interdicción de las penas inhumanas o degradantes, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento); pena que no puede considerarse ni inhumana ni degradante. («BOE» núm. 312 de 24 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7259-2005 y 7542-2005, planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de los de Arenys de Mar, en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El día 18 de octubre de 2005 fue registrado en este Tribunal con el núm. 7259-2005 un Auto fechado el día 5 del mismo mes y año, remitido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de los de Arenys de Mar, al que se acompaña testimonio de las diligencias urgentes núm. 78-2005, por el que plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 57.2 del Código Penal (CP), en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por su posible contradicción con los artículos 1.1, 10.1, 15.1, 18.2 y 19 de la Constitución.

El mismo Magistrado ha realizado idéntico planteamiento en otro procedimiento que ha sido registrado en este Tribunal con el núm. 7542-2005 (diligencias urgentes núm. 107-2005, Auto de 13 de octubre del mismo año).

2. Los antecedentes procesales de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En los dos procesos judiciales reseñados, en los que la pretensión acusatoria se fundaba en la existencia de un delito de amenazas de los previstos en el artículo 171.5 CP, (en el primero de ellos la acusación solicitó también la condena por un delito de violencia física en el ámbito doméstico –artículo 153 CP–), tras la celebración de la vista oral en la que los acusados prestaron su conformidad con la pretensión acusatoria, el juzgador acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 57.2 CP, por su posible contradicción con la Constitución.

b) En ambos supuestos la representación de los acusados estimó pertinente el planteamiento de la cuestión. El Ministerio Fiscal no formuló alegaciones en el primer proceso judicial. En el segundo –diligencias urgentes núm. 107-2005– apoyó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

3. Los Autos de planteamiento (idénticos en su contenido) cuestionan el artículo 57.2 CP, en su redacción vigente. Como ya se expuso, lo hacen por considerar que dicho precepto penal se opone al contenido de los artículos 1.1, 10.1, 15.1, 18.2 y 19 de la Constitución.

La fundamentación jurídica de los Autos de planteamiento se inicia indicando que la aplicación del artículo 57.2 CP, y su consiguiente reenvío al artículo 48.2 CP, es obligada en ambos casos dada la naturaleza de los delitos cometidos y la relación de los acusados con las personas ofendidas por el delito imputado. Por ello, de la validez de dicho precepto depende el fallo de la Sentencia en lo relativo a la imposición obligada de la pena de prohibición de aproximarse a las víctimas y a los lugares donde se encuentren, así como a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas.

A continuación el Juez promotor de la cuestión plantea la primera de sus dudas de inconstitucionalidad, relacionada con el contenido de los artículos 1.1 y 10.1 CE. Considera que la finalidad del precepto es la protección de la víctima del delito y, en su caso, de sus hijos, si los tuviere. Entiende que el Estado no puede efectuar la ponderación entre bienes y derechos de un mismo titular que se encuentran en conflicto (derecho a relacionarse con el compañero afectivo, el hijo o hermano frente a la finalidad de evitar riesgos para la integridad física y la salud), e imponer legislativamente el juicio de valor que estime más adecuado, sustituyendo la libre decisión, en este caso de los perjudicados, pues estos tienen derecho a organizar su vida personal y familiar en condiciones de libertad. Por ello, en los casos analizados, en los que las víctimas no han manifestado su voluntad de que se prohíba a los acusados aproximarseles, sino más bien al contrario, habiendo explicitado el interés en que no se les aleje, el Estado no puede interferir en dicha libre determinación. Esta restricción de la autonomía de los perjudicados para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, no aparece justificada por el fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, ni por satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), y, por tanto, dicha restricción conculca, en la consideración del Juez promotor, la cláusula general de libertad que el texto constitucional proclama en los artículos 1.1 y 10.1 CE.

En relación con la supuesta contradicción del artículo 57.2 CP con los artículos 18.1 y 19.1 CE, indica que la imposición obligatoria del alejamiento contra la voluntad de los perjudicados supone

también una restricción de la libertad familiar carente de justificación, pues provoca un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma. No le es dado al Estado-legislador suprimir la libre determinación de los perjudicados, proyectada en este caso sobre la configuración de su vida familiar, con la finalidad de tutelarles, cuando éstos no desean la exclusión de los acusados del núcleo familiar. La imposición de dicho alejamiento respecto de quienes han sido víctimas, expone su derecho a convivir con ellas y supone un sufrimiento injustificado para los familiares, al no ser deseado y venir impuesto por su propia protección, colocándoles al borde de la ilegalidad, pues de incumplir la prohibición de alejamiento podrían ser también imputados por un delito de quebrantamiento de condena. Con el precepto cuestionado, el Estado-legislador se arroga la facultad de decidir cuál de las opciones posibles es la mejor para los ciudadanos, conculcando así su libre determinación y su libertad, concretada en la configuración de sus relaciones personales, y menoscabando el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE. Así lo acreditaría que la limitación se impone independientemente de las circunstancias del caso, de la gravedad y naturaleza de la conducta, de las circunstancias personales de los perjudicados, de su voluntad, de la peligrosidad de los acusados, y del pronóstico de reiteración de la conducta delictiva.

En este sentido, continúa el Juez promotor, en su Sentencia de 8 de abril de 2004, Caso Haase vs. Alemania, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en interpretación del artículo 8 del Convenio, entendió vulnerado dicho precepto. Al examinar si la medida estaba justificada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que toda injerencia en el derecho a la vida privada ha de ser acorde con la ley, debe satisfacer

alguno de los fines del apartado 2 del artículo 8 y, además, debe ser necesaria en una sociedad democrática. La noción de necesidad implica, por lo tanto, en la consideración del promotor de la cuestión, que la interferencia corresponda a una necesidad social urgente que, además, ha de ser proporcionada con respecto al fin legítimo perseguido.

Tales alegaciones sirven también al Juez para entender conculcado el artículo 19.1 CE. En los casos en los que las cuestiones han sido planteadas, la aplicación de la pena de alejamiento impide el derecho de las víctimas de residir con sus familiares o compañeros afectivos bajo amenaza de incurrir en delito de quebrantamiento de condena, y ello con independencia de la voluntad de éstos, por tanto, expropia la libre determinación de los perjudicados por el delito en lo relativo a la fijación de su residencia y a circular por el territorio nacional, pues provisionalmente se les priva del derecho de residir con los acusados y de aproximarse a los mismos, con la declarada finalidad de protegerles, que se establece legalmente sin posibilidad de ponderar las circunstancias del caso, y aun cuando estos no deseen dicha protección.

Finalmente, el Juez considera que en los casos analizados, la aplicación del artículo 57.2 CP, a la vista de las circunstancias personales que concurren en los acusados, supone también para ellos la imposición de una pena inhumana o degradante (artículo 15 CE), pues les apartaría de las únicas personas –su familia o compañeros afectivos–, que ante la falta de respuesta institucional, controlan y sufren permanentemente la evolución de su patología, que en muchos casos es psiquiátrica. Tampoco en estos casos la dicción del artículo 57.2 CP permitiría tomar en consideración tales circunstancias personales, relativas a la salud mental de las personas acusadas y a la necesidad de que se encuentren sometidas a super-

visión, imponiendo que se les aleje de quienes han sido los verdaderos valedores de su integridad física y de su salud mental, excluyéndoles así del núcleo familiar, sin contemplar los riesgos que el descontrol de su trastorno conductual puede suponer, no sólo para sí mismos, sino para su entorno. Tal situación puede atentar contra la dignidad de las personas acusadas, pues las expulsa del cuerpo social, las condena a la degradación como seres humanos, a la inexistencia de tratamiento médico y consiguientemente, dada la naturaleza de la patología que padecen, al correlativo sufrimiento físico y psíquico derivado de la pérdida de sus capacidades personales.

4. Mediante providencias de 28 de febrero de 2006, las Secciones Segunda y Tercera de este Tribunal acordaron admitir a trámite las cuestiones planteadas, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudiesen personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Por último, se acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», efectuándose en el núm. 61, de 13 de marzo de 2006.

5. Mediante sendos escritos registrados el 15 de marzo de 2006, el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en los presentes procesos constitucionales dando por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTIC. Con fecha 16 de marzo de 2006 se recibieron escritos del Presidente del Congreso de los Diputados comunicando el Acuerdo de la Mesa de la Cámara por el cual no se personaba ni formulaba alegaciones en los presentes procesos constitucio-

nales, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. Mediante sendos escritos registrados el 9 de marzo de 2006, el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno formulando en ambos casos las mismas alegaciones, que a continuación se resumen.

Empieza el escrito indicando que, el examen por el Juez promotor de la cuestión de la supuesta contradicción entre la pena de alejamiento y la Constitución, viene precedido de unas consideraciones genéricas que lamentan la imposición automática de esa pena, su aplicación «en todo caso», sin dejar un margen de arbitrio judicial en su aplicación, y ello, frente a la redacción anterior del texto que la preveía en términos puramente optativos. Sin embargo, de estas consideraciones críticas –bastante generalizadas en las objeciones doctrinales al precepto—, no parece deducirse en el Auto de planteamiento ninguna consecuencia específica de inconstitucionalidad. Y es que en realidad, las penas de imposición potestativa son excepcionales en el marco de la legislación penal, y sobre todo, las objeciones de fondo aducidas contra el precepto son independientes del grado de vinculación del juzgador a la hora de su imposición.

Los dos preceptos constitucionales invocados en primer lugar (artículo 1.1 y 10.1 CE) se reputan infringidos por entenderse en el Auto que la aplicación de la pena de alejamiento restringe la libertad de aquellas víctimas que no lo deseen. Sin embargo, considera el Abogado del Estado que la presentación que hace el Auto de la persona agredida como víctima no sólo de la agresión punible, sino también de la pena de alejamiento, descansa en la premisa de que dicha pena tiene como objetivo la tutela de un interés puramente personal de la víctima y esto es lo que lleva -incorrectamente- a

situar la pena en el ámbito del poder dispositivo de la víctima. Y así, con el objetivo de evitar que la persona agredida se vea afectada por la pena impuesta al agresor, se propone eliminar la obligatoriedad de la pena misma cuando así lo solicite la víctima. De esta forma, la voluntad de la víctima como mecanismo excluyente de la pena colocaría a este tipo de infracciones penales en un lugar próximo a los delitos llamados privados, perseguibles sólo a instancia de parte; seguirían siendo perseguibles de oficio, pero la víctima tendría una especie de derecho de veto para la imposición de las penas. Tal posibilidad habría de basarse en una apreciación específica que no ha sido considerada en el Auto: que el delito agota sus efectos en la persona directamente ofendida, sin trascendencia razonable alguna a la sociedad. Éste es el fundamento propio de los delitos perseguibles a instancia de parte, que pueden ser objeto de punición sólo si se revela el perjuicio por la reacción de determinadas personas a quienes la ley reserva de manera exclusiva la condición de perjudicados; el resto de los miembros de la comunidad no se consideran perjudicados por el delito y carecen de legitimación alguna. Sin embargo la víctima del delito enjuiciado por el Juzgado proponente de la cuestión, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión; lo es –intensamente– toda la comunidad, aspecto que al no ser considerado por el Auto, le lleva a sugerir como solución legislativa la asimilación del delito a los perseguibles a instancia de parte. En realidad, la libertad de los agredidos por el delito no se ve afectada por sanción alguna, sin que sea relevante a los efectos de la presente cuestión examinar si la medida de alejamiento comporta implícitamente deberes a su cargo, puesto que la conducta de las víctimas no es objeto de enjuiciamiento de presente. Tampoco es una cuestión de inconstitucionalidad el lugar adecuado, como ha recordado este Tri-

bunal en numerosas ocasiones para declaraciones preventivas sobre cuestiones que podrían suscitarse en el futuro, pero que son ajenas a las que constituyen el objeto de la duda planteada. Considera que la cita del artículo 10.1 CE constituye en el Auto una mera variante argumental de la invocación del derecho de libertad personal.

A continuación incide el Abogado del Estado en la segunda duda de inconstitucionalidad expresada por el Juez, que se relaciona con los artículos 18 y 19 CE. Considera que los argumentos del Auto se apoyan en la afirmación de que la pena analizada afecta no sólo al autor del hecho, sino también a la víctima. Sin embargo, según afirma, toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sean su relación o afectos con el culpable y no será difícil en la mayor parte de los casos traer argumentalmente a colación algún principio constitucional (relaciones familiares, libre desarrollo de la personalidad entre ellos) en apoyo de la inaplicación de las penas.

Finalmente, en relación con la supuesta contradicción del artículo 57.2 CP con el artículo 15.1 CE en cuanto proscribire las penas y tratos inhumanos y degradantes, afirma el Abogado del Estado que el Auto realiza en este punto una inadecuada interpretación de las normas pues atiende a sus posibles consecuencias futuras. Lo que en su opinión prohíbe el artículo 15 CE es la pena o trato degradantes en sí mismos, no que por las excepcionales condiciones o circunstancias de una determinada persona pueda presumirse con mayor o menor verosimilitud que el cumplimiento de la pena pueda producir una agravación de su enfermedad o una degradación de su estado psíquico. Considera muy estimables humanamente las valoraciones del juzgador, pero entiende que ningún ordenamiento puede condicionar la imposición de las penas a las previsiones sobre el impacto

que puedan tener en la salud física o mental de los penados. Cosa distinta es que, en la aplicación de estas penas, especialmente en el régimen penitenciario, el Poder público deba adoptar las medidas adecuadas para la preservación de la salud e integridad de los penados.

Con base en las alegaciones expuestas, el Abogado del Estado interesó la desestimación de las cuestiones promovidas.

7. El pasado 30 de marzo de 2006 el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones en ambos procesos constitucionales, las cuales se resumen a continuación.

Reiterando las alegaciones formuladas antes en otros procesos constitucionales en relación con los artículos 1.1, 10.1 y 18.1 CE, niega la inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP Destaca que la duda de constitucionalidad se apoya en la consideración de que la imposición obligatoria de la medida de no aproximación o de alejamiento de la víctima vulnera el desarrollo de la personalidad de las víctimas del delito al desligarse la imposición de la medida de la voluntad de aquéllas. Sin embargo tal consecuencia la considera inherente al sistema penal en el que las penas no se imponen en función de la voluntad u opinión de la víctima de los delitos, sino de la responsabilidad de sus autores. En este sentido toda pena impuesta a una persona afecta en mayor o menor medida a su círculo de allegados sin que por eso se pueda entender que la imposición de una pena a un familiar impide el libre desarrollo de la personalidad del individuo. En este sentido la medida del poder público obstaculativa del desarrollo de la personalidad debería recaer directamente sobre la persona afectada y venir referida a actuación antijurídica o irregular del poder, nunca a una medida impuesta por una norma penal habilitante.

Parecidas críticas deben hacerse a la afectación por el precepto a la dignidad de las personas que, según entiende, el Auto afirma pero no justifica. La dignidad, como atributo genérico de la persona, no tiene por qué resultar directamente afectada por la imposición de una pena al individuo que ha perpetrado un acto de violencia o de coacción sobre las personas y que ha sido condenado en virtud de un juicio justo y respetando sus derechos. El Derecho penal, de naturaleza pública, faculta al Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, para la descripción de los delitos y la imposición de penas o medidas de seguridad por los ilícitos que tipifica, por lo que en un sistema parlamentario y democrático difícilmente puede hablarse de injerencia del poder público en la dignidad o en la intimidad de las personas por la fijación de una pena a un hecho delictivo. De otro lado, tampoco se puede entender que la imposición de la pena de alejamiento impida a las personas preservar su intimidad entendida en un sentido constitucional correcto, pues en ningún modo afecta a la privacidad o al entorno íntimo la separación física de la persona que ha cometido un delito contra él o ella. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se cita en el Auto de planteamiento, en sus referencias genéricas a la protección de la vida privada, existencia de un ámbito propio de intimidad o mantenimiento de un nivel de calidad humana, no puede suponer pauta interpretativa suficiente para entender directamente concernido el derecho fundamental por la imposición de una pena.

Por lo que respecta a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, sólo desde una conexión muy indirecta puede relacionarse con el precepto que se estima inconstitucional. Dada su generalidad, el artículo 1.1 CE, en cuanto conceptúa la libertad en la forma antedicha, no puede utilizarse

como parámetro constitucional si no se le conecta con otro precepto que específicamente sea aplicado al caso contemplado. En este sentido, dado el concepto poliédrico que representa la palabra libertad, resulta harto difícil conectarlo con el caso cuestionado bajo una presunta coacción que la norma penal impone y que afecta de un modo directo al autor de la infracción y, de modo colateral a su círculo de allegados que si se ven concernidos por la pena impuesta lo es de forma inevitable y al amparo de una norma legal.

Y en relación con el derecho fundamental reconocido en el artículo 19.1 CE, se dice en el Auto por el que se promueve la cuestión que la pena de alejamiento impediría el derecho de los familiares a convivir con su agresor, con independencia de su voluntad, no permitiéndoles fijar su residencia y circular por el territorio nacional. Sin embargo, como ha declarado el Tribunal Constitucional, el derecho a elegir libremente la residencia no tiene carácter absoluto (STC 160/1991, AATC 227/1983 y 781/1985) ni permite vivir en cualquier vivienda o residencia ya que, como el resto de los derechos, puede ser limitado por una norma legal en función de la comisión de un ilícito civil o penal. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de tales limitaciones en la STC 28/1999, con el precedente de la STC 301/1993 en el que se declaró ajustada a la CE el artículo 19 de la Ley de propiedad horizontal que autoriza a privar temporalmente al dueño de una vivienda del uso de la misma en supuestos perjudiciales para la comunidad. Si el Tribunal Constitucional ha entendido que tal norma es acorde al artículo 19 con más razón habrá que entender que la comisión de un delito autoriza al legislador y al Juez a prohibir a su autor moverse dentro de un área determinada (lo que es distinto de impedirle fijar su residencia) con el

justo fin de precaver la reiteración delictiva. De otro lado, el citado derecho fundamental no impide ocupar una vivienda en un punto del espacio, sino sólo aquella que puede propiciar una nueva actuación criminal con lo que se preserva con ella la integridad de sus ocupantes, cuya voluntad no debe operar a efectos de interferir el designio del legislador protegiendo los intereses generales de la sociedad en delitos de tan frecuente aparición.

El Fiscal General del Estado tampoco entiende justificada la supuesta infracción del artículo 15 CE por la previsión legal como obligada de la pena de alejamiento. La justificación que se hace en el Auto de planteamiento se refiere a la supuesta degradación moral que a una persona se ocasiona al desplazarle obligatoriamente de su núcleo familiar, en el que es aceptado y en el que encuentra su más perfecto acomodo. Sin embargo, tal planteamiento supone un desplazamiento del núcleo del precepto constitucional que siempre ha relacionado tal artículo con penas que acarreen sufrimientos de especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena (SSTC 65/1986 y 150/1991, 57/1994 entre otras). Entiende que tal situación no concurre por la imposición de una pena de alejamiento que, insiste, no puede ser vinculada en su imposición a la voluntad de la víctima, ni debe repercutir necesariamente en un inherente perjuicio psíquico para el autor del hecho, como se contempla en el caso del que dimana la duda que, en este aspecto, se separa del carácter general y abstracto que debe presidir el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

8. Mediante providencias de fecha 19 de octubre de 2010, el Pleno de este Tribunal concedió un plazo de diez días al Abogado del Estado y al

Fiscal General del Estado para que pudieran alegar lo que estimaren conveniente en torno a la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad 7259-2005 de la seguida con el número 7542-2005. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesaron la acumulación, que fue acordada mediante Auto del Pleno de 3 de noviembre pasado.

9. Mediante providencia de fecha 23 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad es determinar si el artículo 57.2 del Código penal (CP), en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, vulnera los artículos 1.1, 10.1, 15.1, 18.2 y 19 de la Constitución.

Las dudas de constitucionalidad planteadas en relación con los artículos 1.1, 10.1, 18.2 y 19 de CE han sido ya expresamente abordadas y resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, en la que descartamos tanto que la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, en contra incluso de la voluntad de la víctima, afecte a derechos y libertades de ésta, de sus hijos, o, en definitiva, a la familia, como que suponga la imposición de una pena a la víctima sin haber cometido delito alguno, por lo que procedente será hacer aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

2. Con referencia expresa, en ambos casos, a las circunstancias personales de quienes fueron acusados en cada proceso penal previo, considera el Juez promotor de la duda de constitucionalidad que «el

artículo 57.2 del Código Penal también supone en el presente caso una conculcación de la interdicción de las penas inhumanas o degradantes reconocido en el artículo 15.1 de la Constitución española».

En su análisis, el carácter inhumano o degradante de la pena analizada deriva de la supuesta falta de respuesta institucional que pudiera producirse ante la necesidad de suplir la atención personal y familiar que las víctimas de los hechos venían prestando a los acusados, dada la patología psiquiátrica que, se dice, padecían. Así expuesto, resulta claro que el reproche no se hace a la norma considerada en abstracto, sino a las eventuales y futuras consecuencias que, a la vista de las circunstancias personales de los acusados, se presume pudieran llegar a producirse si por la aplicación de la pena se interrumpe temporalmente la convivencia entre los acusados y sus víctimas. Este desplazamiento del análisis desde la norma hacia las consecuencias de su aplicación en un caso y unas circunstancias personales concretas, no sólo supone una inadecuada interpretación de la norma por sus consecuencias futuras, como señala el Abogado del Estado, sino que se separa del carácter general y abstracto que debe presidir el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que prohíbe el artículo 15.1 CE es la pena o trato degradante o inhumano en sí mismos, de forma que «por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). Esta referencia obligada a la propia naturaleza de la pena como núcleo básico del análisis constitucional impide, en el control abstracto de la norma,

tomar en consideración las excepcionales y variadas circunstancias personales de una determinada persona acusada por un delito o cómo sobre su situación personal anterior al delito pueda presumirse que va a incidir la normal aplicación de la pena. Por tanto, en este aspecto, nuestra conclusión ha de ser también desestimatoria de la duda planteada, al no apreciar que la pena cuestionada, por su propia naturaleza o las modalidades posibles de su ejecución, ocasionen o tengan intención de ocasionar al penado, ante los demás o ante sí mismo, «una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9), lo que hemos declarado que constituye el contenido mínimo protegido en este ámbito por el artículo 15.1 CE (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero y 25 de abril de 1978 –Caso Irlanda contra el Reino Unido– y –Caso Tyrer–, respectivamente).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar las presentes cuestiones de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde*.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–*Javier Delgado Barrio*.–*Elisa Pérez Vera*.–*Eugeni Gay Montalvo*.–*Jorge Rodríguez Zapata Pérez*.–*Ramón Rodríguez Arribas*.–*Pascual Sala Sánchez*.–*Manuel Aragón Reyes*.–*Pablo Pérez Tremps*. Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 117/2010, de 24 de noviembre de 2010. Cuestiones de inconstitucionalidad 3964-2006 y 3965-2006 (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principio de igualdad en la ley, derechos a la libertad personal, a la elección de residencia y a formar y mantener una familia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento). («BOE» núm. 312 de 24 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 3964-2006 y 3965-2006 planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Alcalá de Henares, respecto del artículo 57.2 Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El 6 de abril de 2006 fue registrado en este Tribunal un escrito fechado el 3 de abril de 2006, remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares, al que se acompaña junto al testimonio de particulares del procedimiento (juicio rápido núm. 1-2005 seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares), el Auto del referido órgano judicial de 24 de marzo de 2006, por el que plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2. del Código penal (CP).

El mismo día fue registrado escrito del mismo órgano judicial de idéntica fecha, planteando mediante Auto de la misma fecha análoga cuestión, y acompañando igualmente testimonio de particulares (juicio rápido núm. 91-2004 seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares).

2. Los antecedentes de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En ambos procesos judiciales, tras celebrarse el juicio, se dictó Sentencia por el referido Juzgado de lo penal, condenando al acusado como autor responsable de un delito de malos tratos en el ámbito familiar.

En dichas Sentencias, y tras una larga argumentación, se concluía que no procedía la imposición de la prohibición de aproximación solicitada por el Ministerio Fiscal, en el marco de la interpretación del precepto conforme a los derechos y libertades amparados por la Constitución, en virtud de la cual no cabe la aplicación de la pena accesoria en contra de la voluntad de la víctima, pues se conculcaría su derecho a la libertad personal, de circular libremente, de fijar un domicilio y de mantener una familia.

b) Interpuesto recurso de apelación por el Fiscal en ambos casos y una vez sustanciado el mismo en legal forma, se dictaron Sentencias por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid anulando la respectiva Sentencia de instancia «a fin de que por el Juzgador que la dictó se pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos referidos en la fundamentación jurídica de esta Sentencia».

c) Acto seguido el Juzgado dictó, en ambos procedimientos, providencia de la misma fecha, por la que acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días, para que puedan efectuar alegaciones «sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 57.2 del CP, por vulneración del principio de igualdad –artículo 14 CE–, derecho a la libertad personal –artículo 17.1 CE–, de elección de residencia –artículo 19 CE–, y de formar y mantener una familia –artículos 32 y 39 CE–.»

d) El Fiscal, en ambos procedimientos, presentó sus alegaciones el 10 de marzo de 2006, indicando que no se oponía al planteamiento de la cuestión, y alegando que concurrían los requisitos procesales y que pudiera haber base suficiente para considerar pertinente su planteamiento. La representación personal de los acusados no presentó alegaciones.

e) El Juzgado acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad en sendos Autos de idéntico contenido.

3. En la fundamentación jurídica de los Autos se alega que el artículo 57.2 CP plantea dudas respecto a su constitucionalidad en base a dos motivos. En primer lugar porque puede suponer una violación del derecho de libertad personal de la víctima, en sus facetas de establecer y mantener relaciones personales, circulación y residencia, y formar y mantener una familia, cuando ésta ha expresado su

voluntad contraria a la prohibición de aproximación. En segundo lugar, porque se produce una regulación desigual, carente de justificación, respecto al supuesto en que las víctimas no mantienen relaciones personales o familiares con el autor del hecho, supuestos en los que por vía del arbitrio judicial y en aplicación del criterio del peligro que el delincuente represente, junto al de gravedad del hecho, cabe ponderar y valorar junto a ellos la voluntad de la víctima para la imposición o no de la prohibición de aproximación.

El Juez promotor de la cuestión expone su primer reparo de inconstitucionalidad, indicando que la imposición de una pena de prohibición de aproximación a una persona víctima de un delito o falta, en contra de la voluntad de ésta, en cuanto conlleva la finalización de una convivencia o de una relación no querida por ella, podría conculcar su derecho a la libertad personal, lo que incide en los artículos 17.1, 19, 32 y 39 CE. En efecto, la imposición a una persona condenada en un procedimiento penal de una prohibición de aproximación a otra, en contra de la voluntad de esta última, bajo la premisa o justificación de darle una protección que rechaza, sin que ésta tenga la condición de imputada o acusada en dicho procedimiento penal, afecta a su libertad personal, y supone si no una privación, si una restricción de la misma, al impedirle mantener una relación personal con la persona condenada. Se puede producir así una restricción indebida de su derecho fundamental a la libertad personal por dos motivos o razones, materialmente porque el Estado invade el ámbito íntimo de la misma al establecer límites para sus relaciones personales, lo que sólo a la víctima compete, y formalmente porque lo hace de modo automático y en un procedimiento penal en el que no tiene la condición de parte, sin que siquiera deba ser oída ni valorarse

su voluntad a la hora de establecer dicha restricción.

En segundo término, como avanzábamos, el Juez promotor plantea otra duda de constitucionalidad, relacionada con el principio de igualdad o de no discriminación (artículo 14 CE), argumentando que el plus que conlleva la pena accesoria de alejamiento cuando entre autor y víctima del delito existe una relación afectiva, familiar o de convivencia, y la multiplicidad de supuestos que pueden darse, exigiría el mantenimiento y no la supresión del arbitrio judicial para la valoración de la existencia o no de una situación de peligro, en función de la gravedad del hecho, la voluntad de la víctima, y cualesquiera otras concurrentes que resulten de apreciación. No encuentra el Juez justificación alguna en que en el supuesto de un homicidio o de lesiones graves, la aplicación de la prohibición de aproximación del autor a los familiares o a las víctima pueda ser valorada por el Juez o Tribunal, en función de la gravedad del hecho o el peligro que el delincuente represente, y en el supuesto enjuiciado, no se pueda valorar la manifestación de voluntad de la víctima de mantenerse en la convivencia con el acusado, lo que conlleva la aplicación automática de una pena que implica la salida del domicilio del marido, con las dificultades personales y económicas que de ello pueden derivarse. Así la diferencia de trato en perjuicio de las situaciones en que concurre la existencia de una relación afectiva familiar o una situación de convivencia, en la medida en que se suprime el arbitrio judicial para valorar las circunstancias concurrentes, y la existencia o no de una situación de peligro, se entiende que podría ser injustificada, arbitraria, y por tanto discriminatoria, con infracción del artículo 14 CE, por trato desigual injustificado en función de la existencia de dicha relación familiar o situación de convivencia.

4. Las Secciones correspondientes, acordaron mediante las respectivas providencias su admisión a trámite, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que estimasen convenientes. En las mismas providencias se acordó publicar la incoación de las cuestiones en el «Boletín Oficial del Estado».

5. El Presidente del Congreso de los Diputados ha comunicado en ambos procedimientos, que, aunque el Congreso ha decidido no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, pone a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

El Presidente del Senado ha comunicado en sendos procedimientos que la Mesa de la Cámara ha acordado personarse en los mismos y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTIC.

6. El Abogado del Estado se personó en los procedimientos en nombre del Gobierno, solicitando en sus escritos de alegaciones, casi coincidentes en su totalidad, que se dicte Sentencia desestimatoria.

Inicia sus alegaciones el Abogado del Estado indicando que circunscribir el objeto de la pena de alejamiento al interés de protección de las víctimas es inexacto. Las víctimas de estos delitos son todos los miembros de la comunidad. Por otra parte, en relación con las consecuencias futuras de una Sentencia de condena no pasan de ser meras conjeturas, no teniendo otro valor que el puramente teórico o especulativo sobre hechos que no se han producido, que se ignora si se han

de producir, y que de producirse habrían de enjuiciarse por normas ajenas a la presente cuestión.

A continuación alega el Abogado del Estado que toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más cuanto más próxima sea su relación o afectos con el culpable y no será difícil en la mayor parte de los delitos traer a colación en apoyo de la inaplicación de las penas –como hace efectivamente el Auto– una larga serie de preceptos constitucionales. Otorgar un papel determinante a la oposición de la víctima colocaría a este tipo de infracciones penales en un lugar próximo a los delitos llamados privados, perseguibles sólo a instancia de parte, siendo así que la víctima del delito enjuiciado, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva, ya que también lo es intensamente toda la comunidad.

En lo que se refiere a la alegada vulneración del principio de igualdad (artículo 14 CE), apunta el Abogado del Estado que la comparación propuesta tiene un muy difícil encaje en el principio de igualdad, dado que los términos que la componen no son directamente las personas, sino dos distintos tipos delictivos.

Sostiene el Abogado del Estado, que el Auto de promoción de la cuestión parece también echar de menos un margen mayor de discrecionalidad en la imposición de esta pena de alejamiento, o por ser más exactos, del reconocimiento al Juez de la facultad opcional de imponerla o no. Ahora bien, al margen de que es patente, a su juicio, que la objeción basada en el arbitrio judicial resulta contradictoria con la objeción basada en la libre disponibilidad de la víctima sobre la pena no se aporta razonamiento específico que conecte esta objeción con la norma constitucional invocada. Por ello afirma que este segundo motivo no pasa de ser una reiteración del primero, indi-

cando que, la medida de alejamiento en el artículo 57.2 CP no responde a una absurda malquerencia del legislador frente a los vínculos personales o familiares, sino que representa una medida protectora de la parte más débil a consecuencia de las situaciones de dependencia que originan dichas situaciones.

Finalmente considera el Abogado del Estado que la no imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación en delitos graves se explica porque en estos delitos, alcanza mayor predominio la finalidad estrictamente retributiva. Por lo contrario se prevé la sanción de alejamiento en el artículo 57.2 CP con carácter imperativo porque esta clase de maltratos en el seno de las relaciones familiares o personales, persista o no la convivencia, son estadísticamente impresionantes, y porque estos delitos se denuncian menos, porque la protección de las víctimas apenas cuenta con otra posibilidad que la del alejamiento.

Con base en las alegaciones expuestas, el Abogado del Estado interesó la desestimación de las cuestiones promovidas.

7. El Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, coincidentes en ambos procedimientos. En ellas empieza el Fiscal General del Estado remitiéndose a lo alegado en las cuestiones de inconstitucionalidad registradas con los núms. 640-2005, 4976-2005 y 7259-2005, en lo relativo a la oposición del artículo 57.2 a los artículos 17.1, 19, 32 y 39.1 y 2 CE.

Más individualizadamente indica que en las presentes cuestiones de inconstitucionalidad el Juez proponente estima que la regulación contenida en el artículo 57.2 del CP es contraria al artículo 14 CE. Pues bien entiende el Ministerio Fiscal, tras citar la doctrina contenida en las SSTC 253/2004 y 138/2005, que el término de comparación empleado por el Juez en su proposición es inidóneo al

contemplar distintos supuestos uno y otro párrafo del artículo 57 del CP (reformados por Ley Orgánica 15/2003), en atención a la cualidad del sujeto pasivo del delito, lo que hace que la regulación de la pena de alejamiento sea diversa. Recuerda el Ministerio Público que el Tribunal Constitucional, en los AATC 233/2004 y 332/2005, referidos a la pretendida inconstitucionalidad del artículo 153 del CP por la diferente regulación de los delitos cuestionados, hace un continuo llamamiento, no sólo a la proporcionalidad de las penas en ellos contenidos, sino también a la razonabilidad de la diversidad de la regulación normativa de los supuestos de violencia en el ámbito familiar, basada no solamente en la legitimidad del legislador para la regulación de la política criminal sino en principios de equidad y prevención del delito. Trasladas estas ideas a los casos que nos ocupan, resulta que la pena de alejamiento, de imposición obligatoria en el artículo 57.2 CP, no puede ser tildada de medida discriminatoria y arbitraria al resultar justificada por la política criminal de prevención de estos hechos y de mayor castigo cuando se cometen contra las personas comprendidas en el párrafo segundo. Al margen de lo anterior, desde el prisma del principio de igualdad en la ley, que es el que ahora contemplamos, el tratamiento diversificado de los dos párrafos del artículo 57 CP, responde al hecho de que el legislador no está regulando supuestos iguales lo que hace inidóneo el término de comparación empleado por el Juez proponente.

8. Mediante providencia de 19 de octubre de 2010, el Pleno de este Tribunal concedió un plazo de diez días al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado para que pudieran alegar lo que estimaren conveniente sobre la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3964-2006, de la seguida con el núm. 3965-2006. Tanto Abogado del Estado como el Fiscal General del

Estado interesaron la acumulación, que fue acordada mediante ATC /2010, de 3 de noviembre.

9. Por providencia de 23 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único.–El Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Alcalá de Henares en las cuestiones de inconstitucionalidad 3964-2006 y 3965-2006 plantea sus dudas de constitucionalidad acerca del artículo 57.2 CP, en su vigente redacción, dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por posible infracción del principio de igualdad en la ley –artículo 14 CE–, derecho a la libertad personal –artículo 17.1 CE–, de elección de residencia –artículo 19 CE–, y de formar y mantener una familia –artículos 32 y 39 CE–. El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado interesan la desestimación íntegra de ambas cuestiones.

Las dudas de constitucionalidad planteadas en los Autos del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares, han sido ya resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre. Bien es cierto que en dicha Sentencia, fue expresamente excluido el examen de la supuesta infracción de los artículos 32 y 39 CE –por incumplirse en aquel procedimiento el preceptivo trámite de audiencia establecido en el artículo 35.2 LOTC–, y que tampoco fueron examinadas la alegada vulneración del derecho a la libertad personal, ni la del principio de igualdad, por no haber sido directamente invocados. Ahora bien pese a que en el Auto de planteamiento se invocan tales preceptos, las quejas se circunscriben, por una parte, a la supuesta lesión del derecho a la libertad «entendida como la capacidad de autodeterminación del hombre en su trayec-

toria vital», en relación a lo que se denominan «diferentes facetas o ámbitos en que la libertad es ejercida» –destacando la «libertad personal frente al Estado (artículo 17 CE)» y la de «formar una familia, en el sentido de mantenerse en la misma, de la pareja o cónyuge que se pretende proteger»–, así como «la obligación del Estado de proteger a la familia» (artículos 32 y 39 CE) y, por otra parte, a la falta de proporcionalidad de la pena. Por consiguiente, dejando al margen el precepto constitucional que se invoca en cada caso, constatamos que tales cuestiones, así como el resto de las planteadas en estos Autos, han sido ya materialmente abordadas y resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA.

Ha decidido

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 3964-2006, 3965-2006.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugeni Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 118/2010, de 24 de noviembre de 2010. Cuestiones de inconstitucionalidad 5256-2007, 6316-2007 y 4383-2010 (acumuladas). Planteadas por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria respecto del artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento). («BOE» núm. 312 de 24 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 5256-2007, 6316-2007 y 4383-2010, planteadas por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria respecto del art. 57.2 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El día 11 de junio de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 5256-2007, un escrito procedente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria al que acompaña, junto con el testimonio de particulares del procedimiento [juicio rápido núm. 58-2006 (seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Las Palmas) y rollo de apelación núm. 59-2007], el Auto de la referida Audiencia de 24 de mayo de 2007 en el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 57.2 del Código penal (en adelante CP).

El mismo órgano judicial realiza idéntico planteamiento en otros dos procedimientos que tienen los siguientes números de registro y Autos de planteamiento: 6316-2007, Auto de 4 de julio de 2007 (rollo de apelación núm. 125-2007 y procedimiento abreviado núm. 233-2006, seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Las Palmas); y 4383-2010, Auto de 13 de mayo de 2010 (rollo de apelación núm. 44-2010 y juicio rápido núm. 58-2009, seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Las Palmas).

2. Los antecedentes de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En todos los procesos judiciales reseñados, tras haberse dictado Sentencia condenatoria por los titulares de los referidos Juzgados de lo Penal, se interpuso recurso de apelación por los condenados y fueron remitidas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

b) Llegados los autos a la Sección, ésta acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de in-

constitucionalidad respecto al art. 57.2 CP «por posible vulneración de los artículos. 1.1 y 10.1 de la Constitución Española, en desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), así como los artículos 24.1 y 25.1 de la Constitución Española» (sic), añadiéndose el art. 9.1 CE en el procedimiento correspondiente a la cuestión núm. 4383-2010.

c) El Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en los procedimientos correspondientes a las cuestiones núms. 5256-2007 y 6316-2007, estimando procedente su planteamiento en el procedimiento correspondiente a la cuestión núm. 4383-2010. Las representaciones de los condenados estimaron pertinente el planteamiento de la cuestión en los dos primeros procedimientos, no pronunciándose en el procedimiento correspondiente a la cuestión núm. 4383-2010.

d) La Sección acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad por autos de las fechas anteriormente indicadas.

3. Los Autos de planteamiento (sustancialmente idénticos en su contenido) cuestionan el art. 57.2 CP, concretamente en su expresión «se acordará, en todo caso».

El Auto de cuestionamiento indica que la duda de inconstitucionalidad que plantea respecto del art. 57.2 CP se refiere a la imposición obligatoria (la expresión «se impondrá, en todo caso») de la pena de prohibición de aproximación a la víctima (también denominada en el lenguaje forense «pena de alejamiento») y la suspensión del derecho de visitas respecto de los hijos sin atender a los presupuestos de gravedad y peligrosidad establecidos como criterios generales en el art. 57.1 CP, prescindiendo de la solitud o deseo de la víctima y demás familiares y con independencia de la exis-

tencia de una amenaza real o potencial a la integridad de aquélla.

Sostiene el órgano judicial que el alejamiento es una pena privativa de derechos que afecta a diversos derechos del condenado, pero también de la víctima y, en según qué circunstancias, de los hijos comunes. Expresamente indica en el procedimiento relativo a la cuestión núm. 6316-2007 que se plantea el problema de quién ostentará la guarda y custodia de la hija de doce años de edad, al haber fallecido el padre biológico, mientras dure la medida de alejamiento de la madre.

Afecta, a su parecer, a la libertad de elegir residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE), así como al derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), en todas las cuestiones planteadas, y al derecho a contraer y convivir en matrimonio (art. 32 CE) en los procedimientos relativos a las cuestiones núms. 4383-2010 y 5256-2007, y en este último también el derecho al trabajo en la profesión elegida (art. 35 CE). De otro lado se resalta que, hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la pena venía configurada como una sanción de aplicación discrecional, que dependía de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva que había de verificarse a partir de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor. Sin embargo la citada reforma legislativa habría llevado a que «una pena con finalidad preventiva especial, facultativa, que atiende exclusivamente a las necesidades de la víctima de manera exclusiva, se transforme cuando ésta y el agresor tienen una determinada vinculación, no sólo en los fenómenos de violencia familiar sino también en una pluralidad de delitos no violentos, en una pena preventiva general de aplicación obligatoria que se desentiende de la víctima, de las características del hecho, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor».

Concretando las vulneraciones constitucionales atribuidas al art. 57.2 CP la Sala afirma que el precepto infringe el art. 25.1 CE, que consagra el principio de personalidad de la pena. En relación con la víctima, y en algunos casos respecto de los hijos comunes, la aplicación de la medida de alejamiento en contra de su voluntad lesionaría el art. 25.1 CE, en tanto supone la imposición de una pena o medida de seguridad a quien no ha cometido ilícito penal alguno, sin que frente a ello pueda aducirse que la pena de alejamiento se impone al condenado y no a la víctima, habida cuenta de su inescindible bilateralidad, que hace imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima, por lo que el alejamiento se impone a ambos. Para la víctima las consecuencias de la aplicación de esta pena significarían también, cuando se impone contra su voluntad y sin atender a las necesidades de tutela de su vida, integridad u otros bienes personales, un sacrificio de su libertad y de su capacidad de autodeterminación. Contra ello no cabe oponer, al parecer de la Sala, que toda pena privativa de libertad afecta a la vida familiar del condenado, pues lo hace de una manera indirecta y menos radical, permitiendo la relación dentro de los límites del régimen penitenciario. Sin embargo, la pena obligatoria de prohibición de aproximación supone una carga directa sobre el ofendido al obligarle a la separación y ruptura de la convivencia y por un plazo mayor que el de las penas privativas de libertad. A ello se añade en el Auto de planteamiento dictado en el procedimiento relativo a la cuestión núm. 6316-2007, que la imposición obligatoria supone «un problema añadido pues habrá que determinar la persona que se deba hacer cargo de la niña, mientras dure la pena».

Asimismo, la imposición de esta pena en contra de la voluntad de la víctima conllevaría una flagrante indefensión

contraria al art. 24.1 CE, dado que se impone a ésta una medida que indefectiblemente la afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso. La indefensión se acrecentaría dado que, incluso en el caso de que la víctima expusiera una fundada opinión contraria, el Juez vendría obligado a imponerla.

De otra parte la Sección considera que el art. 57.2 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.1 CE) porque la pena de alejamiento, en la forma en que se recoge en el precepto penal cuestionado, no identifica con nitidez suficiente qué bien jurídico trata de proteger, al aplicarse a una multiplicidad de delitos, no sólo a los de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima. Además se desentiende de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del delincuente, pautas que, en cambio, sí se aplican cuando la víctima no tiene vinculación familiar con el condenado. La pena resultaría, al propio tiempo, innecesaria, de un lado, porque los fines de la misma se logran con las penas principales previstas para cada uno de los delitos, y, de otro, porque el art. 57.1 CP permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento cuando lo estimen necesario para la protección de la víctima, incluso en contra del parecer de éste. Y, por otra parte, la pena contravertida, cuando se impone en contra de los deseos de la víctima, resultaría inidónea para los fines pretendidos, porque el alejamiento sólo adquiere sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de aquélla y disminución del riesgo de reiteración delictiva. «En todo caso» la imposición de la pena impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad, que corresponde al Juez.

En el Auto de cuestionamiento se conecta (con cita de diversas resoluciones de este Tribunal) el principio de proporcionalidad de las penas con el art. 9 CE al afirmar que el «legislador, al igual que el resto de los poderes públicos, sin excepción, está sujeto a la Constitución, como enuncia con rotundidad su art. 9, cuyo apartado tercero proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, incluida la arbitrariedad en la actividad legislativa», recordando asimismo que una ley es arbitraria «cuando ‘careciera de toda explicación racional’, cuando es producto no del ‘arbitrio legítimo’ sino del ‘capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales’».

Aprecia también la Sección que la pena de alejamiento, en el sentido y con el alcance establecidos en el precepto cuestionado, tiene una incidencia directa en el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), que, como consecuencia y derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1 CE), supone una manifestación de la autodeterminación personal la cual puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, que en este caso no concurren, pues en el recurso de apelación en el marco del cual se formula esta cuestión no se habría demostrado que el alejamiento fuera preciso para la protección de los derechos de la mujer y de los hijos comunes, sino que, antes al contrario, la efectividad de tal pena pondría en grave riesgo la convivencia familiar. Entiende la Sección, además, que esta conclusión, no sólo se ve apoyada por la doctrina constitucional (se refiere a este respecto a las SSTC 53/1985, de 11 de abril; y 202/1999, de 8 de noviembre), sino también por la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del art. 8 CEDH (citando al efecto la Sentencia de 28 de septiembre de 2004, re-

caída en el caso Sabou y Pircalab c. Rumania).

Por todo lo expuesto entiende el órgano judicial que el precepto, concretamente en su expresión «se acordará, en todo caso», podría infringir los artículos de la Constitución Española indicados.

4. El Pleno acordó mediante las respectivas providencias la admisión a trámite de las cuestiones, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con lo establecido en el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en los procesos correspondientes y formular las alegaciones que estimasen conveniente. En las mismas providencias se acordó publicar la incoación de las cuestiones en el «Boletín Oficial del Estado».

5. El Presidente del Congreso de los Diputados comunicó en todos los procedimientos que la Mesa de la Cámara, había acordado darse por personada y poner a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

El Presidente del Senado comunicó en los distintos procedimientos que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en ellos y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El Abogado del Estado se personó en los diferentes procedimientos en nombre del Gobierno, solicitando en sus escritos de alegaciones, casi coincidentes en su totalidad, que se dictara Sentencia desestimando las cuestiones promovidas.

Tras dar por reproducidos los escritos de alegaciones formulados en los procedimientos relativos a otras cuestiones de inconstitucionalidad referentes al art. 57.2 CP, y especialmente en el correspon-

diente a la registrada con el núm. 8821-2005, planteada por la misma Audiencia Provincial, observa el Abogado del Estado que de las consideraciones críticas acerca de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento sin dejar margen al arbitrio judicial no se desprende ninguna consecuencia específica de inconstitucionalidad, puesto que realmente las penas de imposición potestativa son excepcionales en el marco de la legislación penal y, sobre todo, las objeciones de fondo aducidas son independientes del grado de vinculación del juzgador a la hora de su imposición. Subraya asimismo que toda pena es siempre limitativa de una libertad que se tendría de no existir aquélla; la aflicción consiste en eso, y resulta innecesario insistir en esta especie de argumentación tautológica. La expresión «penas privativas de libertad» (continúa en su escrito de alegaciones) se ha acuñado por el uso para designar ciertos tipos de penas, pero, en rigor, es difícil encontrar alguna que no pueda reconducirse a una restricción más o menos intensa de la libertad personal.

Por lo que se refiere a la invocación de los artículos 24 y 25 CE, que se reputan infringidos por considerar que el alejamiento impone al condenado y a la víctima la recíproca prohibición de acercarse, el Abogado del Estado niega que ello sea realmente así, argumentando de contrario que los Autos parten de la premisa de que la pena tiene como objetivo la tutela de un interés puramente personal de la víctima, lo que les lleva a situar, incorrectamente, la pena en el ámbito del poder dispositivo de aquélla. Pero, advierte, la oposición de la víctima como mecanismo excluyente de la pena colocaría a este tipo de infracciones en la esfera de los delitos denominados privados, perseguibles sólo a instancia de parte, puesto que, aun cuando seguirían siendo perseguibles de oficio, la víctima tendría una suerte de derecho de veto para la imposición de las penas. Tal posi-

bilidad habría de basarse en una consideración específica que no aparece en el Auto, esto es, que el delito agota sus efectos en la persona directamente ofendida, sin trascendencia razonable alguna en la sociedad, mientras que por el contrario resulta obvio que el delito de lesiones no ha merecido ese tratamiento de delito perseguible a instancia de parte, y menos aun lo hace en la actualidad, de modo que con la imposición de la pena, no sólo se protegería a la persona agredida por una estimación de riesgos apreciada por el legislador, sino también a la propia sociedad frente a la reiteración de este tipo de ofensas contra una misma víctima. Y el resto de objeciones que se hacen al precepto cuestionado desde la óptica del art. 25 CE, precisa, parten de la indicada configuración del delito considerado como perseguible a instancia de parte; de ahí el reproche de la falta de proporcionalidad que se atribuye a la pena, que se califica de innecesaria e inidónea para sus propios fines contra los deseos de la víctima. En fin, concluye, las objeciones planteadas son puras estimaciones críticas que se basan en una percepción de los fines de la norma cuestionada como conectados a la exclusiva protección de la concreta persona perjudicada y, en consecuencia, supeditados a los actos dispositivos de la misma.

Respecto del art. 18.1 CE en relación con los artículos 1.1 y 10.1 CE reitera el Abogado del Estado que la pena de alejamiento no restringe la libertad de la víctima ni interesa en medida alguna al mandato del art. 10.1 CE, ni a ningún otro precepto. En cuanto al art. 18.1 CE, cuya eventual lesión aprecia el órgano judicial por afectar la pena de alejamiento a la intimidad familiar en el sentido que cabe inferir de los Tratados internacionales suscritos por España, que prohíben la injerencia arbitraria de los poderes públicos, advierte el representante procesal del Estado que la Audiencia parte de que la pena atañe, no sólo al autor del hecho,

sino también a la víctima, lo que permite analizar los efectos que la imposición de una pena puede ocasionar sobre terceros y, en especial, sobre la persona ofendida por la acción delictiva. Los Autos que plantean las cuestiones parecen rechazar, como inconstitucional, toda posible proyección, por indirecta que sea, de una pena sobre terceras personas distintas al condenado. Pero para el Abogado del Estado este argumento no es asumible en términos generales, ni guarda relación con el indiscutido principio de personalidad de las penas, porque conduciría a la inconstitucionalidad de la pena de prisión, incuestionablemente más grave que la de alejamiento. Si las penas hubieran de calibrarse en su aplicación por una ponderación de sus consecuencias extraprocesales negativas para terceras personas habría que excluir incluso las multas, con el fin de evitar el impacto de su exacción sobre el patrimonio de los acreedores o sobre las expectativas de los herederos de los sancionados, que, de admitirse la tesis formulada en los Autos, vendrían a convertirse en destinatarios de la propia sanción. Toda pena, en fin, puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sea la relación o los afectos de éstos con el condenado, y no será difícil, en la mayor parte de los casos, traer a colación algún principio constitucional (relaciones familiares o libre desarrollo de la personalidad, entre ellos) en apoyo de la inaplicación de las penas.

7. El Fiscal General del Estado, en los escritos de alegaciones presentados en los correspondientes procesos constitucionales, se remite por economía procesal a los argumentos expuestos sobre la inconstitucionalidad del art. 57.2 CP en los procedimientos relativos a las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 640-2005, 1916-2005, 4976-2005, 7259-2005, 8820-2005 y, sobre todo, a la núm. 8821-2005, promovida por la misma Sección Segunda de la Audiencia

Provincial de las Palmas de Gran Canaria, siendo los Autos de planteamiento de las presentes copia, salvo en los antecedentes de hecho, del que dio lugar a la citada cuestión. Por lo expuesto interesa que el Pleno dicte sentencia desestimando todas las cuestiones de inconstitucionalidad ahora enjuiciadas.

8. Mediante providencia de 19 de octubre de 2010 el Pleno de este Tribunal concedió plazo de diez días al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado para que pudieran alegar lo que estimasen conveniente en torno a la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5256-2007 de las seguidas con los núms. 6316-2007 y 4383-2010. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesaron la acumulación, que fue acordada mediante Auto de fecha 3 de noviembre de 2010.

9. Por providencia de 23 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

II. Fundamento jurídico

Único.—Los temas planteados en las cuestiones elevadas a este Tribunal en los Autos de 24 de mayo y 4 de julio de 2007 y 13 de mayo de 2010 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria respecto del art. 57.2 del Código Penal han sido ya resueltos en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 5256-2007, 6316-2007 y 4383-2010.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde*.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Javier Delgado Barrio*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—*Manuel Aragón Reyes*.—*Pablo Pérez Tremps*.—Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 119/2010, de 24 de noviembre de 2010. Cuestiones de inconstitucionalidad 2155-2009 y 9610-2009 (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Mataró, respecto del artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de dignidad de las personas, de desarrollo de la personalidad y de proporcionalidad de las penas, derecho a la intimidad familiar, a la libre elección de profesión u oficio y al desarrollo integral de los menores, y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento). («BOE» núm. 312 de 24 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 2155-2009 y 9610-2009 planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Mataró, respecto del art. 57.2 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El 9 de marzo de 2009 fue registrado en este Tribunal un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Mataró, al que se acompaña junto al testimonio de particulares de los autos (procedimiento abreviado núm. 207-2008, seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Mataró), el Auto del referido órgano judicial de 27 de febrero de 2009, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 57.2 del Código penal (en adelante CP).

El 16 de noviembre de 2009 fue registrado escrito del mismo órgano judicial, planteando mediante Auto de 5 de noviembre de 2009, análoga cuestión, y acompañando igualmente testimonio de particulares de los autos (procedimiento abreviado núm. 1026-2009 seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Mataró).

2. Los antecedentes de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En ambos procesos judiciales, el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales por las que

consideraba que los hechos eran constitutivos de un delito de violencia de género del art. 153.1 y 3 CP, formulando además acusación, en el procedimiento relativo a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2155-2009, por un delito de amenazas del art. 171.4 y 5 CP, y en el procedimiento relativo a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9610-2009, por una falta de lesiones del art. 617.1 CP, solicitando, en ambos procedimientos, entre otras penas –para cada uno de los delitos–, la prohibición de aproximarse y de comunicarse con la víctima. La acusación particular, personada únicamente en el procedimiento relativo a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9610-2009, mantuvo sus conclusiones provisionales por las que consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de violencia de género del art. 153.1 y 3 CP y solicitó también, que el acusado, fuera condenado, entre otras, a la pena de prohibición de aproximarse y de comunicarse con la víctima.

b) Acto seguido el Juzgado dictó, en ambos procedimientos, providencia por la que acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días, «sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y todo ello haciéndoles saber que el precepto que objeto de dicha cuestión es el art. 57.2 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003 y ello por posible vulneración del art. 25 de la Constitución en su aspecto referente al principio de proporcionalidad, conforme la doctrina de la STC 136/1999, y con proyección sobre otros preceptos como los artículos 17, 19, 32, 35, 39 del texto constitucional, y ello por cuanto una eventual declaración de inconstitucionalidad del precepto, podría impedir imponer la pena de prohibición de aproximación y comunicación que se contempla en el art. 57 en relación con el 48 del Código Penal».

c) El Fiscal, en ambos procedimientos, presentó sus alegaciones indicando que no estimaba pertinente plantear la cuestión de inconstitucionalidad, debido a que era posible llegar a una interpretación de la norma conforme a la Constitución. La representación procesal del acusado se mostró conforme a su planteamiento en el procedimiento relativo a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2155-2009. Sin que la representación del acusado, ni de la acusación particular presentaran alegaciones en el procedimiento relativo a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9610-2009.

d) El Juzgado acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad en sendos Autos de contenido sustancialmente idéntico.

3. En la fundamentación jurídica de los Autos se alega que si bien es legítima la opción del legislador de imponer la pena de alejamiento incluso en contra de la voluntad de la víctima, en la actual redacción de los artículos 48 y 57 CP el juzgador no tiene opción, ante la existencia de hechos constitutivos del delito objeto de acusación, o de cualesquiera de los que aparezcan mencionados en el art. 57 CP, de no imponer la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima. A juicio del proponente, el legislador presume que es necesario siempre proteger a la víctima y aplicar «en todo caso» la pena accesoria, incluso contra su voluntad, afectando de tal modo a una pluralidad de intereses y derechos del autor como la libertad ambulatoria y de residencia (arts. 17 y 19 CE), el derecho al matrimonio (art. 32 CE), o a la formación del núcleo familiar exorbitante de la institución matrimonial pero que deriva de la esencial dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), o derechos que incluso trascienden a los de la pareja implicada en los hechos, como lo es el propio desarrollo integral de los me-

nores (art. 39 CE), que pueden verse privados del contacto cotidiano con uno de sus progenitores.

Consideran sendos Autos, que las reformas del Código Penal, operadas por las Leyes Orgánicas 15/2003 y 1/2004, han supuesto un agravamiento punitivo de toda una serie de conductas que anteriormente eran consideradas como meras faltas, sin que parezca razonable que en todos los grupos de casos, que pueden incluir supuestos de indudable levedad y exorbitantes al problema de la violencia de género, se deba imponer la separación de facto de la pareja y de los demás miembros del núcleo familiar, provocando sacrificios irrazonables y arbitrarios, máxime dada la extensa lista de delitos que prevé el art. 57 CP. Entienden, por tal razón, que el art. 57.2 CP puede vulnerar el art. 25 CE, en relación con el principio de proporcionalidad de la pena, transcribiendo parcialmente, en su apoyo, las SSTC 55/1996, 161/1997 y 136/1999. Indican, en tal sentido, que vista la pluralidad de casos en los que la pena es de obligatoria imposición, comprendiendo tanto delitos dolosos como imprudentes, incluso tipos privilegiados, resulta que en muchos de los supuestos previstos, la prohibición de acercamiento no protege bien jurídico alguno, produciendo una innecesaria afectación de toda la pluralidad de los derechos e intereses antes indicados. Llegando de modo más incidental a producir una afectación de otros derechos como la libertad de profesión u oficio (art. 35.1 CE).

Finalmente considera el Juez proponente que no es posible una interpretación de la norma conforme a la Constitución, por lo que considera que el art. 57.2 CP podría hallarse en contradicción con el art. 25 CE, y en ese sentido con proyección sobre los artículos 17, 19, 32, 35 y 39 CE.

4. El Pleno de este Tribunal, acordó mediante sendas providencias su admi-

sión a trámite, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que estimasen convenientes. En las mismas providencias se acordó publicar la incoación de las cuestiones en el «Boletín Oficial del Estado».

5. El Presidente del Congreso de los Diputados ha comunicado en ambos procedimientos, que la Mesa de la Cámara, ha acordado darse por personada y poner a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

El Presidente del Senado ha comunicado en los dos procedimientos que la Mesa de la Cámara ha acordado personarse en los mismos y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El Abogado del Estado se personó en los procedimientos en nombre del Gobierno, solicitando en sus escritos de alegaciones, casi coincidentes en su totalidad, que se dicte Sentencia desestimatoria.

Inicia sus alegaciones el Abogado del Estado indicando que el Auto de planteamiento reconoce la legitimidad de la pena, incluso contra la voluntad de la víctima, por lo que habría que concluir en la improcedencia de la cuestión, o cuanto menos, entenderla reducida a una imprecisa ampliación del arbitrio judicial en la aplicación de la pena.

Entiende que subyacen en los Autos de planteamiento, los dos motivos que han sustentado las cuestiones de inconstitucionalidad de otros procedimientos precedentes ante este Tribunal Constitucional. En primer lugar, por

considerar que la imposición «en todo caso», de la pena representa una violación de la libertad personal de las víctimas, cuando éstas han expresado su posición contraria al alejamiento. En segundo lugar, porque esa imposición forzosa en los delitos de maltrato familiar produce una regulación desigual respecto de aquellos otros delitos donde las víctimas no mantienen relaciones personales o familiares con el autor del hecho punible, en los cuales rige el arbitrio judicial en su imposición. Considera, que circunscribir la pena de alejamiento al interés de protección de las víctimas es inexacto, ya que las víctimas de estos delitos son todos los miembros de la comunidad.

A continuación alega el Abogado del Estado que toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, sin que parezca admisible tener que calibrar la aplicación de las penas ponderando las consecuencias extraprocesales negativas para terceros. De admitirse esta tesis, vendrían los terceros a constituirse en víctimas de la propia sanción y habría de ser ésta excluida para el culpable con el fin de eludir sus inevitables perjuicios o efectos negativos sobre otras personas. La oposición de la víctima colocaría a este tipo de infracciones penales en un lugar próximo a los delitos llamados privados, perseguibles sólo a instancia de parte. Sin embargo, considera el Abogado del Estado que la víctima del delito enjuiciado por el juzgado proponente de la cuestión, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión, pues lo es intensamente toda la comunidad. Sostiene el Abogado del Estado, que los Autos de promoción de la cuestión parecen también echar de menos un margen mayor de discrecionalidad en la imposición de esta pena de alejamiento, o por ser más exactos, de que el Juez tenga la facultad opcional de imponerla o no. Es patente, a su juicio, que la objeción basada en el arbitrio judicial

resulta contradictoria con la objeción basada en la libre disponibilidad de la víctima sobre la pena.

Indica, con cita de la STC 136/1999, que la medida de «alejamiento», no es una simple medida de seguridad, sino una pena, en la que no debe verse necesariamente un exclusivo fin de prevención especial. Refiere, que cualquier pena, implica o puede implicar restricciones en el ejercicio de las libertades personales y que en la pena más severa, la de prisión, se producen visiblemente tales efectos y de forma más intensa, pudiendo afirmarse que es consustancial a los preceptos penales el efecto limitativo de la libertad personal. Por último considera que los Autos no explican en qué medida resultaría lesionado el valor de justicia, ni la existencia del desequilibrio patente e irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma –tal como exige la Sentencia anteriormente citada–, para poder calificar la norma penal cuestionada de inconstitucional.

Con base en las alegaciones expuestas, el Abogado del Estado interesó la desestimación de las cuestiones promovidas.

7. El Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, sustancialmente coincidentes en ambos procedimientos. En ellas empieza el Fiscal General del Estado remitiéndose a lo alegado en las cuestiones de inconstitucionalidad registradas con los núms. 640-2005, 8821-2005, 594-2006, 3964-2006, 3965-2006, 6292-2006. Considera que en alguna de ellas el planteamiento y la argumentación es muy similar con la base del art. 25.1 CE, y su proyección en los demás, por lo que entiende válidos los argumentos expresados en sus alegaciones en aquellas cuestiones de inconstitucionalidad, a las que se remite por razones de economía procesal. Por lo expuesto, interesa que el Pleno dicte sentencia desestimando

ambas cuestiones de inconstitucionalidad.

8. Mediante providencia de 19 de octubre de 2010, el Pleno de este Tribunal concedió un plazo de diez días al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado para que pudieran alegar lo que estimaren conveniente en torno a la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2155-2009, la seguida con el núm. 9610-2009. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesaron la acumulación, que fue acordada mediante ATC 152/2010, de 3 de noviembre.

9. Por providencia de 23 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único.–El Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Mataró en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2155-2009 y 9610-2009 cuestiona la constitucionalidad del art. 57.2 CP, en su vigente redacción, dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por posible infracción del principio de proporcionalidad de la pena –art. 25 CE–, al producir una innecesaria afectación a la libertad ambulatoria y de residencia –arts. 17 y 19 CE–, al «derecho al matrimonio» –art. 32 CE–, al derecho a la «formación de un núcleo familiar» que «deriva de la esencial dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad» –art. 10 CE–, al derecho a «la libertad de profesión u oficio» –art. 35.1 CE–, y al derecho al «desarrollo integral de los menores» –art. 39 CE–. El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado interesan la desestimación íntegra de la cuestión.

Las dudas de constitucionalidad planteadas en los Autos del Juzgado de lo

Penal núm. 1 de Mataró, han sido ya resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre. Pues pese a que los Autos promoviendo las cuestiones citan numerosos preceptos constitucionales, alguno de los cuales –como el art. 10 CE–, ni tan siquiera se mencionan en el preceptivo trámite de audiencia establecido en el art. 35.2 LOTC, la queja se circunscribe a la falta de proporcionalidad de la pena, por afectar ésta innecesariamente a los derechos, que a juicio del promovente, se reconocen en aquellos preceptos. Por consiguiente, hemos de constatar que la cuestión suscitada, ha sido ya materialmente abordada y resuelta en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2155-2009 y 9610-2009.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde*.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–*Javier Delgado Barrio*.–*Elisa Pérez Vera*.–*Eugení Gay Montalvo*.–*Jorge Rodríguez Zapata Pérez*.–*Ramón Rodríguez Arribas*.–*Pascual Sala Sánchez*.–*Manuel Aragón Reyes*.–*Pablo Pérez Tremps*.–Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 120/2010, de 24 de noviembre de 2010. Cuestión interna de inconstitucionalidad 5085-2009. Planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en relación con los artículos 25.3, 26.1 y 26.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad. Principio de igualdad en la ley: inconstitucionalidad de los preceptos legales que excluyen al personal del Cuerpo Nacional de Policía no integrado en escalas funcionariales del proceso de elección de representantes en el Consejo Nacional de Policía. («BOE» núm. 312 de 24 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión interna de inconstitucionalidad número 5085-2009, planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en relación con los artículos 25.3, 26.1 y 26.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, por posible vulneración del artículo 14 CE. Han comparecido el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la parte demandante en el recurso de amparo número 11684-2006. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge

Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Pleno.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante providencia de 21 de julio de 2009, el Pleno de este Tribunal acordó tener por planteada por la Sala Segunda la presente cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con los artículos 25.3 párrafo segundo, 26.1, párrafo segundo, y 26.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por posible vulneración del artículo 14 CE. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) en su redacción vigente dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, acordó reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión.

En la misma providencia se acordó, conforme a lo establecido artículo 37.3 LOTIC, dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, para que en el plazo de quince días se personaran y presentaran las oportunas alegaciones. Por último, se comunicó a la Sala Segunda de este Tribunal la citada providencia para que, de conformidad con el artículo 35.3 LOTIC, permanezca suspendido el recurso de amparo número 11684-2006 hasta que ésta sea resuelta por el Tribunal y se ordenó la publicación de la cuestión en el «BOE» (lo que se llevó a cabo en el «BOE» número 183, de 30 de julio de 2009).

Los antecedentes de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) El sr. Laguna Serrano, demandante en el proceso de amparo y funcionario técnico del Cuerpo Nacional de Policía, fue excluido del proceso electoral convocado para la designación de represen-

tantes del Consejo de Policía en el año 2003 por no pertenecer a ninguna escala policial. Planteada la correspondiente reclamación, la Junta Electoral la desestimó argumentando que, si bien es cierto que no se le permite ser elector ni elegible en las elecciones al Consejo de Policía, puede votar en las «elecciones sindicales» correspondientes a las de su Cuerpo o escala de origen.

b) Contra la mencionada resolución el sr. Laguna interpuso recurso contencioso-administrativo alegando la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14, 23 y 28 CE. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó su recurso mediante sentencia de 28 de septiembre de 2006 señalando que «el Consejo de Policía se refiere exclusivamente a las Escalas que integran el Cuerpo Nacional de Policía... Por ello, no teniendo cabida en esas Escalas los funcionarios Facultativo y Técnico –lo que se ratificó en la sentencia del Tribunal Supremo del 3 de febrero de 1993– no procede que voten y sean elegibles como si formasen parte de ellas... No es que la legislación –que el demandante cita extensamente– no reconozca a los Facultativos y Técnicos su pertenencia al Cuerpo Nacional de Policía, aquí se trata de otra cosa: de que no tienen derecho de sufragio precisamente para el Consejo.»

c) Notificada la Sentencia, el Sr. Laguna interpuso recurso de amparo ante este Tribunal, registrado con el número 11684-2006, en el que alegaba la vulneración de los derechos fundamentales antes mencionados. A su parecer la regulación actual provoca una desigualdad no razonable respecto del resto de miembros funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que sí pueden ejercer su derecho de sufragio activo y pasivo en las llamadas «elecciones sindicales». En su escrito de demanda pone de relieve que, independientemente de su procedencia (ya sea del propio Cuerpo Nacional de Policía, ya sea de otras Admi-

nistraciones), los funcionarios técnicos y facultativos son miembros del Cuerpo Nacional de Policía y, por tanto, como expone la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad, tienen derecho a participar en un órgano de representación paritaria que ha sido creado como cauce de expresión y de solución de los conflictos que puedan producirse por razones profesionales; sobre todo cuando es este órgano el que determina las condiciones de servicio de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, incluidos los facultativos y técnicos. Concluye su demanda de amparo poniendo de relieve que el derecho de participación en las elecciones sindicales corresponde a cualquier funcionario no en función de la denominación que pueda dársele al grupo o colectivo en el que se integra («plaza», «categoría», «escala») sino porque se trata de un derecho inherente a su condición de funcionario de dicho Cuerpo. Por ello, solicita que este Tribunal se plantee la autocuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 25.3, párrafo segundo; 26.1, párrafo segundo, y 26.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad en la medida en que dichos preceptos limitan el derecho de representación a los integrantes de las cuatro Escalas del Cuerpo Nacional de Policía excluyendo a los funcionarios facultativos y técnicos.

d) La Sala Segunda, mediante Auto de 18 de mayo de 2009, acordó elevar al Pleno cuestión interna de inconstitucionalidad, que fue aceptada por el Pleno de este Tribunal en la ya mencionada providencia de 21 de julio de 2009.

2. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 12 de agosto de 2009, doña Ana de la Corte Macías, procuradora de los Tribunales y de don Emilio Laguna Serrano, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.2 LOTC, comparece y se persona en la cuestión de constituciona-

lidad referenciada; teniéndosela por personada y parte en este proceso constitucional por diligencia de ordenación de 2 de septiembre de 2009, mediante la cual se le concedió un plazo de quince días para que formulase las alegaciones que estimase pertinentes.

3. El día 9 de septiembre de 2009, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el Acuerdo de la Mesa de la Cámara, de 1 de septiembre de 2009, personándose en el procedimiento y ofreciendo su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC, con remisión a la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General. En la misma fecha se registró comunicación del Presidente del Senado dando cuenta de que la Mesa de la Cámara acordó dar por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

4. El Abogado del Estado presentó escrito en el Registro General de este Tribunal el 15 de septiembre de 2009, personándose en el procedimiento y formulando alegaciones en las que solicita la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Recuerda el Abogado del Estado que la cuestión trae causa de la controversia planteada por un funcionario técnico que, desempeñando plaza en el Cuerpo Nacional de Policía, no fue admitido a participar en el proceso electoral para la designación de representantes en el Consejo Nacional de Policía por no hallarse integrado en ninguna de las Escalas policiales previstas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad (LOFCS): superior, ejecutiva, subinspección y básica. En efecto, el demandante de amparo habría accedido a las plazas de facultativos y técnicos previstas en el artículo 17 de la misma Ley, procedente de otro Cuerpo de la Administración pública.

Establecido este punto de partida, el Abogado del Estado resume el proceso

histórico de incorporación de facultativos y técnicos al Cuerpo Nacional de Policía distinguiendo entre «facultativos y técnicos que proceden del propio Cuerpo Nacional de Policía» y los «funcionarios facultativos y técnicos procedentes de otros cuerpos de la Administración». A juicio del Abogado del Estado esta diferenciación es relevante pues sólo los primeros ingresaron en el Cuerpo por el procedimiento general y común según las Escalas y categorías previstas con la circunstancia añadida de poseer un título académico que podía habilitarles para el desempeño de cometidos profesionales de apoyo a las funciones policiales comunes. Son estos funcionarios –los que integran las cuatro escalas– los que quedan sometidos a un régimen disciplinario y jerarquizado que justifica la peculiar regulación del Consejo de Policía, integrado por representantes de la Administración y de las Escalas del Cuerpo Nacional de Policía, estableciéndose una plena correspondencia subjetiva entre el grupo de personas que ven limitados sus derechos constitucionales (como el de huelga) y quienes tienen derecho a participar en las elecciones al mencionado órgano paritario.

Reconoce el representante del Estado que, ante el texto del artículo 17 LOFCS, podría dudarse si la provisión de plazas de facultativos y técnicos por parte de funcionarios de otras Administraciones implicaba la incorporación de éstos como miembros en el Cuerpo Nacional de Policía o se limitaba a reflejar un destino potencial conservando los funcionarios que acceden a dichas plazas la situación estatutaria correspondiente a su Cuerpo de origen. En esta interpretación jugó un papel importante el Real Decreto 322/1991, de 15 de marzo, que dio nueva redacción al artículo 2 del Real Decreto 315/87 que limitaba la condición de electores y elegibles a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que estuviesen en servicio activo, se-

gunda actividad o servicios especiales por representación sindical. El texto añadido por el Real Decreto de 1991 disponía que «los facultativos y técnicos concurrirán respectivamente con las Escalas Superior y Ejecutiva». Sin embargo, esta disposición fue anulada por sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1993 por incurrir en quiebra del principio de jerarquía normativa. Señala el Abogado del Estado que en esa sentencia se destaca la diferencia de funciones entre aquéllos que ocupan las plazas de facultativos y técnicos ejerciendo funciones auxiliares y de apoyo a la actividad policial y aquéllos que ejercen las funciones de dirección, coordinación y supervisión que corresponden a las Escalas Superior y Ejecutiva. A su entender, se rechaza implícitamente la posibilidad de interpretar el artículo 17 LOFCS en el sentido de que los facultativos y técnicos que ocuparan dichas plazas se integrasen en el Cuerpo Nacional. «Parece entenderse en esa sentencia –afirma– que una cosa es la adscripción orgánica de funcionarios con título facultativo, que puede no coincidir con la adscripción orgánica del Cuerpo de procedencia, y otra, la integración en un Cuerpo de funcionarios».

El Abogado del Estado defiende la constitucionalidad de la norma cuestionada de acuerdo con la interpretación que, de la misma, realizó la Junta Electoral. Por lo que respecta, en primer lugar, al artículo 25.3 LOFCS –que entiende cuestionado no tanto por el mecanismo de representación por escalas, sino porque dichas Escalas no comprendan a determinados funcionarios que desempeñan su servicio en el ámbito de esas funciones– la cuestión estriba, puntualiza el Abogado del Estado, en determinar si la Ley ofrece una justificación razonable para no arbitrar una fórmula de participación de estos funcionarios excluidos de las elecciones. La duda de constitucionalidad planteada, también para el

«artículo 26.2, párrafo 2, y 26.3, párrafo primero», no se cifra en los concretos mecanismos electorales que toman en cuenta las Escalas del cuerpo, sino sólo en la estricta medida en que la norma impide la participación electoral de los que no se integran en aquellas escalas. En realidad, subraya el Abogado del Estado, no se trata tanto de cuestionar lo que dicen los preceptos impugnados, sino lo que omiten (inconstitucionalidad por omisión).

Centrada así la cuestión y partiendo de la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, considera el Abogado del Estado que ha de rechazarse la identidad de situaciones entre los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía integrados en las cuatro Escalas que lo componen y los funcionarios adscritos en las plazas facultativas y técnicas de apoyo. Sólo los primeros, y los facultativos y técnicos que ingresaron como policías, tienen restringidos determinados derechos que requieren del arbitrio de un mecanismo de representación en un órgano de composición paritaria. Los que no se integran en ninguna escala quedan sujetos al estatuto de su propio Cuerpo de origen, conservando los derechos sindicales del mismo. El principio de igualdad no se ve afectado por ser precisamente la diversidad del régimen jurídico la causa específica de la regulación legal cuestionada.

Añade, para concluir, que «no puede identificarse el mecanismo de representación del Consejo Nacional de Policía como una representación sindical». Se trata, en realidad, de un órgano administrativo sui generis, de libre configuración por el legislador y en el que han de buscarse fórmulas de participación selectivas al no ser posibles mecanismos de participación universal del conjunto de los ciudadanos. Salvo en casos de desigualdad patente y arbitraria –que no es el caso– no podría reconocerse un derecho positivo de participación en un órgano adminis-

trativo basado en el mero interés derivado del encuadramiento funcional.

5. Mediante escrito registrado el 18 de septiembre de 2009, la Procuradora doña Ana de la Corte Macias formula sus alegaciones poniendo de manifiesto, en primer lugar, el posible error en la transcripción de los preceptos legales cuestionados. Tras resumir los hechos que dieron lugar a la interposición del recurso de amparo (origen de esta cuestión de inconstitucionalidad), subraya una serie de elementos que, a su entender, han de concluir con la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Estos elementos son los siguientes:

a) Que los facultativos y técnicos, independientemente de su procedencia, son miembros del Cuerpo Nacional de Policía y por tanto se ven sometidos a las mismas restricciones que los miembros que integran alguna de las cuatro escalas. Naturaleza que no fue discutida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se impugnó en el recurso de amparo.

b) Que los facultativos y técnicos que proceden de otra Administración quedan en situación de excedencia por lo que no pueden ejercer su derecho al voto en las elecciones sindicales correspondientes a las de su Cuerpo o escala de origen.

c) Que el objeto de esta cuestión de inconstitucionalidad viene siendo discutido y debatido en todas las Juntas Electorales desde el año 1995, planteándolo como un problema a resolver mediante la oportuna modificación legislativa.

d) Que el Consejo Nacional de Policía es un órgano de representación paritaria que surge para superar las limitaciones que, en materia de huelga y libertad sindical, impone la Constitución a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, constituyéndose en cauce de expresión y solución de conflictos profesionales.

e) Que el establecimiento de un régimen distinto entre los funcionarios integrados en las escalas, y aquellos que lo hacen en plazas, no tiene una justificación razonable, objetiva y proporcionada, puesto que los funcionarios facultativos y técnicos también tienen prohibido el derecho de huelga y las demás acciones sustitutivas del mismo, y con la privación del derecho de voto al Consejo, se les impide intervenir en la conformación de sus intereses profesionales (ya sea mediante la elección de sus representantes, ya sea mediante la presentación de su candidatura a las elecciones).

f) Que, en definitiva, al negársele a los facultativos y técnicos la posibilidad de elegir a sus representantes o poder ser elegidos para representar a sus compañeros en el Consejo de Policía, se vulnera el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE, así como el derecho a participar en los asuntos públicos del artículo 23 CE y el derecho fundamental a la participación en las elecciones sindicales derivado del artículo 28 CE.

6. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito de 30 de septiembre de 2009 en el que interesa la estimación parcial de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en el sentido de declarar la inconstitucionalidad del artículo 25.3, párrafo segundo, de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, al ser contrario al artículo 14 CE.

El Fiscal General inicia sus alegaciones con una prolija y detallada relación de los antecedentes procesales (recurso de amparo) y fácticos de este proceso constitucional, para precisar a continuación la falta de correspondencia entre algunos de los preceptos ahora cuestionados y los que fueron impugnados en el recurso de amparo. Centrándose, entonces, en la posible inconstitucionalidad del artículo 25.3, párrafo segundo, de la Ley 2/1986, el Ministerio Fiscal estructura

su argumentación, en resumen, de la siguiente forma:

a) Destaca, en primer lugar, la condición de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de quienes ocupan plazas de facultativos y técnicos, cuya previsión legal se encuentra ya en el artículo 17 LOFCS, y fue desarrollada reglamentariamente en el Real Decreto 1593/1988, de 16 de diciembre. La categoría de funcionarios facultativos y técnicos está integrada por funcionarios procedentes del propio Cuerpo Nacional de Policía y por funcionarios procedentes de otras administraciones que ingresan mediante concurso y no se integran en ninguna de las Escalas previstas en el artículo 17 de la Ley cuestionada. Subraya el Fiscal que la normativa vigente diferencia nítidamente entre los funcionarios integrados en las Escalas y el resto de personal del Cuerpo Nacional de Policía (facultativos y técnicos) que poseen unas funciones especializadas. Concluye afirmando que la regulación vigente atribuye a los facultativos y técnicos el mismo régimen estatutario que el resto de funcionarios, aunque sin integrarlos en ninguna de las cuatro Escalas previstas legalmente.

b) Se adentra a continuación el Fiscal en la naturaleza, las funciones y el proceso de elección de los representantes del Cuerpo Nacional de Policía en el Consejo Nacional de Policía. Como se deduce de la propia exposición de motivos de la Ley, sostiene el Fiscal General, la creación del Consejo de Policía se enmarcaría «dentro de este contexto de búsqueda del necesario equilibrio entre el reconocimiento y el respeto de los derechos personales y profesionales de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía y las limitaciones a que ha de someterse el ejercicio de algunos de los dichos derechos (huelga, representación colectiva) en razón de las especiales características de la función policial». Precisamente por ello se le atribuyen funciones

de mediación y conciliación en los conflictos colectivos así como de participación en el establecimiento de las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, «sin distinción alguna en cuanto a los destinos que ocupan o las concretas funciones que desempeñan». Por lo que respecta al procedimiento de elección, destaca el Fiscal que la propia Ley parece limitar la representación de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía exclusivamente a aquellos funcionarios integrados en alguna de las cuatro Escalas previstas en el mencionado artículo 17 LOFCS, tal como se desprende del artículo 25.3, así como del 26.1, apartado segundo, y el artículo 26.2 de la misma Ley. Nada se dice, subraya, de los facultativos y técnicos no integrados a pesar de que la existencia de dichas plazas estaba ya contemplada expresamente en el artículo 17.

En definitiva, y respecto de esta cuestión, concluye el Fiscal General que «la composición del Consejo de Policía se articula legalmente desde su origen sobre la base de lo que podemos denominar un principio de representación por Escalas, lo cual produce, como efecto directo, la exclusión del resto de funcionarios integrados en el Cuerpo Nacional de Policía que no forman parte de alguna de las Escalas contempladas en el referido artículo 17 LOFCS». Principio de representación por Escalas que también se recogió en el desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Real Decreto 315/1987, de 27 de febrero, que reguló un procedimiento electoral totalmente cerrado (y basado en las escalas) en un momento en el que todavía no se habían creado ni ocupado las primeras plazas de facultativos y técnicos (lo que se produjo en el año 1990).

c) A continuación, el Fiscal procede a la identificación de las razones que sustentan la exclusión de los facultativos y técnicos no integrados en Escalas del pro-

ceso electoral (teniendo en cuenta que sí se incluye en el censo electoral a quienes ocupando plaza de la misma naturaleza proceden del mismo Cuerpo y se integran en su escala de origen) pues la cuestión nuclear consiste en determinar «si dicha exclusión generadora de un trato diferenciado tiene o no una justificación objetiva, razonable y proporcionada o, por el contrario, contradice el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE». A su entender, la diferente naturaleza de las funciones a desempeñar por el personal facultativo o técnico, como funciones de carácter meramente instrumental frente a las funciones estrictamente policiales, no constituye una justificación suficiente pues este argumento se ve debilitado desde el momento en que se admite la participación en el proceso electoral de aquellos funcionarios que, ocupando plazas de facultativos y técnicos, se integran, sin embargo, en alguna de las Escalas previstas. «Estos últimos», puntualiza el Ministerio Fiscal, «aun desempeñando funciones de apoyo y meramente instrumentales y no estando sometidos al régimen de Escalas a efectos de promoción interna, son admitidos a participar en el proceso electoral mediante su integración en las Escalas de origen, y ello a pesar de que no existe una previsión expresa en las normas reglamentarias que así lo establezca».

Las alegaciones del Abogado del Estado tampoco le parecen adecuadas, pues, insiste el Ministerio Fiscal, quienes ocupan plazas de facultativos y técnicos son considerados a los efectos legales como funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía sometidos al mismo régimen estatutario, funcional y disciplinario que el resto de los funcionarios policiales.

Por lo que respecta a la justificación esgrimida por la Junta Electoral, en su acuerdo de 14 de abril de 2003, según la cual la exclusión tendría su razón de ser en el hecho de que los facultativos y téc-

nicos procedentes de otras Administraciones mantendrían las facultades de participación en los procesos electorales que se celebrasen en su ámbito de procedencia, considera el Fiscal General que carece de la consistencia necesaria para ser admitida constitucionalmente. En primer lugar, porque dicha afirmación resulta discutible al no encontrarse estos funcionarios en situación de servicio activo en su Administración de origen, sino en situación de excedencia (conforme a los artículos 44 y 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, sobre el estatuto básico del empleado público en relación con la Ley 9/1987, de 12 de junio sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas). En segundo lugar porque, de admitirse esta justificación, se les obligaría a participar en unas elecciones en el seno de una Administración en donde no desempeñan función o actividad ninguna y donde no es posible la representación y defensa de sus actuales intereses profesionales.

En conclusión, a juicio del Fiscal General del Estado, no existe ninguna razón constitucionalmente válida que justifique la exclusión del personal facultativo y técnico procedente de otras Administraciones del proceso electoral para nombrar representantes en el Consejo de Policía.

d) Por último, se plantea el Fiscal si es posible realizar una interpretación integradora de la normativa existente favorable a la participación en el proceso electoral de facultativos y técnicos. A esta cuestión responde de forma negativa pues el artículo 25. 3, párrafo segundo, diseña un procedimiento electoral basado exclusivamente en el principio de representación por Escalas sin previsión alguna sobre la participación de facultativos y técnicos. El concepto de «escalas» no puede ser interpretado de forma flexible como proponía en su momento

el demandante en el recurso de amparo origen de esta cuestión, pues su contenido se halla delimitado normativamente y se contrapone al concepto de «plazas». Todo ello le lleva a la conclusión de que el artículo 25.3, párrafo segundo, LOFCS es contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE al no permitir, por omisión, la participación de dichos funcionarios en el procedimiento electoral al Consejo de Policía, solicitando su declaración de inconstitucionalidad. No así respecto de los otros preceptos cuestionados en tanto en cuanto dichos preceptos presentan un contenido neutro que no impide la participación de facultativos y técnicos, como electores o elegibles, en las elecciones al Consejo Nacional de Policía.

7. Mediante Auto de 26 de noviembre de 2009, la Sala Segunda de este Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267.3 LOPJ, y habiendo verificado la existencia de un error material en el Auto por el que elevó la cuestión de inconstitucionalidad al Pleno, procedió a la rectificación de aquél en el sentido de hacer constar que dónde dice «26.2 párrafo segundo y 26.3 párrafo primero» debe decir «26.1 (párrafo segundo) y 26.2 (párrafo primero)».

8. Por providencia de 10 de diciembre de 2009, el Pleno acuerda incorporar a las actuaciones el Auto de rectificación material aludido y, en consecuencia, tener por planteada la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 25.3 párrafo segundo; 26.1 párrafo segundo y 26.2 párrafo primero de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad y dar traslado a las partes para que en el plazo de quince días aleguen lo que estimen conveniente.

9. Evacuando alegaciones en escrito registrado el 11 de enero de 2010, el Abogado del Estado se ratifica en su precedente escrito de alegaciones toda vez

que la errónea identificación numérica de los párrafos cuestionados no ha generado confusión en la causa petendi de su planteamiento.

10. El Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones en escrito registrado el 17 de febrero de 2010 al que confiere un carácter complementario del anterior. Tras resumir los antecedentes procesales de la cuestión, y con remisión a los argumentos de su anterior escrito, solicita también la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 26.1, párrafo segundo y 26.2, párrafo primero, por cuanto dichos preceptos no son más que una concreción del principio de representación por Escalas en la elección de los miembros del Consejo Nacional de Policía. Ambos preceptos, concluye el Fiscal, cierran toda posibilidad de participación en el proceso electoral de referencia a aquellos funcionarios no integrados en las Escalas legales sin que exista una razón constitucionalmente válida que justifique dicha exclusión.

11. Por providencia de 23 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 24 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La Sala Segunda de este Tribunal, mediante Auto de 18 de mayo de 2009, rectificado el 26 de noviembre posterior, acordó elevar al Pleno cuestión interna de inconstitucionalidad en relación a los artículos 25.3 párrafo segundo, 26.1 párrafo segundo y 26.2 párrafo primero de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de las fuerzas y cuerpos de seguridad (LOFCS), por posible vulneración del artículo 14 CE. A la vista de la anterior resolución, el Pleno del Tribunal decidió tenerla por planteada la cuestión reservándose para sí su conocimiento mediante

providencia de 21 de julio de 2009. En la misma providencia se ordenó la suspensión de la resolución del recurso de amparo número 11684-2006, conforme a lo establecido en el artículo 55.2 LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta Sentencia, el Abogado del Estado solicita la desestimación de la presente cuestión, defendiendo la constitucionalidad del precepto cuestionado, puesto que ha de rechazarse la identidad de situaciones entre los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía integrados en las cuatro Escalas que lo componen y los funcionarios adscritos en las plazas de facultativos y técnicos ya que, en su opinión, la diversidad de régimen jurídico es la causa específica de la regulación legal cuestionada.

Por su parte, el Ministerio Fiscal y la parte demandante en el recurso de amparo solicitan la estimación de la presente cuestión al considerar que no existe justificación objetiva y razonable, constitucionalmente válida, que avale la exclusión del personal facultativo y técnico procedente de otras Administraciones del proceso electoral para nombrar representantes en el Consejo de Policía.

2. Antes de resolver las dudas de constitucionalidad planteadas, conviene realizar algunas precisiones referidas, en primer lugar, al objeto de la cuestión; en segundo lugar, al contexto normativo en que se inscriben los preceptos cuestionados.

Por lo que respecta a la primera de las precisiones, conviene subrayar que el objeto de la presente cuestión es fundamentalmente una omisión del legislador, ya que no es la regulación expresamente contenida en los preceptos cuestionados la que pueda estimarse contraria al principio de igualdad sino su imperfección.

En efecto, el artículo 25.3 (párrafo segundo) de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, prevé que «la representación de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en el Consejo se estructurará por Escalas, sobre la base de un representante por cada 6000 funcionarios o fracción, de cada una de las cuatro Escalas que constituyen el Cuerpo». A su vez, el artículo 26.1 (párrafo segundo) dispone que «las elecciones se celebrarán por Escalas votando sus miembros una lista que contenga el nombre o nombres de los candidatos» y el artículo 26.2 (párrafo primero) prescribe que «los candidatos a la elección podrán ser presentados, mediante listas nacionales, para cada una de las Escalas por los Sindicatos de funcionarios o por las agrupaciones de electores de las distintas Escalas legalmente constituidas». El tenor de estos artículos evidencia que las dudas de inconstitucionalidad no se proyectan sobre lo que dicen los preceptos transcritos, sino sobre lo que no dicen u omiten. La duda que debe resolverse es si la previsión de un procedimiento para designar a los representantes al Consejo de Policía del Cuerpo Nacional de Policía que se estructura exclusivamente a partir de las Escalas previstas en la misma Ley, excluyendo por tanto a aquellos funcionarios que ocupan plazas de facultativos y técnicos, introduce un trato diferenciado que resulta vulnerador del derecho a la igualdad.

En segundo lugar, resulta de utilidad hacer una referencia al contexto en el que se inscriben los preceptos cuestionados. Así, y por lo que respecta a la estructura del Cuerpo Nacional de Policía, el artículo 17 LOFCS dispone que constará de cuatro Escalas y diversas subcategorías: la Escala Superior (con dos categorías), la Escala Ejecutiva (con dos categorías), la Escala de Subinspección (con una sola categoría) y la Escala Básica (con dos categorías). A su vez, el mencionado precepto prevé que «en el Cuerpo Nacional de Policía existirán las plazas de Faculta-

tivos y Técnicos, con títulos de los grupos A y B, que sean necesarias para la cobertura y el apoyo de la función policial, que se cubrirán entre funcionarios de acuerdo con el sistema que reglamentariamente se determine». Como recuerda el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, estas plazas, aun previstas en el año 1986, no fueron dotadas hasta el año 1990 mediante dos sistemas de acceso: bien mediante la incorporación de funcionarios procedentes de algunas de las cuatro Escalas del propio Cuerpo Nacional de Policía que se encuentran en posesión de la titulación requerida; bien a través de funcionarios procedentes de otras Administraciones que adquieren la plaza previa superación del oportuno procedimiento de selección. La modalidad de acceso, como se dirá después, va a tener consecuencias (al menos fácticas) en el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones al Consejo de Policía.

Por su parte, el artículo 25 LOFCS (cuyo apartado tercero, párrafo segundo se encuentra ahora cuestionado) prevé la creación de un órgano de representación paritaria de la Administración y de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, bajo la presidencia del Ministro del Interior (o de la persona en quien delegue). El Consejo de Policía se configura como el órgano de representación de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía con funciones relevantes de mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos; de participación en el establecimiento de las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios; de realización de mociones y consultas respecto de materias relativas al estatuto profesional de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía; de emisión de informes en expedientes disciplinarios por faltas muy graves o en aquéllos que se incoen a los representantes de los sindicatos y de emisión de informes en las normas de carácter general que se pretendan dictar en estas materias, independientemente de las que

le puedan ser atribuidas por Ley (artículo 25.2 LOFCS).

La regulación del procedimiento para la designación de los representantes en el Consejo de Policía se encuentra en los cuestionados artículos 25.3 (párrafo segundo), 26.1 (párrafo segundo) y 26.2 (párrafo primero) de la Ley 2/1986, de 13 de marzo; preceptos que estructuran el desarrollo de las elecciones a partir de las Escalas (artículo 17 Ley 2/1986, de 13 de marzo) sin hacer mención ninguna a las plazas de facultativos y técnicos.

3. Planteados así los términos del debate, conviene iniciar nuestro análisis recordando la consolidada doctrina de este Tribunal acerca del derecho a la igualdad en la ley, para después aplicarlo al caso concreto teniendo en cuenta las diversas peculiaridades que presenta. En la reciente STC 87/2009, de 20 de abril, resumimos nuestra doctrina partiendo de la premisa de que la vulneración del derecho a la igualdad supone la existencia en la propia Ley de una diferencia de trato entre situaciones jurídicas iguales. Esta disparidad de tratamiento, sin embargo, sólo será vulneradora del derecho a la igualdad si no responde a una justificación objetiva y razonable que, además, resulte adecuada y proporcional. En efecto, tal como señalábamos en el fundamento jurídico 7 de la citada STC 87/2009 (pero también en las SSTC 22/1981, de 2 de julio; 76/1990, FJ 4; 110/2004, de 30 de junio, FJ 4; 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5, y 55/2009, de 9 de marzo, de 2 de julio, entre otras muchas): «a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, de-

biendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.»

4. La aplicación de la doctrina reseñada a este caso requiere determinar, en primer lugar, si nos encontramos realmente ante situaciones iguales que reciben un trato diferenciado –como sostienen la parte demandante en el recurso de amparo origen de esta cuestión de inconstitucionalidad y el Ministerio Fiscal– o si, por el contrario, no se puede apreciar dicha identidad, lo que excluiría la afectación del derecho reconocido en el artículo 14 CE –tal como argumenta el Abogado del Estado.

Los funcionarios que ocupan plazas de facultativos y técnicos en el Cuerpo Nacional de Policía, según se prevé en el artículo 17 Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad, ejercen funciones auxiliares y de apoyo a las funciones estrictamente policiales –que define la propia ley en sus artículos 11 y 12.

Como ya indicamos antes estos funcionarios pueden provenir, bien del propio

Cuerpo Nacional de Policía, bien de otras Administraciones Públicas –accediendo, en este segundo caso, mediante concurso de méritos entre funcionarios de carrera con titulación A o B– y ocupan plazas aisladas o no escalafonadas. En el caso de los facultativos y técnicos que provienen de otras Administraciones, una vez ocupan su plaza en el Cuerpo Nacional de Policía, quedan en situación de excedencia voluntaria automática en su Administración de origen, pues acceden a un nuevo puesto del sector público incompatible con el que vienen desempeñando y no procede la declaración de otra situación administrativa, tal como se prevé en la disposición adicional tercera del Real Decreto 997/1989, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo de la Dirección General de Policía y, con carácter general, en el artículo 29.3.a) de la Ley de medidas para la reforma de la función pública. La situación de excedencia voluntaria no produce reserva del puesto de trabajo ni devenga retribuciones del puesto de origen. Además, en lo que aquí nos interesa, el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo a los órganos de representación de que se trate no es posible en la Administración de origen puesto que el mencionado derecho se encuentra vinculado a la situación de servicio activo del funcionario –tal como expresamente dispone el artículo 16.1 y 2.a) de la Ley 9/1987, de 12 de junio sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, que resulta de aplicación supletoria en todo aquello que no se oponga al régimen específico de la fuerzas y cuerpos de seguridad–; situación de servicio activo que ostentan respecto del Cuerpo Nacional de Policía.

Así las cosas resulta que todos los facultativos y técnicos (independientemente ahora de su modo de acceso) son

funcionarios en servicio activo en el Cuerpo Nacional de Policía y quedan, por tanto, sujetos al régimen estatutario de dicho cuerpo, tanto en relación a sus derechos como a sus especiales responsabilidades y deberes [tal como lo prevé, en general, los artículos 85.2.b) y 86 del actual Estatuto del empleado público]. Son, en este sentido y a todos los efectos, miembros del Cuerpo Nacional de Policía y, por ello, les resultan aplicables las limitaciones al ejercicio de su derecho a la huelga y su libertad sindical (artículos 18 y 19 LOFCS) o la previsión relativa a la jubilación forzosa a una determinada edad (artículo 16.3 LOFCS), por citar algunos ejemplos, y también, por la misma razón, su órgano de representación será el Consejo Nacional de Policía.

Sin embargo, y a efectos de lo que aquí interesa, los funcionarios que ocupan plazas de facultativos y técnicos quedan excluidos del proceso electoral regulado en la Ley 2/1986, de 13 de marzo, sólo para aquellos funcionarios integrados en escalas. Es más, de hecho, sólo los facultativos y técnicos que provienen de otras Administraciones públicas son excluidos del censo electoral, puesto que a los funcionarios y técnicos que proceden del mismo Cuerpo Nacional de Policía, a falta de previsión normativa, se les entiende integrados en su escala de origen a efectos de facilitar su incorporación al censo. Resulta así, desde un plano fáctico, que aunque ni la ley ni el reglamento de desarrollo prevén la participación de los funcionarios que ocupan plazas de facultativos y técnicos en el proceso de elección de representantes al Consejo Nacional de Policía, en el caso de los funcionarios que provienen del mismo Cuerpo se recurre a una ficción (o integración analógica) que permite su participación a través de su escala de origen (solución que, como se deduce de los documentos aportados en este proceso, tampoco satisface a los funcionarios implicados que acaban votando en

una Escala que no representa sus intereses profesionales y económicos); mientras que en el caso de los funcionarios que provienen de otras Administraciones su exclusión del censo se fundamenta precisamente en su procedencia «externa» que imposibilita su integración o asimilación en alguna escala policial. En efecto, el intento de equiparación o asimilación de los funcionarios facultativos y técnicos procedentes de otras Administraciones a los miembros de las Escalas Superior y Ejecutiva que llevó a cabo el Real Decreto 322/1991, de 15 de marzo (dando nueva redacción al artículo 2 del Real Decreto 315/1987, regulador del proceso de elección de los miembros al Consejo de Policía) no fructificó al ser anulado por sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1993 que, aun refiriéndose a la «loable aspiración de la Administración» al aprobar dicho Real Decreto para intentar arreglar «determinadas lagunas en orden a estos funcionarios facultativos y técnicos que quedaban excluidos del proceso electoral sindical que corresponde a todos los funcionarios públicos», consideró que se había dictado sin cobertura legal y con infracción del principio de jerarquía normativa al contravenir lo dispuesto en el artículo 26.1 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo.

Se cumple, por tanto, el primer presupuesto para realizar el análisis de constitucionalidad de los preceptos cuestionados a la luz del artículo 14 CE pues nos encontramos ante dos situaciones iguales o similares que reciben un tratamiento diferenciado por lo que respecta a su participación en el Consejo Nacional de Policía –tanto desde una vertiente activa (posibilidad de ser elector) como desde una vertiente pasiva (posibilidad de ser elegible)–. Resumiendo lo hasta ahora dicho, los preceptos cuestionados en este proceso constitucional parten de un «principio de representación por escalas» que excluye a aquellos funcionarios policiales que ocupan plazas no escalafo-

nadas de facultativos y técnicos, siempre que no sea posible acudir a la ficción de «integración» en su escala de origen o «asimilación» a una determinada escala para facilitarles el derecho al voto.

5. Comprobada la existencia de un régimen diferenciado entre los diversos miembros del Cuerpo Nacional de Policía en función de su integración o no en las Escalas policiales, lo relevante ahora es determinar si existen razones objetivas y proporcionadas que justifiquen esta diversidad de trato. En este punto conviene subrayar que «la igualdad ha de valorarse en cada caso teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte» (STC 10/2005, de 20 de enero) y que el artículo 14 CE también «se proyecta sobre las condiciones de trabajo en general y sobre las económicas en particular, tanto en el ámbito laboral como funcionarial» [SSTC 57/1990, de 29 de marzo, FJ 2, y 110/2004, de 30 de junio FJ 4 a)]. De lo que aquí se trata, pues, es de determinar y valorar las posibles razones que han llevado al legislador a excluir la participación de determinados miembros del Cuerpo Nacional de Policía en el proceso de elección de representantes en el Consejo de Policía, órgano de representación y conformación de intereses profesionales así como de solución de conflictos (similar a los órganos de representación que se prevén con carácter general en el ámbito de la función pública para instrumentar la interlocución entre las Administraciones públicas y sus empleados, ex artículos 15 y 31 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público) que adquiere especial relevancia dadas las peculiaridades estatutarias de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía.

Debemos descartar, en primer lugar, que la diversidad de funciones que asumen, de un lado, los policías integrados en Escalas y, de otro lado, los facultativos y técnicos constituya una razón objetiva suficiente, pues tal argumento se debilita,

como subraya el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, cuando la realidad muestra que se utilizan las ficciones y analogías que sean precisas para que los facultativos y técnicos que proceden del propio cuerpo, aun realizando funciones auxiliares y de apoyo, puedan, sin embargo participar en el proceso electoral integrándose en su escala de origen. Asimismo, no resulta ocioso recordar que el Real Decreto 1469/1977, de 17 de junio, por el que se crea la Escala Facultativa del Cuerpo General de Policía (suprimida luego en la reordenación operada por la Ley 2/1986, de 13 de marzo) establecía literalmente que «los titulares de los puestos de trabajo de la Escala Facultativa tendrán los mismos derechos, obligaciones y sistema de ascensos que el resto de los funcionarios del Cuerpo General de Policía, salvo las especialidades que se deriven de lo dispuesto en este Real Decreto».

Tampoco puede considerarse razonable desde una perspectiva constitucional la justificación defendida por el Abogado del Estado según la cual la representación en el Consejo de Policía estaría circunscrita a los funcionarios policiales que ven limitado el ejercicio de determinados derechos constitucionales, limitaciones que constituyen la razón de ser de la creación del Consejo de Policía. Los facultativos y técnicos no integrados en Escalas son miembros del Cuerpo de Policía a todos sus efectos y, por tanto, se encuentran sometidos al mismo régimen estatutario (limitaciones incluidas) que los funcionarios policiales integrados en escalas.

No resulta razonable, por último, la pretendida posibilidad de los facultativos y técnicos procedentes de otra Administración de participar en las elecciones al órgano de representación equivalente en su Cuerpo o escala de origen, argumento esgrimido por la Junta Electoral en su Acuerdo de 14 de abril de 2003. La situación de excedencia voluntaria en la que quedan respecto de su Administración de origen les impide dicha participación al

no encontrarse en servicio activo, lo que, finalmente, comporta que sus intereses no se vean representados ni en su Administración de procedencia ni en el Cuerpo Nacional de Policía en el que se encuentran en servicio activo.

Todas las razones que se acaban de rechazar abordan el problema, además, con una perspectiva limitada o reducida a los funcionarios que ocupan plazas de facultativos y técnicos y proceden de otra Administración, al entender que la cuestión ya está resuelta respecto de los facultativos y técnicos que proceden del mismo Cuerpo Nacional de Policía, a los que se incluye en el censo mediante su integración en la escala de origen. Conviene objetar, no obstante, que esta solución parcial ha sido adoptada de forma fáctica sin apoyo en previsión legal o reglamentaria alguna, pues el silencio de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, lo es respecto de todos funcionarios que ocupen «plazas» no escalafonadas, y no sólo respecto de aquéllos que, ocupando dichas plazas, no proceden del propio Cuerpo.

Es, por tanto, la integración o no en una de las cuatro Escalas previstas por el artículo 17 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, la que determina la posibilidad de participar en las elecciones al Consejo de Policía, de acuerdo con un principio de «representación por Escalas» (como subraya el Ministerio Fiscal) y es esta razón la que debemos abordar desde la perspectiva del artículo 14 CE.

La creación de las Escalas dentro de un Cuerpo único (nacido de la integración entre el Cuerpo Superior de Policía y de Policía Nacional) responde, según la propia Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad, a la necesidad de dotar a la institución policial de una organización más racional y coherente, posibilitando la mejor prestación de los servicios de un colectivo jerarquizado así como la promoción interna como medida de incentiación de los funcionarios. La finalidad

última es, pues, la profesionalización de la carrera policial. La nueva estructura del Cuerpo Nacional de Policía no incluye, sin embargo, la Escala de Facultativos que había creado el Real Decreto 1469/1977, sino que se limita a prever la existencia de plazas de facultativos y técnicos (artículo 17) tal como ya pusimos de relieve en la STC 153/1992, de 19 de octubre, con ocasión de un recurso de amparo relativo al derecho a la ejecución de Sentencias, remarcando que «no corresponde a este Tribunal determinar si las plazas de facultativos sustituyen a la referida Escala» a pesar de que «las funciones atribuidas a estas plazas y la titulación exigida para su desempeño son coincidentes con las de la Escala Facultativa». Las razones de esta diferenciación y sus consecuencias jurídicas, sin embargo, no vienen establecidas en la Ley 2/1986, de 13 de marzo.

Así las cosas, no resulta aplicable nuestra doctrina sobre la igualdad y la desigualdad entre estructuras funcionariales de creación legal, donde la norma que las crea puede apreciar diferencias relevantes fundadas en el régimen abstracto diseñado por ella misma, de modo que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el status del personal que presta sus servicios en las Administraciones públicas (STC 7/1984, de 25 de enero, AATC 352/2007, de 24 de julio; 112/2008, de 14 de abril, y 99/2009, de 23 de marzo). Y ello es así, en primer lugar, porque difícilmente podemos considerar la noción de «plaza» como equivalente a una estructura o categoría funcional en el sentido utilizado por nuestra doctrina para excluir la afectación del derecho a la igualdad, ni en este caso las «plazas de facultativos y técnicos» cuentan con un régimen particular diseñado por el legislador sino que se contemplan meramente como una posibilidad de futuro. En segundo lugar, porque como ya señalamos con anterioridad, los funcionarios que

ocupan las mencionadas «plazas» se encuentran sometidos al mismo régimen estatutario sin que la ley haya previsto diferencia alguna a este respecto, con la salvedad, lógicamente, de la que pueda derivarse de la omisión de la referencia a estas plazas en el proceso para la elección de los representantes en el Consejo Nacional de Policía.

La atribución del sufragio activo y pasivo en función de un criterio formal (perpetencia o no a una determinada estructura funcional) cuyo establecimiento obedece a otro tipo de finalidades (racionalización de la organización policial y promoción interna) deviene artificioso por no adecuado a dicho fin y, en cualquier caso, resulta demasiado gravoso o desproporcionado pues se podría haber optado por soluciones menos gravosas que no excluyesen de raíz la representación de este colectivo de funcionarios. No existe, en definitiva, una razón constitucional suficiente que permita justificar la exclusión de los facultativos y técnicos del proceso electoral para la elección de miembros del Consejo de Policía.

A esta conclusión, y a mayor abundamiento, apuntan también los diversos hechos que envuelven el conflicto. En primer lugar, la propia solución que se adopta respecto de los facultativos y técnicos que proceden del mismo Cuerpo Nacional de Policía, mediante su «integración» en la escala de origen, que muestra la inexistencia de razón material o funcional que justifique dicha exclusión. En segundo lugar, el reconocimiento, por parte de los representantes del Ministerio del Interior, de que se trata de una cuestión a la que debe darse solución mediante la oportuna reforma legislativa, tal como consta en las actas de las reuniones de la Junta Electoral designada para actuar en el proceso de elecciones de representantes del Cuerpo Nacional de Policía en el Consejo de Policía que constan en las actuaciones de este proceso constitucional.

6. Derivándose la inconstitucionalidad de los preceptos mencionados de su carácter excluyente (en cuanto su tenor sólo se refiere a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía integrados en las Escalas previstas en el artículo 17 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo), conviene precisar ahora el alcance y el sentido de nuestro fallo. En efecto, como ya dijimos en la STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9 (con remisión a la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11) «no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando la razón de inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión», pues no se trata de suprimir o cancelar alguna de las partes de los preceptos cuestionados, sino al contrario, de ampliar su objeto, para incluir a aquéllos que han sido excluidos sin justificación ninguna.

En conclusión, nos encontramos aquí, como también en las STC 52/2006, de 16 de febrero, FJ 3, «ante una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, sino que la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del mismo exige, como dijimos en el fundamento jurídico 9 de la STC 273/2005, 'que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6)'» quien determine, en este caso, a la mayor brevedad, el régimen de participación de facultativos y técnicos en el Consejo de Policía con respeto al derecho a la igualdad que ahora resulta vulnerado.

FALLO

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda de este Tribunal y, en su virtud, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 25.3, párrafo segundo, 26.1, párrafo segundo, y 26.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto que no incluyen a los facultativos y técnicos en las elecciones al Consejo de Policía, con el alcance expresado en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde*.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Javier Delgado Barrio*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—*Manuel Aragón Reyes*.—*Pablo Pérez Tremps*.—Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 131/2010, de 2 de diciembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 4511-1999. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña en relación con el párrafo primero del artículo 211 del Código civil y con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Derecho a la libertad personal y reserva de ley orgánica: inconstitucionalidad de la previsión, en ley ordinaria, del internamiento forzoso en establecimiento de salud mental de quienes padezcan trastornos psíquicos. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo

Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en relación con el art. 211, párrafo primero, del Código civil, y, en su caso, con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, por posible infracción de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 3 de noviembre de 1999 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña al que se acompañaba, junto con testimonio del expediente de jurisdicción voluntaria núm. 63-1999-C tramitado en ese órgano judicial, Auto del referido Juzgado de 25 de octubre de 1999 en el que se acuerda elevar a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad con respecto al art. 211, párrafo primero, del Código civil, y, en su caso, a la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de

protección jurídica del menor, por su posible contradicción con los artículos 17.1 y 81.1 CE.

2. La cuestión de inconstitucionalidad trae causa del expediente de jurisdicción voluntaria núm. 63-1999-C seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña sobre internamiento de persona mayor de edad en centro psiquiátrico.

Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucesivamente expuestos, los que siguen:

a) Con fecha 24 de septiembre de 1999 compareció ante la autoridad judicial una ciudadana que interesaba la pertinente autorización para el internamiento en un centro psiquiátrico de su hija mayor de edad, alegando para ello el padecimiento de trastornos psíquicos y drogodependencia.

b) Por providencia de 24 de septiembre de 1999 el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña admitió a trámite la comparecencia e incoó procedimiento de jurisdicción voluntaria núm. 63-1999-C, acordando para el día 27 siguiente el examen de la afectada y la elaboración de informe forense sobre su estado de salud y sobre la conveniencia de acordar la medida de internamiento pretendida.

c) Verificado el referido examen, el Juzgado, mediante providencia de 28 de septiembre de 1999, acordó, de conformidad con el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en un plazo de diez días y con suspensión del trámite, alegaran cuanto estimasen oportuno en relación con la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 211, párrafo primero, del Código civil, por posible infracción de los artículos 17.1 y 81.1 CE.

d) El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 1 de octubre de 1999, concluyendo que procedía plantear cuestión de inconstitucionalidad. A su juicio, y tras afirmar que concurrían todas las circunstancias procesales necesarias para el planteamiento de la cuestión, las razones expuestas en la STC 129/1999, de 1 de julio, y en el Voto particular que la acompaña eran suficientes para considerar que no resultaba infundada la duda sobre la inconstitucionalidad del art. 211, párrafo primero, del Código civil por contenerse en una ley ordinaria la regulación del derecho a la libertad.

e) No se presentaron otros escritos de alegaciones.

f) Mediante Auto de 25 de octubre de 1999 el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. A juicio del órgano judicial que plantea la cuestión, la garantía de la libertad personal establecida en el art. 17.1 CE alcanza a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código civil, según resulta de la doctrina de este Tribunal Constitucional (SSTC 104/1990 y 129/1999), de manera que dicho precepto, por su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 CE y debiera, por ello, tener el carácter de ley orgánica, según exige el art. 81.1 CE y se ha reconocido en la STC 129/1999, de 1 de julio, con ocasión de una cuestión planteada respecto del párrafo segundo del propio art. 211 del Código civil. Sin embargo el precepto cuestionado no tiene tal carácter, según resulta de la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de la que pro-

cede la versión aplicable en el procedimiento a quo, lo que implicaría, para el Juzgado, su inconstitucionalidad y nulidad por infracción de los artículos 17.1 y 81.1 CE.

Entiende el Juzgado, en línea con el Voto particular que acompaña a la STC 129/1999, que el carácter orgánico de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor –al margen de lo establecido en la referida disposición final, pero en consonancia con ella– sólo puede predicarse en propiedad de aquéllos de sus preceptos que regulan la materia que constituye su objeto principal, por lo que en ningún caso podría extenderse al precepto objeto de la cuestión, que en el contexto de aquella ley orgánica sólo se justifica por razón de conexión, pero que, llamado a integrarse en un cuerpo normativo autónomo como es el Código civil, no cumple con la condición de incluirse en una norma que regule de manera perfectamente identificable los casos en que procede el internamiento forzoso, así como sus garantías. Con todo, «[p]ara el supuesto de que se entendiese que toda vez que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, fue aprobada como tal ley orgánica por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados y por ello metafóricamente al menos, el carácter de ley ordinaria atribuido a la disposición final duodécima es una decisión del «legislador orgánico» plasmada en la disposición final vigésimo tercera, podría ser esta última en la parte que atribuye carácter orgánico (sic) a la D.F. 12.^a, que modifica el art. 211, párrafo primero, la que en su caso podría estar viciada de inconstitucionalidad por vulnerar el art. 81.1».

4. Por providencia de 18 de enero de 2000 la Sección Segunda acordó admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto

de sus respectivos Presidentes, al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, así como al Fiscal General del Estado al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones. Se acordó igualmente publicar la incoación del procedimiento en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se verificó en el núm. 28, de 2 de febrero de 2000.

5. El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, presentó escrito de alegaciones el 9 de febrero de 2000. El representante procesal del Gobierno comienza por señalar que el art. 211, párrafo primero, del Código civil se impugna por una razón puramente formal, sin que se plantee ninguna objeción desde la perspectiva de su contenido en relación con los artículos 17 y 81 CE. Por su parte, y a su juicio, es menos comprensible la razón por la que se cuestiona la disposición final vigésima tercera, pues «si lo que se imputa a la norma es la insuficiencia de rango no tiene sentido cuestionar la disposición final vigésima tercera aprobada con el carácter orgánico que se considera exigible para la disposición final duodécima, como se analizará más adelante».

Alega, a continuación, el Abogado del Estado que la exigencia del juicio de relevancia obliga a excluir de este proceso la parte del precepto dedicada a los menores y al internamiento urgente, por no darse ninguna de ambas circunstancias en el proceso a quo. De otro lado la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil (LEC), ha derogado, entre otros, el precepto aquí cuestionado, sustituyendo su mandato por el contenido en el art. 763 LEC. No obstante, la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico no se produciría hasta el 8 de enero de 2001, por lo que la cuestión mantendría su objeto hasta esa fecha.

Hechas estas precisiones, el Abogado del Estado reitera que el Auto de plantea-

miento de la cuestión no formula ninguna objeción a la previsión de un supuesto de restricción de la libertad personal motivado por causa de enfermedad psíquica que exija el internamiento de quien no puede valerse por sí mismo, siempre que medie autorización judicial, previo dictamen médico y audiencia al afectado. Así resulta, por otro lado, de las SSTC 104/1990 y 129/1999. La cuestión se limita, por tanto, al rango de la norma, entendiendo el Juzgado, en línea con el Voto particular a la STC 129/1999, que el internamiento es una privación de libertad que afecta al núcleo fundamental de ese derecho reconocido en el art. 17 CE y que, por el juego del art. 81.1 CE, esa limitación sólo puede hacerse por ley orgánica.

El Abogado del Estado entiende que la restricción de libertad que impone el art. 211 del Código civil, aun incidiendo en el derecho a la libertad personal proclamado en el art. 17.1 CE, está suficientemente habilitada por una ley ordinaria, al no exigir el supuesto de hecho habilitante la garantía adicional que supone la reserva de ley orgánica. Atendido el tenor literal del art. 17.1 CE—continúa el escrito de alegaciones—, «aunque sea aplicable a todos los supuestos de restricción de libertad, no puede negarse que se sitúa dentro de un contexto ... referido a las limitaciones de libertad que tienen su origen en una causa penal, bien porque se refieren a la investigación y aseguramiento de la responsabilidad en el caso de delitos o a condenas penales consecuencia de un previo pronunciamiento penal». La jurisprudencia citada en el Auto de planteamiento se ha dictado justamente sobre ese tipo de supuestos, sustancialmente distintos del que ha motivado este proceso. Por ello, afirma el representante del Gobierno, los precedentes invocados deben situarse en su «contexto, que es el de la protección frente a detenciones arbitrarias sin control judicial y sin límites, con fines punitivos», lo

que ha hecho que con frecuencia el Tribunal haya relacionado el mandato del art. 17 CE con el principio de legalidad penal del art. 25 CE, que ha identificado, por relación con el art. 81.1 CE, con la reserva de la tipificación de los delitos y sus penas a la ley orgánica. Así resultaría de la doctrina sintetizada en la STC 17/1987 y de lo resuelto en la STC 104/1990 con ocasión de un supuesto similar al presente.

El Abogado del Estado se detiene seguidamente en las diferencias, a su juicio evidentes, entre la privación de libertad motivada para la investigación de un delito y el internamiento de quien padezca una enfermedad psíquica. La primera trae causa de la comisión de un delito comprobada en un proceso, tiene la duración determinada en la ley y con ella se trata de asegurar, bien la investigación del delito, bien la ejecución de la Sentencia que pueda dictarse. La segunda se establece en beneficio fundamentalmente del afectado –que no puede valerse por sí mismo– y consiste en su ingreso en un centro en el que será tratado de su enfermedad. La protección del derecho a la libertad se traduce en este caso en la exigencia de que tanto la ley como su aplicación aseguren la concurrencia del presupuesto (la intensidad de la enfermedad), se examine y oiga al afectado, intervenga un perito médico y medie decisión judicial.

Una medida de estas características –prosigue el representante del Gobierno– tiene mucha más relación con las previsiones del art. 49 CE, precepto éste que habilitaría el internamiento, «operando como el mejor desarrollo y, desde luego, la mejora garantía del derecho a la libertad». El art. 211 del Código civil no sería sino una concreción del mandato constitucional establecido en el art. 49 CE en orden al tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. «Es más –concluye el Abogado del Estado–, manteniendo la suficiencia de la Ley ordinaria

para habilitar el internamiento previsto en el artículo 211 del Código Civil, la admisión de la tesis que se plantea en el Auto que da origen a la cuestión... encontraría aquí su satisfacción», pues el precepto «puede considerarse como una concreción, en el ámbito civil, de la habilitación genérica contenida en el Código Penal de la que constituiría mero desarrollo. En otras palabras, la habilitación por el legislador orgánico a la autoridad judicial para internar a una persona enferma en un centro adecuado a su patología, único extremo que, según el auto de planteamiento estaría dentro del ámbito de la reserva de la Ley Orgánica, tendría suficiente cobertura en el Código Penal».

El escrito de alegaciones del Abogado del Estado finaliza poniendo de manifiesto que aun cuando no se niega el carácter ordinario de la disposición final duodécima que introdujo la nueva redacción del art. 211 del Código civil, tampoco puede omitirse que la disposición que así lo declara (la disposición final vigésima tercera) fue aprobada con el carácter de ley orgánica. Para el representante del Gobierno ello supone que la mayor garantía implícita en la tramitación y votación por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados se ha respetado en este caso, pues la disposición final duodécima se integra en una ley orgánica. Ha sido, en definitiva, el propio legislador orgánico quien ha decidido, en atención a criterios que consideraba técnicamente correctos, atribuir carácter ordinario a la repetida disposición.

Siendo el sentido de la reserva de ley orgánica, según se afirmó en la STC 140/1986, la exigencia de un procedimiento y decisión cualificados en orden a la mejor garantía de los derechos fundamentales frente a la acción normativa de los poderes públicos, no cabe duda, concluye el Abogado del Estado, de que en el presente caso se han respetado las garantías constitucionalmente estable-

cidas según la interpretación del Auto de planteamiento.

En atención a todo lo expuesto el Abogado del Estado interesa que se dicte Sentencia declarando que las disposiciones cuestionadas son conformes a la Constitución.

6. El Presidente del Congreso de los Diputados comunicó, por escrito registrado el 14 de febrero de 2000, que, en ejercicio de la delegación conferida por la Mesa de la Diputación Permanente en su reunión de 18 de enero de 2000, había acordado que la Cámara no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar, con remisión a la dirección de estudios y documentación de la Secretaría General.

7. Por escrito registrado en el Tribunal el 16 de febrero de 2000 la Presidenta del Senado comunicó al Tribunal que, en virtud de la delegación conferida por la Mesa de la Diputación Permanente del Senado en su reunión del día 20 de enero de 2000, la Cámara se daba por personada en el procedimiento y ofrecía su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

8. El escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado se registró el 18 de febrero de 2000. Tras referir los antecedentes del caso, el Fiscal General del Estado recuerda que la STC 129/1999, de 1 de julio, desestimó una cuestión de inconstitucionalidad referida al apartado segundo del mismo art. 211 del Código civil. Si bien se trata de normas diferentes y no es de apreciar, por tanto, cosa juzgada, entiende el Fiscal General del Estado que dicha Sentencia contiene una serie de afirmaciones que sirven para la resolución de la presente cuestión.

La desestimación de la STC 129/1999 se produjo por entender la mayoría del Pleno que el apartado segundo del art. 211 del Código civil no regula direc-

tamente la privación de libertad, sino el procedimiento judicial que ha de observarse para adoptar esa decisión. Ahora bien, quedó claramente sentado que la garantía del art. 17.1 CE alcanza a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código civil y, por tanto, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica (STC 129/1999, FJ 2). De todo ello se desprende, a juicio del Fiscal General, que el precepto cuestionado ha de revestir la forma de ley orgánica, «en cuanto incide directamente sobre el derecho a la libertad personal, de acuerdo con las previsiones del artículo 81.1 CE ..., en relación con el 17.1, ambos de nuestra norma suprema». Como quiera que la norma ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/1996, alega el Fiscal General del Estado que «será preciso determinar si ello se ha traducido en una nueva regulación efectuada por Ley Orgánica, lo que supondría la conformidad de la misma con el artículo 81.1 CE y, desde esta perspectiva, con el 17.1».

En este punto el Fiscal General hace suya la posición defendida en el Voto particular que acompaña a la STC 129/1999, entendiendo que «si la disposición final vigésima tercera de aquella ley declara el carácter de ley ordinaria de la reforma del artículo 211 C.C., así habrá de entenderse, y, en consecuencia, se ha producido un incumplimiento del artículo 81.1 C.E., sin que nos corresponda valorar la técnica legislativa consistente en modificar, por el procedimiento de aprobación de una Ley Orgánica, una ley ordinaria, manteniendo expresamente el rango de esta última».

En definitiva, concluye el Fiscal General del Estado que la regulación del internamiento de presuntos incapaces exige una ley orgánica expresamente dirigida a ese fin, incluso aunque la misma suponga una reforma del Código civil.

«Si la reserva de Ley Orgánica carece de eficacia retroactiva, de modo que las regulaciones efectuadas antes de la Constitución se han mantenido vigentes, no puede decirse lo mismo de las modificaciones posteriores a la entrada en vigor de aquélla, como ha sucedido en el presente caso».

El escrito de alegaciones termina recordando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a las condiciones y circunstancias en las que puede acordarse la privación de libertad del enajenado (casos Winterwerp, de 24 de octubre de 1979, y Ashingdane, de 8 de mayo de 1985) y que, a juicio del Fiscal General, no se recogen expresamente en la ley, lo que redundaría en un defecto que, sin embargo, ha de quedar fuera de consideración en este proceso, pues ni se plantea tal cuestión en el Auto del Juzgado, ni procede examinarlo una vez que el defecto formal padecido por la norma cuestionada es suficiente para declarar su inconstitucionalidad.

Por lo expuesto el Fiscal General del Estado solicita que se dicte Sentencia que declare que el art. 211, párrafo primero, del Código civil es contrario a los artículos 81.1 y 17.1 CE.

9. Mediante providencia de 24 de marzo de 2009 el Pleno del Tribunal acordó, de conformidad con el art. 10.1.c) LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir a la Sala Primera, a la que por turno corresponde, el conocimiento de la presente cuestión.

10. Por providencia de 15 de junio de 2009 el Pleno acordó recabar para sí el conocimiento de la cuestión.

11. Mediante providencia de 29 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de diciembre de 2010.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto de este procedimiento es determinar la posible inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 211 del Código civil, en la redacción dada a dicho precepto por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y, en su caso, de la disposición final vigésima tercera de la misma Ley Orgánica 1/1996, por infracción de la reserva de ley orgánica establecida en los artículos 17.1 y 81.1 CE.

Según ha quedado reseñado en los antecedentes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña entiende, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 129/1999, de 1 de julio, que el párrafo primero del art. 211 del Código civil, en cuanto establece uno de los supuestos en que cabe privar a una persona de su libertad, debiera haber sido aprobado con el carácter de ley orgánica, de manera que, dada la naturaleza de ley ordinaria que le atribuye la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dicho precepto ha de ser considerado inconstitucional por infringir los artículos 17.1 y 81.1 CE. Subsidiariamente, sería esa disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996 la que, en virtud de aquella atribución, resultaría contraria a los referidos preceptos constitucionales, según el Juzgado promotor de la cuestión.

El Fiscal General del Estado comparte el parecer del órgano judicial, en tanto que el Abogado del Estado, después de afirmar que la derogación del precepto aquí cuestionado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (que contempla en su art. 763 el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico), supondría la desaparición del objeto de este proceso a partir del 8 de enero

de 2001, por ser ésta la fecha de entrada en vigor de dicha ley, defiende la constitucionalidad del art. 211, párrafo primero, del Código civil, con el argumento de que la doctrina invocada por el Juzgado –y el propio art. 17.1 CE– se refiere a los supuestos de privación de libertad en el ámbito penal, siendo así que la medida de internamiento en establecimiento de salud mental contemplada en el precepto cuestionado estaría conectada con el art. 49 CE, de cuyo mandato sería una concreción en garantía de los derechos de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico, pudiendo también interpretarse como una concreción, en el ámbito civil, de la habilitación genérica contenida en el art. 101 del Código penal para la privación de la libertad personal, de la que sería mero desarrollo, por lo que no resultaría necesaria la cobertura específica de una ley orgánica.

2. La referencia del Abogado del Estado a la derogación del precepto que aquí se cuestiona hace necesario resolver, con carácter previo a toda consideración de fondo, si se ha producido la desaparición sobrevenida del objeto de este procedimiento. De acuerdo con la disposición derogatoria única.2, apartado 1, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se ha derogado, entre otros, el art. 211 del Código civil, cuyo contenido se reproduce sustancialmente en el art. 763 de la Ley de enjuiciamiento civil. Precepto éste que, a su vez, ha sido también cuestionado ante este Tribunal, en el que pende la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4542-2001, planteada por el mismo órgano judicial del que procede la presente cuestión, y en la que se deducen las mismas vulneraciones, y con similares argumentos, que las que se imputan al párrafo primero del art. 211 del Código civil.

Como es sabido, a diferencia de lo que sucede en los recursos de inconstitucionalidad, en los que, como regla general y salvo que se trate de una controversia

competencial, la derogación de la norma legal impugnada supone la pérdida de objeto del proceso (por todas, SSTC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 3), en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 3, y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 3, entre otras muchas). La aplicación de la anterior doctrina conduce a descartar la pérdida de objeto alegada por el Abogado del Estado.

3. Por otra parte, en este proceso constitucional se ha cuestionado, aunque de forma subsidiaria, la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, es decir, la norma que calificó como precepto desprovisto de carácter orgánico al art. 211 del Código civil (en la redacción dada al mismo por la disposición final duodécima de la citada ley), de manera que, aun cuando el enjuiciamiento de esa calificación fuera en cualquier caso obligado desde el momento en que lo que aquí se discute como cuestión principal es la propia naturaleza orgánica u ordinaria de la materia regulada por el art. 211, párrafo primero, del Código civil, no cabe duda acerca de la pertinencia de nuestro juicio sobre la concreta disposición final de la Ley Orgánica 1/1996 que ha sido también objeto de la cuestión planteada por el Juzgado.

4. Pues bien, la duda de constitucionalidad a la que aquí hemos de dar respuesta ha sido ya despejada en la STC 129/1999, de 1 de julio.

El precepto enjuiciado en la STC 129/1999 no era, como en la pre-

sente cuestión, el párrafo primero del art. 211 del Código civil, sino el párrafo segundo de la misma norma (en la redacción dada al mismo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre), para el que, por contener reglas procedimentales sobre la conformación de la decisión judicial de internamiento, no se consideró necesaria la forma de ley orgánica, limitada ésta en su exigencia a «la norma que en nuestro Derecho permite el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos», esto es, al «párrafo primero del mismo precepto, que habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado» (STC 129/1999, FJ 2).

Y así el Pleno del Tribunal afirmó en la STC 129/1999 que «[l]a garantía de la libertad personal establecida en el art. 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código civil. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el art. 17.1 «ha de considerarse incluida...] la (detención regular... de un enajenado), a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (STC 104/1990, fundamento jurídico 2). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986)» (STC 129/1999, FJ 2).

Así pues el art. 211, párrafo primero, del Código civil, en la redacción dada a dicho precepto por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, tiene por objeto un asunto, el

internamiento forzoso de personas que padezcan trastornos psíquicos, que afecta a materia incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE, en relación con el art. 17.1 CE, como este Tribunal ya declaró en la citada STC 129/1999, FJ 2. Por ello la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, ha incurrido en inconstitucionalidad al excluir a aquel precepto del carácter orgánico de la propia ley que lo comprende.

5. Como se ha dicho, el párrafo primero del art. 211 del Código civil, en la redacción que es objeto de este proceso constitucional, se incorporó al ordenamiento acompañado de su calificación legislativa como precepto desprovisto del carácter orgánico que, sin embargo, era propio de la ley que le dio nuevo contenido, es decir, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ciertamente, el legislador está habilitado para incluir en una ley orgánica preceptos que contengan materias conexas, excluyendo expresamente a dichos preceptos en la propia ley orgánica del régimen de especial rigidez establecido por el art. 81.2 CE. Tal atribución, sin embargo, no constituye, como es evidente, un pronunciamiento constitucionalmente definitivo e irrevisable acerca de la naturaleza orgánica u ordinaria de la materia afectada por el precepto así calificado, pues un pronunciamiento de esas características sólo puede hacerlo este Tribunal Constitucional, quien, como intérprete supremo de la Constitución, es el único competente para determinar, en última instancia, el alcance material de la reserva establecida en el art. 81.1 CE en favor de una determinada forma legislativa.

Así lo declaró tempranamente este Tribunal en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21, cuya doctrina hemos reiterado en términos similares en SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 51.d), y 124/2003, de 19 de

junio, FJ 13, conforme a la cual la reserva de ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de especial rigidez (art. 81.2 CE), sino que tal efecto puede y aún debe ser excluido por la misma ley orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no tienen carácter orgánico. De modo que es constitucionalmente legítimo que una ley orgánica pueda contener preceptos no orgánicos, siempre y cuando el contenido de éstos se limite a desarrollar el núcleo orgánico de la ley y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia, viniendo en tal caso obligado el legislador a concretar los preceptos de la ley orgánica a los que atribuye carácter ordinario, sin que tal determinación impida su control por el Tribunal Constitucional.

En efecto, este Tribunal puede mediante Sentencia, en caso de impugnación o cuestionamiento de una ley orgánica, determinar cuáles de los preceptos de dicha ley no participan de la naturaleza de ley orgánica, de suerte que tales preceptos podrán ser modificados por ley ordinaria [por todas, STC 5/1981, FJ 21.A) y C)].

Distinto es el supuesto de que una ley orgánica excluya de ese mismo carácter asuntos que sí están reservados a dicho tipo de ley. Este Tribunal, entonces, puede declarar inconstitucional la atribución por el legislador de la naturaleza de ley ordinaria a un precepto contenido en una ley orgánica cuando aprecie que el precepto en cuestión afecta a materia incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE y concordantes.

6. En definitiva, conforme ha quedado expuesto, procede declarar inconstitucional y nula la disposición final vigé-

sima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en cuanto atribuye, con infracción de lo dispuesto en los artículos 17.1 y 81.1 CE, carácter de ley ordinaria a la disposición final duodécima de la propia Ley Orgánica 1/1996, por la que se dio nueva redacción al párrafo primero del art. 211 del Código civil, dado que tiene por objeto una materia –la medida de autorización judicial de internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos– incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica.

La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996 determina, en consecuencia, que el art. 211, párrafo primero, del Código civil, en la redacción dada al mismo por la referida disposición final duodécima de la misma Ley Orgánica 1/1996, deba ser declarado inconstitucional por regular materia reservada a ley orgánica, pero no nulo en este caso. Como este Tribunal ha declarado en diversas ocasiones, no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 17; y 120/2010, de 24 de noviembre, FJ 6). Tal ocurre en el presente supuesto, pues la declaración de nulidad del art. 211, párrafo primero, del Código civil, crearía un vacío en el ordenamiento jurídico, sin duda no deseable, máxime teniendo en cuenta que dicho precepto no ha sido cuestionado en su contenido material, esto es, no se ha discutido la pertinencia de la medida de internamiento de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico en establecimiento de salud mental mediante autorización judicial, a lo que ha de añadirse que, en realidad, se trata de un precepto ya derogado.

Conviene advertir que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996,

de 15 de enero, de protección jurídica del menor, cuya disposición final duodécima dio nueva redacción al párrafo primero del art. 211 del Código civil, y hasta la publicación de la presente Sentencia, por la que declaramos la inconstitucionalidad de su calificación legislativa en la disposición final vigésima tercera de la citada Ley Orgánica 1/1996 como norma no orgánica, ha mediado un tiempo en el que dicha calificación desplegó plena eficacia, integrándose en su virtud en el ordenamiento aquella norma como una ley ordinaria, lo que hizo posible efectos tales como, precisamente, la derogación posterior del art. 211 en su integridad por una ley desprovista del carácter orgánico, es decir, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, cuyo art. 763.1 (precepto pendiente de enjuiciamiento por este Tribunal, como después se verá) viene a regular, como ya dijimos, tanto la habilitación al Juez para acordar la medida de internamiento forzoso de las personas que padezcan trastornos psíquicos (hasta entonces contemplada en el párrafo primero del art. 211 del Código civil, en la redacción dada al mismo por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996), como las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento (previstas con anterioridad en el párrafo segundo del art. 211 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y cuya constitucionalidad en cuanto al carácter de ley ordinaria fue declarada por la citada STC 129/1999, FJ 2).

Vigente, pues, como norma ordinaria durante toda su existencia, el párrafo primero del art. 211 del Código civil, ha de ser declarado inconstitucional, pero no nulo, como antes ya se dijo, por lo que despliega todos sus efectos hasta su derogación por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil desde el 8 de enero de 2001 (fecha de entrada en vigor de la misma), sin perjuicio de la corres-

pondiente modulación de esos efectos que pudiera resultar de lo establecido en las disposiciones transitorias de dicha ley, cuyo art. 763.1 regula actualmente la medida judicial de internamiento forzoso por razón de trastornos psíquicos, precepto sobre el que este Tribunal ha de pronunciarse al resolver la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4542-2001, planteada por el mismo órgano judicial del que procede la presente cuestión, como ya se dijo.

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 la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia:

1.º Declarar inconstitucional y nula la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

2.º Declarar inconstitucional, con el efecto establecido en el fundamento jurídico 6 de esta Sentencia, el párrafo primero del art. 211 del Código civil, en la redacción dada por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

PLENO. SENTENCIA 132/2010, de 2 de diciembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 4542-2001. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña en relación con los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. Derecho a la libertad personal y reserva de ley orgánica: inconstitucionalidad de la previsión, en ley ordinaria, del internamiento forzoso en establecimiento de salud mental de quienes padezcan trastornos psíquicos. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4542-2001, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en relación con el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por posible infracción de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución. Han sido parte el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 8 de agosto de 2001 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña al que se acompañaba, junto con testimonio del expediente de jurisdicción voluntaria núm. 48-2001-C tramitado en ese órgano judicial, Auto del referido Juzgado de 31 de julio de 2001 en el que se acuerda elevar a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad con respecto al artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, por su posible contradicción con los artículos 17.1 y 81.1 CE.

2. La cuestión de inconstitucionalidad trae causa del expediente de jurisdicción voluntaria núm. 48-2001-C seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña sobre internamiento de persona mayor de edad en centro psiquiátrico.

Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Con fecha 20 de junio de 2001 compareció ante la autoridad judicial una ciudadana que interesaba la pertinente autorización para el internamiento en un centro hospitalario de su tío, mayor de edad, alegando para ello el padecimiento de trastornos psíquicos y alcoholismo.

b) Por providencia de 20 de junio de 2001 el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña admitió a trámite la comparecencia e incoó procedimiento de jurisdicción voluntaria núm. 48-2001-C, acordando para el día 21 siguiente el examen del afectado y la elaboración de informe forense sobre su estado de salud y sobre la conveniencia

de acordar la medida de internamiento pretendida.

c) Verificado el referido examen, el Juzgado, mediante providencia de 25 de junio de 2001, acordó, de conformidad con el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en un plazo de diez días y con suspensión del trámite, alegaran cuanto que estimasen oportuno en relación con la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, por posible infracción de los artículos 17.1 y 81.1 CE.

d) El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reposición contra el anterior proveído, alegando que el procedimiento aún no había concluido, toda vez que se había omitido la audiencia al Ministerio Público prevista en el artículo 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Dicho recurso fue estimado por Auto de 13 de julio de 2001. Concluido finalmente el procedimiento con la celebración del trámite inicialmente omitido, el Juzgado acordó de nuevo, mediante providencia de 17 de julio de 2001, requerir el parecer de las partes de conformidad con el artículo 35.2 LOTC y en los términos establecidos en la referida providencia de 25 de junio anterior.

e) El Ministerio público presentó su escrito de alegaciones el 27 de julio de 2001, concluyendo que procedía plantear cuestión de inconstitucionalidad. A su juicio, y tras afirmar que concurrían todas las circunstancias procesales necesarias para el planteamiento de la cuestión, las razones expuestas en la STC 129/1999, de 1 de julio, y en el Voto particular que le acompaña eran suficientes para considerar que no resultaba infundada la duda sobre la inconstitucionalidad del artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7

de enero, de enjuiciamiento civil, destacando el Ministerio Fiscal la admisión a trámite de la cuestión planteada en su día por el mismo Juzgado en relación con el artículo 211, párrafo primero, del Código civil (C.I. núm. 4511-1999) cuyo contenido se acoge ahora en el artículo 763 LEC.

f) No se presentaron otros escritos de alegaciones.

g) Mediante Auto de 31 de julio de 2001 el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. A juicio del órgano judicial que plantea la cuestión, la garantía de la libertad personal establecida en el artículo 17.1 CE alcanza a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el artículo 763 LEC, según resulta de la doctrina de este Tribunal Constitucional (SSTC 104/1990 y 129/1999), de manera que dicho precepto, por su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 CE y debiera, por ello, tener el carácter de ley orgánica, según exige el artículo 81.1 CE y se ha reconocido en la STC 129/1999, de 1 de julio, con ocasión de una cuestión planteada respecto del párrafo segundo del propio artículo 211 del Código civil. Sin embargo, el precepto cuestionado no tiene tal carácter, lo que implicaría, para el Juzgado, su inconstitucionalidad y nulidad por infracción de los artículos 17.1 y 81.1 CE.

4. Por providencia de 2 de octubre de 2001 la Sección Tercera acordó admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el artículo 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus respectivos Presidentes, al

Gobierno, a través del Ministro de Justicia, así como al Fiscal General del Estado al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones. Se acordó igualmente publicar la incoación del procedimiento en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se verificó en el núm. 244, de 11 de octubre de 2001.

5. Por escrito registrado en el Tribunal el 18 de octubre de 2001, la Presidenta del Senado comunicó al Tribunal que la Mesa de la Cámara, en reunión del día 16 de octubre anterior, había acordado darse por personada en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

6. La Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó, por escrito registrado el 19 de octubre de 2001, que la Mesa de la Cámara, en reunión del día 17 anterior, había acordado que el Congreso de los Diputados no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar, con remisión a la Dirección de estudios y documentación de la Secretaría General.

7. El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, presentó escrito de alegaciones el 23 de octubre de 2001. El representante procesal del Gobierno comienza por señalar que el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley de enjuiciamiento civil se impugna por una razón puramente formal, sin que se plantee ninguna objeción desde la perspectiva de su contenido en relación con los artículos 17 y 81 CE, por lo demás avalado en las SSTC 104/1990 y 129/1999, referidas al artículo 211 del Código civil, derogado por el propio artículo 763 LEC, en cuya elaboración parlamentaria se tuvo en cuenta la doctrina establecida en dichos pronunciamientos.

Alega, a continuación, el Abogado del Estado que la presente cuestión de inconstitucionalidad es similar a la que con el núm. 4511-1999 se planteó por el mismo órgano judicial respecto del artículo 211, párrafo primero, del Código civil, por lo que entiende el representante del Gobierno que son trasladables a este proceso las alegaciones formuladas en aquél.

Afirma el Abogado del Estado, en primer término, que la exigencia del juicio de relevancia obliga a excluir de este proceso la parte del precepto dedicada a los menores y al internamiento urgente, por no darse ninguna de ambas circunstancias en el proceso «a quo». De otro lado, la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, ha derogado, entre otros, al precepto aquí cuestionado, sustituyendo su mandato por el artículo 763 LEC. No obstante, la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico no se produciría hasta el 8 de enero de 2001, por lo que la cuestión mantendría su objeto hasta esa fecha.

Hechas estas precisiones, el Abogado del Estado reitera que el Auto de planteamiento de la cuestión no formula ninguna objeción a la previsión de un supuesto de restricción de la libertad personal motivado por causa de enfermedad psíquica que exija el internamiento de quien no puede valerse por sí mismo, siempre que medie autorización judicial, previo dictamen médico y audiencia al afectado. Así resulta, por otro lado, de las SSTC 104/1990 y 129/1999. La cuestión se limita, por tanto, al rango de la norma, entendiendo el Juzgado, en línea con el Voto particular a la STC 129/1999, que el internamiento es una privación de libertad que afecta al núcleo fundamental de ese derecho reconocido en el artículo 17 CE y que, por el juego del artículo 81.1 CE, esa limitación sólo puede hacerse por ley orgánica.

El Abogado del Estado entiende que la restricción de libertad que impone el artículo 763 LEC, aun incidiendo en el derecho a la libertad personal proclamado en el artículo 17.1 CE, está suficientemente habilitada por una ley ordinaria, al no exigir el supuesto de hecho habilitante la garantía adicional que supone la reserva de ley orgánica. Atendido el tenor literal del artículo 17.1 CE –continúa el escrito de alegaciones–, «aunque sea aplicable a todos los supuestos de restricción de libertad, no puede negarse que se sitúa dentro de un contexto ... referido a las limitaciones de libertad que tienen su origen en una causa penal, bien porque se refieren a la investigación y aseguramiento de la responsabilidad en el caso de delitos o a condenas penales consecuencia de un previo pronunciamiento penal». La jurisprudencia citada en el Auto de planteamiento se ha dictado justamente sobre ese tipo de supuestos, sustancialmente distintos del que ha motivado este proceso. Por ello, afirma el representante del Gobierno que los precedentes invocados deben situarse en su «contexto, que es el de la protección frente a detenciones arbitrarias sin control judicial y sin límites, con fines punitivos», lo que ha hecho que con frecuencia el Tribunal haya relacionado el mandato del artículo 17 CE con el principio de legalidad penal del artículo 25 CE, que ha identificado, por relación con el artículo 81.1 CE, con la reserva de la tipificación de los delitos y sus penas a la ley orgánica. Así resultaría de la doctrina sintetizada en la STC 17/1987 y de lo resuelto en la STC 104/1990 con ocasión de un supuesto similar al presente.

El Abogado del Estado se detiene seguidamente en las diferencias, a su juicio evidentes, entre la privación de libertad motivada para la investigación de un delito y el internamiento de quien padezca una enfermedad psíquica. La primera trae causa de la comisión de un delito

comprobada en un proceso, tiene la duración determinada en la ley y con ella se trata de asegurar, bien la investigación del delito, bien la ejecución de la Sentencia que pueda dictarse, en otras palabras, responde a razones de seguridad ciudadana y se impone en interés de la sociedad en su conjunto. La segunda se establece en beneficio fundamentalmente del afectado –que no puede valerse por sí mismo– y consiste en su ingreso en un centro en el que será tratado de su enfermedad. La protección del derecho a la libertad se traduce en este caso en la exigencia de que tanto la ley como su aplicación aseguren la concurrencia del presupuesto (la intensidad de la enfermedad), se examine y oiga al afectado, intervenga un perito médico y medie decisión judicial.

Una medida de estas características –prosigue el representante del Gobierno– tiene mucha más relación con las previsiones del artículo 49 CE, precepto éste que habilitaría el internamiento, «operando como el mejor desarrollo y, desde luego, la mejora garantía del derecho a la libertad». El artículo 763 LEC no sería sino una concreción del mandato constitucional establecido en el artículo 49 CE en orden al tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

Subsidiariamente, entiende el Abogado del Estado que si se considerase imprescindible una ley orgánica habilitante del internamiento, podría afirmarse que el previsto en el artículo 763.1 LEC encuentra habilitación orgánica en el artículo 101 del Código penal, siendo «una concreción, en el ámbito civil, de la habilitación genérica contenida en el Código Penal de la que constituiría mero desarrollo». Tesis que cobraría sentido habida cuenta de la naturaleza procesal de la Ley de enjuiciamiento civil que, en cuanto tal, no contiene preceptos de naturaleza sustantiva. Y si, con todo, el Tribunal Constitucional entendiera que el

precepto cuestionado debiera haber sido aprobado como ley orgánica, alega el Abogado del Estado que habría de darse relevancia al hecho de que fue aprobado «por nada menos que 317 votos a favor sobre 319 emitidos», pues, aun siendo consciente de la especialidad procedimental prevista en el artículo 81.1 CE, el representante del Gobierno sostiene que, «dada la especificidad de la materia sobre la que versa el precepto que aquí nos ocupa y, por contraste, la generalidad y amplitud de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que éste se incluye, parece que no puede dejar de considerarse como significativa la mayoría que aprobó la redacción final de la norma», pues lo que importa es que «la garantía reforzada que se trata de asegurar con la exigencia de Ley Orgánica ha existido en el presente caso».

Y si, pese a todo –concluye el escrito de alegaciones–, entendiera el Tribunal que la cuestión ha de ser estimada, el Abogado del Estado somete a su consideración «la posibilidad de emitir un fallo que, utilizando fórmulas como la de la denominada ‘inconstitucionalidad diferida’ u otra similar, permita atenuar en lo posible las indeseables consecuencias prácticas que podrían derivarse de un fallo de inconstitucionalidad sin paliativos», en línea, por lo demás, con la doctrina establecida en pronunciamientos como los contenidos en las SSTC 195/1998 y 235/1999.

En atención a todo lo expuesto, el Abogado del Estado interesa que se dicte Sentencia declarando que las disposiciones cuestionadas son conformes a la Constitución.

8. El escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado se registró el 29 de octubre de 2001. Tras referir los antecedentes del caso, el Fiscal General del Estado recuerda que la STC 129/1999, de 1 de julio, desestimó una cuestión de inconstitucionalidad referida al apartado

segundo del artículo 211 del Código civil, en la que se dejó claro que la determinación de los supuestos en los que procede la privación de libertad queda bajo la reserva de la ley orgánica, conforme a los artículos 53.1 y 83.1 CE, por ser indudable que tal delimitación constituye un supuesto de «desarrollo» y no de mera «afectación» de un derecho fundamental.

En consecuencia, el Fiscal General del Estado sostiene que «para que el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la LEC pueda ser considerado, desde el punto de vista formal, compatible con las exigencias que se derivan de los artículos 17.1, 53.1 y 81.1 de la Constitución Española para la regulación de las limitaciones de los derechos fundamentales, sería necesario que tales preceptos tuviesen el rango de ley orgánica, del que, como antes se ha dicho, carecen, lo que conduce inevitablemente a su declaración de nulidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, por tanto, a su expulsión del ordenamiento».

El escrito de alegaciones recuerda a continuación que la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional (SSTC 112/1988 y 129/1999) sigue la establecida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a las condiciones y circunstancias en las que puede acordarse la privación de libertad del enajenado (casos Winterwerp, de 24 de octubre de 1979, y Ashingdane, de 8 de mayo de 1985), si bien recuerda que el objeto de esta cuestión se reduce al defecto formal supuestamente padecido por la norma cuestionada.

En cuanto a la extensión de la declaración de inconstitucionalidad que se interesa, el Fiscal General alega que es necesario plantearse si sus efectos han de alcanzar también a la regulación del internamiento de menores regulado en el

artículo 763.2 LEC, cuestión que, en su opinión, ha de responderse negativamente, de un lado, porque el artículo 763.1 LEC comprende tanto a los mayores como a los menores de edad, y, de otro, porque en el artículo 763.2 LEC no se establecen los casos en que procede la privación de libertad, sino los centros en que ha de llevarse a cabo el internamiento y algunos trámites del procedimiento a seguir en todos los casos, cuestiones que no entrañan desarrollo del derecho, sino, a lo sumo, afectación del mismo.

Por lo expuesto, el Fiscal General del Estado solicita que se dicte Sentencia que declare la nulidad del artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, por ser contrario a los artículos 17.1 CE, 53.1 y 81.1 de la Constitución.

9. Mediante providencia de 15 de junio de 2009 el Pleno del Tribunal acordó, de conformidad con el artículo 10.1.c) LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir a la Sala Segunda, a la que por turno corresponde, el conocimiento de la presente cuestión.

10. Por providencia de 15 de junio de 2009, el Pleno acordó recabar para sí el conocimiento de la cuestión.

11. Mediante providencia de 29 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de diciembre del mismo año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña tiene por objeto determinar la posible inconstitucionalidad del artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la

Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), por infracción de la reserva de Ley orgánica establecida en los artículos 17.1 y 81.1 CE.

El artículo 763.1 LEC regula tanto la habilitación al Juez para acordar la medida de internamiento forzoso de las personas que padezcan trastornos psíquicos como las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento.

Según ha quedado reseñado en los antecedentes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña entiende, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 129/1999, de 1 de julio, que el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en cuanto establece uno de los supuestos en que cabe privar a una persona de su libertad, debiera haber sido aprobado con el carácter de Ley orgánica, ha de ser considerado inconstitucional por infringir los artículos 17.1 y 81.1 CE.

El Fiscal General del Estado comparte el parecer del órgano judicial, en tanto que el Abogado del Estado defiende la constitucionalidad del artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley de enjuiciamiento civil con el argumento de que la doctrina invocada por el Juzgado –y el propio artículo 17.1 CE– se refiere a los supuestos de privación de libertad en el ámbito penal, siendo así que la medida de internamiento en establecimiento de salud mental contemplada en el precepto cuestionado estaría conectada con el artículo 49 CE, de cuyo mandato sería una concreción en garantía de los derechos de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico, pudiendo también interpretarse como una concreción, en el ámbito civil, de la habilitación genérica contenida en el Código penal para la privación de la libertad personal, de la que sería mero desarrollo, por lo

que no sería necesaria la cobertura específica de una ley orgánica.

2. La duda de constitucionalidad planteada en este procedimiento por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña se refiere estrictamente a que el órgano judicial entiende que la norma cuestionada hubiera debido ser aprobada con el carácter de ley orgánica.

Es por ello que, con carácter previo a cualquier consideración, procede recordar, en primer lugar, que el artículo 763 LEC fue introducido por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, elaborada, aprobada y promulgada como ley ordinaria.

Del mismo modo, es preciso recordar que la duda de constitucionalidad que debemos resolver ha sido ya respondida en la STC 129/1999, de 1 de julio, que resolvió la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Orihuela (Alicante), en relación con el artículo 211, párrafo segundo, del Código civil, en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela.

Señalamos en aquella ocasión que «la garantía de la libertad personal establecida en el artículo 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el artículo 211 del Código civil. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el artículo 17.1 «ha de considerarse incluida... la ‘detención regular... de un enajenado’, a la que se refiere el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (STC 104/1990, fundamento jurídico 2). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues,

dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 (STC 140/1986).» (FJ 2).

Sin embargo, esta Sentencia no consideró necesaria la forma de ley orgánica para el artículo cuestionado (artículo 211, párrafo segundo, del Código civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre) por cuanto éste se refería a reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento. Según esta doctrina, la exigencia de ley orgánica se circunscribe a «la norma que en nuestro Derecho permite el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos» (STC 129/1999, FJ 2).

Esta doctrina ha sido reiterada en Sentencia de día de hoy, 2 de diciembre de 2010, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, promovida por el mismo Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña que ha planteado la presente cuestión, respecto de la posible infracción de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución por el artículo 211, párrafo primero, del Código civil, y, en su caso, con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que regulaba esta misma medida de internamiento forzoso de las personas que padezcan trastornos psíquicos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil.

3. La aplicación de la citada doctrina al presente caso nos lleva a declarar la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad,

esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica.

Tal es el caso del primer inciso del párrafo primero del señalado artículo 763.1 LEC, según el cual «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial», así como del primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo que establece «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida».

Ciertamente en ambos casos nos hallamos ante unos preceptos incluidos en una ley ordinaria y dotados efectivamente de este carácter que, no obstante, regula una materia que, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 129/1999, FJ 2, es materia reservada a ley orgánica (artículos 17.1 y 81.1 CE), de tal modo que vulneran el artículo 81.2 CE.

A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida Sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, (FJ 4), la posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia.

Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.

4. Del mismo modo, la aplicación de la doctrina establecida en la STC 129/1999, reiterada nuevamente en la Sentencia de esta misma fecha dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, nos lleva a descartar la duda de constitucionalidad que plantea el Juzgado promotor de la presente cuestión en relación con el resto de los incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, los cuales establecen las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento por razón de trastorno psíquico, de modo que no contienen una regulación que deba considerarse incluida en el ámbito reservado a la ley orgánica.

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 parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia:

Declarar inconstitucional, con el efecto establecido en el fundamento jurídico 3 de esta Sentencia, el inciso «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial» del artículo 763.1, párrafo primero, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Declarar igualmente inconstitucional, con idéntico efecto, el inciso «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida» del artículo 763.1, párrafo tercero, de la misma Ley.

Desestimar la cuestión en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugení Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.* *Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

SALA PRIMERA

SALA PRIMERA. SENTENCIA 125/2010, de 29 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 2200-2007. Promovido por don Mariano Pérez Moya respecto al Auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia en litigio sobre prestación por incapacidad permanente. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: inadmisión de la demanda por ausencia de poder de representación de quien firma en nombre del actor, sin tomar en consideración que éste se encontraba ingresado en un centro penitenciario y sin adoptar medida alguna que permitiera subsanar la deficiencia padecida. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2200-2007, promovido por don Mariano Pérez Moya, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Rubio Peláez y asistido por el Abogado don Domingo Campos Sánchez, contra el Auto de 21 de febrero de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia, dictado en autos 628-2006. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el servicio de correos el día 7 de marzo de 2007, con entrada en este Tribunal el día 9 siguiente y registrado el día 12, don Domingo Campos Sánchez, diciendo actuar como Letrado de don Mariano Pérez Moya, presentó recurso de amparo constitucional contra la resolución citada en el encabezamiento.

Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 12 de abril de 2007 se concedió al recurrente, a través del Letrado firmante del escrito de demanda, un plazo de diez días para que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.1 y 4.2 del Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, se ratificara en el escrito de demanda. Por escrito presentado en el servicio de correos el día 20 de abril de 2007, con entrada en este Tribunal el día 25 siguiente y registrado el día 26, el recurrente de amparo procedió a ratificar el indicado escrito.

Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 4 de mayo de 2007 se acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de asis-

tencia jurídica gratuita, y art. 4 del Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, librar despacho al Colegio de Procuradores de Madrid para que designara al recurrente Procurador del turno de oficio que le representara en el presente recurso de amparo. Recaída la designación en la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Rubio Peláez, por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 5 de junio de 2007 se requirió a la citada Procuradora para que, en el plazo de diez días, procediera a suscribir la demanda en su día presentada por el Letrado don Domingo Campos Sánchez, lo que efectuó mediante escrito registrado el día 13 de junio de 2007.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del recurso, son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente en amparo, mientras se encontraba ingresado en la cárcel de Sangonera, presentó, a través del Letrado don Domingo Campos Sánchez, demanda sobre prestación de incapacidad permanente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante el Juzgado de lo Social de Murcia. En la demanda hacía constar que, estando ya ingresado en la cárcel, solicitó desde dicho centro la designación de Abogado de justicia gratuita para poder presentar la correspondiente demanda, y que el 17 de mayo de 2006, le había sido designado el Letrado del turno de oficio don Domingo Campos Sánchez tal y como se acreditaba mediante la aportación de la resolución de designación de dicho Letrado por el Colegio de Abogados de Murcia. Asimismo se señalaba para notificaciones el domicilio de su despacho profesional, domicilio que, a su vez, se hacía constar en la cabecera de la demanda. La demanda estaba firmada por el referido Abogado (sobre la firma se estampó su sello), exis-

tiendo al pie de la demanda, en el lado derecho, otro signo manuscrito ilegible.

b) Por proveído del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia de 24 de julio de 2006 se declara que «no ha lugar, por ahora, a la admisión a trámite» de la demanda, al no aportarse poder de representación procesal, y se requiere a la parte actora para que, en el plazo de cuatro días hábiles, subsane los defectos indicados o se procederá al archivo.

c) Contra esa resolución el Letrado del recurrente formuló recurso de reposición, indicando, nuevamente, que había sido designado como Letrado del turno de oficio del actor, beneficiario de justicia gratuita en expediente núm. 7609-2006/Mur, y aportando dictamen de propuesta del Servicio de Orientación Jurídica en el que constaba su designación, ya que el representado estaba ingresado en la cárcel. Recordaba que en el proceso laboral no es precisa la personación a través de procurador, ya que el actor puede asistir personalmente a juicio (a través de oficio dirigido al centro penitenciario para que traslade al interno al Juzgado el día del juicio) sin que en la demanda se señale que el Letrado goce de la representación del actor. Por otro lado, añade que en los casos de solicitud de justicia gratuita no es necesario aportar poder alguno, dado que la designación no procede de particular sino del propio Colegio y que, en este tipo de expediente de justicia gratuita, como no lo exige la ley, el Colegio de Procuradores no designa procurador. Dicho lo anterior señala que no se puede privar del derecho de acceso al proceso exigiendo un requisito no establecido legalmente, ya que el actor podía asistir a juicio personalmente, o bien un requisito de muy difícil cumplimiento, dadas las circunstancias concurrentes (que el actor se encontraba en la cárcel), máxime teniendo en cuenta el corto plazo previsto legalmente para subsanar. Por todo ello consideraba de imposible cumplimiento lo requerido en la

providencia, resaltando que en el caso de no tenerse por subsanado el defecto con el documento aportado se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

d) Por Auto del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia de 2 de noviembre de 2006 se desestimó el recurso. Señala el Juzgado que el art. 18 de la Ley de procedimiento laboral (LPL) confiere a las partes plena libertad para optar por la forma de personación en el proceso que estimen conveniente, pudiendo comparecer por sí mismas o, si así lo desean, conferir su representación a procurador, graduado social colegiado o a cualquier persona en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. También puede conferirse a abogado, en cuyo caso asumirá conjuntamente la representación y defensa de los intereses de su representado (art. 18.2 LPL). Tal representación puede conferirse en virtud de mandato, articulado por medio de poder otorgado por comparecencia ante el Secretario Judicial, o por escritura pública, añadiendo que la representación en los procesos laborales sólo puede concederse en la forma prevista, sin que pueda confundirse «representar» con «asistir». Dicho lo anterior afirma el Juzgado que en toda demanda debe constar fecha y firma y que, en ese caso, la firma no era del demandante sino del Letrado Sr. Campos, quien para ello debía tener poder de representación, ya que la designación del mencionado Letrado por parte del Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados no conllevaba la asunción de la representación procesal con arreglo a las prescripciones de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Por todo ello desestima el recurso y concede un nuevo plazo de cuatro días para aportar el poder de representación procesal.

e) Por el Letrado del recurrente se presentó nuevo escrito de fecha 14 de noviembre de 2006 en el que señalaba que se había puesto en contacto con el

centro penitenciario en que se encontraba ingresado el demandante, en cuya sección de servicios sociales le habían informado de que ellos intentaban en muchas ocasiones que los notarios se trasladasen a la cárcel para autorizar poderes sin resultado alguno, por lo que habían desistido de solicitarlo; añadía que ese Letrado se había puesto en contacto personal con varias notarías, en las que se le había comunicado que la agenda del notario le imposibilitaba acudir al centro penitenciario; que, dado que el actor estaba internado y no gozaba de libertad, no podía acudir a un notario o al Juzgado para otorgar el poder requerido, que por lo demás era un requisito que no se exigía cuando existía designación de Letrado del turno de oficio con justicia gratuita cuando la ley no exige el nombramiento de procurador. Por todo ello, señalaba que procedía que se acordase que el Secretario Judicial se trasladase a ese centro para que el interno pudiese otorgar el poder apud acta o, subsidiariamente, que se librara oficio a la cárcel para que trasladasen al interno al Juzgado para poder otorgarlo, o, en fin, que se acordase librar oficio por el Juzgado a cualquier notaría para que su titular se desplazase a la cárcel para que el actor pudiese otorgar poder para pleitos, reiterando que, en otro caso, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del actor. Por todo ello finalizaba suplicando al Juzgado que se suspendiera el plazo otorgado para otorgar poder.

f) Por Auto del Juzgado de 20 de noviembre de 2006 se acordó el archivo de la demanda, por no haber sido subsanada en el plazo concedido al efecto.

g) Contra dicho Auto se presentó escrito solicitando su reposición en fecha 28 de noviembre de 2006, reiterando la condición de preso del actor, lo que le impedía acudir a un notario a otorgar el poder, insistiendo en que el poder no era preciso dado que tenía nombrado abogado del turno de oficio, advirtiendo que

no se había dado respuesta a su anterior escrito y añadiendo que el Auto carecía de motivación suficiente y suponía una interpretación rigorista y desproporcionada de la legalidad.

h) El Juzgado, por Auto de 21 de febrero de 2007, desestimó el recurso indicando que el órgano judicial había cumplido con su deber de procurar la subsanación de los defectos advertidos y que el actor no los había subsanado en el plazo de cuatro días, ni en el posterior de otros cuatro concedido por error por el órgano judicial.

3. En su demanda el demandante aduce la vulneración por la resolución recurrida de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), reiterando los argumentos que ha ofrecido al respecto en la vía judicial y que se han recogido en los antecedentes. Señala que la demanda aparece firmada en el margen derecho, sin que tan siquiera se requiriera al demandante para que ratificara la firma, como hubiera sido obligación del Juzgado, que desconoce que en el proceso laboral no es obligatoria la personación a través de Procurador, siendo el criterio de todos los juzgados de lo social de Murcia el de admitir las demandas con la simple designación que efectúa el Colegio de Abogados y la aportación del dictamen propuesta de concesión de la justicia gratuita. Insiste en que el Juzgado no ha tenido en ningún momento en cuenta el hecho de que el actor estaba ingresado en la cárcel, impidiéndole clamorosamente presentar su demanda ante el Juzgado de lo Social. Tampoco ha tenido en cuenta el intento de esa parte de que un notario se desplazase a la cárcel y ha desoído, igualmente, las solicitudes efectuadas para suplir la imposibilidad de que tal circunstancia se produjese, ya fuera por medio de la presencia del Secretario Judicial, o mediante la remisión de oficio que obligase a un notario a personarse, o a través del libramiento de oficio a la cárcel para trasladar al penado.

Aduce, por todo ello, que es evidente que esa parte ha querido dar cumplimiento al requerimiento, pero que el Juzgado ha sido riguroso y ha hecho primar una mera formalidad, imposible de cumplir para la parte, sobre el derecho fundamental de la misma de acceder a la justicia.

4. Por providencia de 26 de diciembre de 2007 la Sección Primera acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes, y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir atentamente al Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia para que, en el plazo de diez días, remitiera testimonio de los autos núm. 628-2006, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, que aparece ya personado, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 13 de febrero de 2008 se tuvo por recibido el testimonio de las actuaciones remitido por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia, acordándose, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, en la Secretaría de la Sala, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

6. Mediante escrito registrado el día 3 de marzo de 2008 la representación procesal del demandante de amparo presentó sus alegaciones, dando íntegramente por reproducidas las efectuadas en el escrito de demanda.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 23 de mayo de 2008, interesando el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Tras hacer referencia a los antecedentes del caso y recordar la doctrina de este Tribunal en materia de derecho de acceso a la jurisdicción señala el Fiscal que las incidencias acaecidas en el procedimiento del que trae causa la presente demanda de amparo revelan la contumacia del órgano judicial en una particular interpretación de las normas procesales que, no obstante permitir la personación del demandante en el proceso subyacente, han sido entendidas como serios óbices formales para la adecuada constitución de la relación jurídico-procesal, a pesar de la diligente actividad desplegada por el Letrado del recurrente, tratando por todos los medios de dar cumplimiento a las desmedidas exigencias judiciales, mientras que el órgano judicial, no sólo adopta una inexplicable postura repetidamente obstructiva, sino que no desarrolla actividad alguna dirigida a proteger el principio *pro actione* mediante la adopción de cualquiera de las muchas medidas que se le ofrecían para remover los obstáculos que impedirían el acceso a la jurisdicción del demandante.

La exigencia de apoderamiento notarial o judicial para admitir la demanda presentada por el Letrado designado, a petición del demandante, por el Colegio de Abogados a través del turno de oficio, constituye a juicio del Ministerio Fiscal un ejemplo palmario de formalismo enervante y de exigencia absolutamente inútil y obstructora, al tratarse de una exigencia discutible desde la perspectiva de la legalidad ordinaria cuando se trata con ella de analizar la naturaleza y la finalidad pretendida mediante el otorgamiento de un poder. Pero, aun aceptando a efectos dialécticos la necesidad de cumplimentar

con posterioridad a la designación del Colegio de Abogados la formalidad del asentamiento de la voluntad del interesado mediante una escritura pública de apoderamiento, por más que ello constituya una reclamación extraña a los habituales usos forenses, tal pretensión sería en este caso inexigible, ya que el único acto procesal realizado –la interposición de la demanda– aparece claramente impulsado de manera personal por el actor, pues consta su rúbrica al pie de la demanda, sobre la que el Juzgado no puede presumir, mediante una afirmación apodíctica, que no sea la del propio interesado. En todo caso, el siguiente acto procesal a realizar –el juicio– en el que el actor comparecería junto a su Letrado, podría servir de ocasión, si el Juzgado lo estimara necesario, para apoderar apud acta al Letrado en presencia del Secretario Judicial.

Finalmente, señala el Fiscal que no es sólo que haya habido por parte del Juzgado una actitud omisiva en relación con la petición de comparecencia personal (art. 18 LPL) o una interpretación formalista exigiendo requisitos no expresamente previstos en la ley, sino que además de ello el Juzgado opone a la clara y repetida voluntad de la parte por colaborar al buen fin del proceso una actitud inflexible, omitiendo cualquier medida por su parte para favorecer la tutela judicial efectiva del interno en un centro penitenciario.

8. Por providencia de 25 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Debemos analizar en el presente recurso de amparo si la decisión de archivo de la demanda adoptada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia en los autos 628-2006, sobre Seguridad Social, por falta de aportación del poder de

representación del Letrado firmante de la misma, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al proceso.

A juicio del demandante tal poder era inexigible, al haber sido firmada la demanda por el Letrado designado de oficio a petición del demandante, que se encontraba en esa fecha ingresado en un centro penitenciario, y no ser necesaria la representación mediante Procurador en el proceso laboral, existiendo además una segunda firma en la propia demanda. Además, se trataría de una formalidad ajena a los usos forenses e imposible de cumplir en el caso considerado, dada la situación de privación de libertad del demandante, sin que el órgano judicial aceptara adoptar ninguna de las soluciones propuestas por el Letrado para posibilitar el otorgamiento del poder.

El Ministerio Fiscal interesa igualmente el otorgamiento del amparo, al considerar que el archivo de la demanda ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante por tratarse de una decisión basada en una interpretación de las normas legales rígidamente formalista, inútil y obstructora del derecho de acceso al proceso, inaplicable al caso analizado, al estar efectivamente firmada la demanda por el demandante, y subsanable a lo largo del procedimiento, y por haber adoptado el órgano judicial una actitud omisiva e inflexible, sin desplegar actividad alguna dirigida a proteger el principio pro actione.

2. Este Tribunal ha reiterado que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de acceso a la jurisdicción, con respecto al cual el principio pro actione actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a

que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada. Ello, en cualquier caso, no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan (por todas, STC 219/2005, de 12 de septiembre, FJ 2), ya que «esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios» (SSTC 207/1998, de 26 de octubre, FJ 2; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; y 78/1999, de 26 de abril, FJ 3).

Más en concreto, hemos destacado que la proyección de la doctrina expuesta sirve de fundamento al trámite de subsanación de la demanda laboral establecido en el vigente art. 81 de la Ley de procedimiento laboral (LPL), que constituye la garantía de que las pretensiones de fondo deducidas en una demanda laboral no resulten ineficaces por la apreciación rigurosa y formalista de la falta o defecto de los requisitos procesales que pudiera imputársele a aquélla, lo que determina que, en los casos en que se imputa la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva a una decisión de archivo por falta de subsanación de la demanda laboral, el control de este Tribunal deba dirigirse a comprobar la causa aplicada y la proporcionalidad de su aplicación en el supuesto concreto, así como los rasgos caracterizadores de la actuación judicial en el trámite de subsanación. En dicha actuación el órgano judicial debe favorecer la corrección de los defectos que puedan ser reparados, garantizando en lo posible su subsanación (por todas, STC 19/2006, de 30 de enero, FJ 3).

En todo caso, hemos advertido también de que «el incumplimiento del requerimiento judicial en el plazo legalmente establecido determina irremisiblemente el archivo de las actuaciones, excluyendo así la Ley una reiteración o cadena de subsanaciones sucesivas, que podría significar el ampliar ad infinitum

las posibilidades de subsanación de la demanda», concluyendo que «[e]n definitiva, la decisión de archivar el procedimiento, si el demandante incumple el mandato judicial, no viola el art. 24.1 C.E., porque se basa en la concurrencia de una causa legalmente prevista para la inadmisión de la demanda, aunque la norma ha de ser aplicada con un criterio antiformalista y no rigorista a fin de no impedir injustificadamente la obtención de una resolución de fondo» (STC 130/1998, de 16 de junio, FJ 5). Igualmente, se ha precisado que es necesario elegir una interpretación conforme con el principio *pro actione*, «siempre que el interesado actúe con diligencia y que no se lesionen bienes o derechos constitucionales, no se grave injustificadamente la posición de la parte contraria, ni se dañe la integridad objetiva del procedimiento» (STC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2).

3. A la hora de abordar el control constitucional de la decisión de archivo adoptada en el caso de autos debemos partir, por lo tanto, de un doble criterio.

En primer lugar debemos analizar la existencia de la causa legal aplicada y la proporcionalidad de su aplicación en el supuesto concreto. Esto es, debemos enjuiciar si la causa que el órgano judicial invocó para proceder al archivo podía ex lege justificarlo, y si debía *ad casum* determinarlo, vistos los datos ofrecidos por la regulación legal, la entidad del defecto advertido, el comportamiento y las posibilidades de subsanación de la parte demandante y los perfiles del caso.

Una vez analizado lo anterior el segundo plano de nuestro control no se habrá de referir ya a la regulación legal ni a la proporcionalidad de su aplicación singular, sino a los rasgos caracterizadores de la actuación judicial en el trámite de subsanación, puesto que, conforme a nuestra doctrina, constituye una exigencia constitucional que el órgano

judicial favorezca la corrección de los defectos observados y que puedan ser reparados, garantizando, en lo posible, su subsanación (SSTC 65/1993, de 1 de marzo, FJ 3; y 16/1999, de 22 de febrero, FJ 4).

4. La aplicación de la anterior doctrina al caso analizado conduce necesariamente a apreciar la realidad de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva denunciada en el recurso de amparo, toda vez que la decisión de archivo de la demanda ni puede considerarse el resultado de una aplicación proporcionada de la legalidad procesal que tuviera en cuenta las circunstancias concretas del caso, la dificultad de subsanación del defecto observado y el comportamiento desplegado por la parte al efecto, ni estuvo precedida de una actuación judicial en el trámite de subsanación dirigida a favorecer la corrección del defecto observado y a tutelar el derecho de acceso a la jurisdicción del demandante.

Previamente debemos señalar que la cuestión de determinar si la exigencia de acreditar la representación del Letrado que firma la demanda presentada ante el Juzgado de lo Social en nombre del demandante puede considerarse o no una exigencia basada en la existencia de una causa legal no plantea, en el caso analizado, un problema de relevancia constitucional, al constituir una cuestión de estricta legalidad cuya determinación corresponde a los órganos judiciales y cuya decisión al respecto no puede ser revisada por este Tribunal, salvo que resulte irrazonable, arbitraria o producto de un error patente.

El demandante de amparo rechaza en su demanda, como ha hecho a lo largo de todo el procedimiento, la existencia de tal requisito legal, aduciendo que no es necesario poder de representación cuando la demanda es presentada por el Abogado designado de oficio, que asume también la representación de su defen-

dido, dado que en el proceso laboral no es preceptiva la designación de Procurador, y que, en todo caso, la demanda aparece firmada al margen derecho, sin que se hubiera requerido por el Juzgado al demandante para que ratificara dicha firma. El Ministerio Fiscal, por su parte, considera que se trata de un requisito dudoso, cuya exigencia por el órgano judicial deriva de una interpretación formalista de las normas procesales, y que, además, en el presente caso resultaría inexigible, al haber sido la demanda impulsada personalmente por el demandante, cuya rúbrica consta al pie, sin que pueda el órgano judicial presumir que dicha rúbrica no corresponde al mismo. Tanto el demandante de amparo como el Ministerio Fiscal resaltan, en fin, que se trataría, en todo caso, de una exigencia ajena a los usos forenses.

Sin embargo, como indica el Juez de lo Social en sus resoluciones, el art. 80.1 LPL exige, como uno de los requisitos generales de la demanda, el que la misma esté fechada y firmada, siendo así que en el presente caso la demanda aparece firmada por quien se identifica como Letrado del demandante. Aun cuando en el recurso de amparo se alega que, junto a la firma del Letrado, aparece también en el lado derecho del escrito de demanda otra firma, que supuestamente sería la del demandante, alegación que también asume el Ministerio Fiscal para argumentar sobre la inexigibilidad del poder de representación, es lo cierto que tal alegación se efectúa por primera vez en este procedimiento de amparo, sin que en ninguno de los sucesivos escritos presentados ante el Juzgado se adujera haber firmado efectivamente el demandante la demanda, estando, por el contrario, todas sus alegaciones dirigidas a combatir la exigibilidad del poder de representación y a argumentar la imposibilidad en cualquier caso de conseguirlo. Por otra parte, las características del signo manuscrito al que se alude no resultan en modo alguno

inequívocas para apreciar la existencia de una segunda firma junto a la plenamente identificada del Letrado, en la que se ha estampillado, incluso, un sello con su nombre y apellidos.

En tales circunstancias, la exigencia de un poder de representación de la persona que firma la demanda en nombre del demandante, siendo éste el Letrado designado de oficio a petición de aquél, podrá considerarse más o menos rigurosa desde el punto de vista de la interpretación de la norma legal, o más o menos extraña a los usos forenses, pero en modo alguno puede reputarse como arbitraria, irrazonable o producto de un error patente, careciendo, por tanto, de relevancia en términos de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, de acuerdo con nuestra doctrina.

5. Es, sin embargo, la aplicación del citado criterio interpretativo al caso considerado, determinante del archivo de la demanda, la que produce la vulneración de este derecho fundamental, tanto por las circunstancias concurrentes en el caso, como por la actuación desarrollada por el órgano judicial para posibilitar la subsanación del defecto observado.

En cuanto a lo primero, la decisión del órgano judicial se adoptó sin tener en cuenta el hecho de que el demandante se encontraba ingresado en un centro penitenciario. En efecto, en ninguna de las cuatro resoluciones dictadas por el Juzgado de lo Social (providencia de 24 de julio de 2006 y Autos de 2 y 20 de noviembre de 2006 y de 21 de febrero de 2007) el órgano judicial tomó en consideración dicha circunstancia, a pesar de haber sido reiteradamente alegada por el Letrado del demandante, ya desde la misma demanda inicial y en todas las comunicaciones posteriores, y de tratarse de un hecho de evidente relevancia en orden a considerar, no sólo la existencia misma del defecto de falta de firma o de poder representación observado, sino,

sobre todo, la posibilidad de su subsanación en el plazo de cuatro días concedido al efecto en el requerimiento. En relación con ello nuestra doctrina ha advertido, sin embargo, en diversas ocasiones, como recuerda el Ministerio Fiscal, sobre la necesidad de tener en cuenta la dificultad que puede suponer para los ciudadanos internos en centros penitenciarios la presentación temporánea de escritos suscritos por ellos y dirigidos a los órganos judiciales en los casos en que la legislación procesal les permite actuar sin representación profesional o no disponen de ella (entre otras, SSTC 29/1981, de 24 de julio, FJ 5; 11/2003, de 27 de enero, FJ 4; y 1/2007, de 15 de enero, FJ 2).

En cuanto a lo segundo, esa misma falta de consideración de las concretas circunstancias personales del demandante determinó que el órgano judicial no adoptara medida alguna dirigida a posibilitar el cumplimiento del requisito exigido, dentro de las diversas que se encontraban a su alcance y de las que, incluso, le fueron propuestas por el Letrado del demandante –que mantuvo, en todo momento, una actitud diligente y activa en orden a posibilitar la subsanación– en los sucesivos escritos presentados ante el Juzgado, propuestas que nunca fueron tomadas en consideración por el órgano judicial en sus diferentes resoluciones, basadas exclusivamente en una aplicación puramente mecánica de los preceptos legales reguladores de los requisitos de la demanda y de la forma y plazos de su subsanación. En tales condiciones, el trámite de subsanación de la demanda, en vez de orientarse a garantizar el derecho de acceso al proceso del demandante, facilitándole los medios para subsanar los defectos que, con mayor o menor rigor, habían sido advertidos por el órgano judicial, constituyó un obstáculo insalvable para dicho acceso, conduciendo inevitablemente al archivo de la demanda sin que nada pudiera hacer el demandante para evitarlo.

Debemos concluir por todo ello que, como alega el demandante, la decisión de archivo de la demanda vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho de acceso al proceso, por lo que resulta obligado otorgar el amparo solicitado, reconociendo al demandante el derecho vulnerado, anulando la totalidad de las resoluciones dictadas en el presente procedimiento y reponiendo las actuaciones al trámite de admisión de la demanda, a fin de que por el órgano judicial se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Mariano Pérez Moya y, en su virtud:

- 1.º Reconocer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al proceso.
- 2.º Anular la totalidad de las resoluciones dictadas en los autos 628-2006 del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia, sobre Seguridad Social.
- 3.º Retrotraer las actuaciones al trámite de admisión de la demanda a fin de que por el órgano judicial se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

SALA PRIMERA. SENTENCIA 133/2010, de 2 de diciembre de 2010. Recurso de amparo 7509-2005. Promovido por don Antonio Gómez Linares y otras tres personas más respecto de las Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Málaga y un Juzgado de Primera Instancia de Coín en proceso sobre escolarización obligatoria de menores de edad. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con garantías, a la educación y a no padecer discriminación por razón de nacionalidad: resoluciones judiciales que aplican razonadamente las normas que establecen el deber legal de escolarización en centros oficiales de los hijos de entre seis y dieciséis años. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7509-2005, promovido por don Antonio Gómez Linares, doña María Socorro Sánchez Martín, don Florián Macarro Romero y doña Anabelle Gosselint, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Laura Lozano Montalvo y asistidos por el Abogado don Fernando Piernavieja Niembro, contra la Sentencia núm. 548/2005, de 6 de junio de 2005, dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga (rollo núm. 770-2003), confirmatoria de la Sentencia núm. 36/2003, de 5 de

mayo de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta, doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de octubre de 2005, la Procuradora de los Tribunales doña Laura Lozano Montalvo, en nombre y representación de don Antonio Gómez Linares, doña María Socorro Sánchez Martín, don Florián Macarro Romero y doña Anabelle Gosselint, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 5 de mayo de 2003 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín y la Sentencia de 6 de junio de 2005, dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, mencionadas ambas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El Ministerio Fiscal, al amparo de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, presentó expediente de jurisdicción voluntaria 1-2003, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, solicitando que se acordara la inmediata escolarización de los hijos menores de los demandantes de amparo. El Fiscal aducía que los recurrentes ya habían sido citados y habían comparecido en la Fiscalía, justificando la ausencia de escolarización en que ellos se ocupaban personalmente de la educación de los menores. En la comparecencia se les apercibió de la obligación de escolarización conforme al art. 154 del Código civil (CC) –obligaciones derivadas de la patria potestad–, pero los me-

nores no habían sido escolarizados. Los recurrentes presentaron las siguientes alegaciones: 1) sus hijos reciben educación en su propio domicilio: hablan cinco idiomas y reciben clases de música, matemáticas, ciencias y lengua, así como una educación ética bastante completa; 2) la educación que reciben es más adecuada que la que se imparte en los centros públicos o privados en un aula de 30 ó 40 alumnos; 3) no se está causando a los menores ningún perjuicio, pues reciben educación y no se han detectado por los profesionales de los servicios sociales problemas sociofamiliares; 4) lo que el Ministerio Fiscal plantea subrepticamente no es el incumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad recogidas en el art. 154 CC, sino la escolarización obligatoria; 5) la Constitución de 1978 no protege la obligatoriedad de la escolarización, sino el derecho a la educación dentro de unos valores constitucionales y no puede confundirse la educación con la escolarización, ya que lo uno no implica lo otro; 6) como jurisprudencia que sostiene su posición invocan la STC 5/1981, de 13 de febrero, y la Sentencia núm. 1669/1994 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1994, pues, a su parecer, ambas no excluyen los modelos de enseñanza que se desarrollen en el núcleo familiar. Por su parte, el Ministerio Fiscal alegaba lo siguiente: 1) el art. 27 CE dispone en su apartado 1 que existe un derecho universal a la educación; en su apartado 4 señala que esa educación es obligatoria y gratuita en su nivel básico y en su apartado 5 se atribuye a los poderes públicos la competencia de garantizar ese derecho mediante dos acciones: una, ordenar la programación de la enseñanza básica, que será gratuita y obligatoria, y dos, crear los necesarios centros docentes, tarea en la que podrán concurrir igualmente los particulares si así lo desean; 2) las normas de desarrollo del art. 27 concretan en estos presupuestos y, en particular, el art. 4 de

la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), extendió la enseñanza obligatoria hasta los 16 años para todos los españoles, obligación de la que los padres no pueden sustraerse, hasta el punto que si están descontentos con la enseñanza pública podrán crear un centro docente acorde con sus convicciones morales y religiosas, pero no podrán incumplir preceptos constitucionales y legales; y 3) España es parte de diversos tratados internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención de los Derechos del Niño y otros) en los que la enseñanza básica se define como obligatoria y el art. 10.2 CE obliga a interpretar nuestra Constitución conforme a tales textos.

b) El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín dictó Sentencia el 5 de mayo de 2003, ordenando a los demandantes de amparo que escolarizasen a sus respectivos hijos menores de edad en el ciclo escolar básico en el curso 2003/2004. Fundamenta su decisión en que, sin juzgar la calidad de la enseñanza domiciliar que estén recibiendo y admitiendo que son familias bien estructuradas cuyos padres se preocupan por sus hijos, el art. 27.4 CE no permite que los padres nieguen a los hijos el derecho y la obligación que tienen de participar en el sistema oficial de educación. A mayor abundamiento, el órgano judicial añade que la exclusión del sistema oficial puede generar a los menores serios problemas en su desarrollo futuro, tanto en el ámbito académico –sirva de ejemplo las dificultades para el acceso a la Universidad–, como social y de integración con otros niños de su edad.

c) Esta Sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga. Se aducía incongruencia extra petita pues, a juicio de los recurrentes, frente a la denuncia del Ministerio Fiscal referida al incumplimiento del art. 154 CC, el Juzgador de Primera Instancia

había desestimado la pretensión fundamentando su fallo en la obligatoriedad de la enseñanza establecida en art. 27.4 CE. La Audiencia negó la incongruencia extra petita, afirmando que los preceptos del Código civil citados por los recurrentes derivaban del precepto constitucional referido y dictó Sentencia desestimatoria el 6 de junio de 2005. Asimismo, centró los términos del debate en si la educación que los menores recibían en su domicilio era suficiente para cumplir el mandato constitucional del art. 27.4 CE. Al respecto, la Sala afirmó que la escolarización estaba integrada en el concepto básico de derecho a la educación, no sólo por los beneficios que los menores pueden tener mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje en el marco de grados y titulaciones. El órgano de apelación arrancaba del Voto particular del Magistrado Vicente Gimeno Sendra en la STC 260/1994, de 3 de octubre, para llegar afirmar que el art. 27. 3 CE ampara el derecho de los padres a impartir en el seno de la familia la enseñanza que estimen conveniente, enviar a sus hijos al colegio que deseen y exigir de los poderes públicos la formación que mejor se adecue a sus convicciones, pero no ampara el derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos sabrán impartir la educación adecuada. El órgano judicial recuerda que el derecho a ser escolarizado es un derecho del menor, no de los padres, que convive con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso imperativamente si ello fuera necesario.

3. En su demanda de amparo los recurrentes alegan, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), retomando la denuncia de incongruencia extra petita, si bien con argumentos ma-

tizados: por un lado, aducen que el art. 154 CC no resulta de aplicación al caso, pues está previsto para combatir el incumplimiento del deber escolar, fruto de la dejación de los deberes paterno-filiales, situación que no se produce en el presente supuesto y, por otro, denuncian que el órgano judicial falla estimando cuestiones no planteadas en la demanda, concretamente «el grado de conocimiento que en las distintas materias y ramas existentes en el nivel educativo básico puedan tener los menores, con respecto al sistema oficial reconocido», sin que ello fuese objeto de la demanda y exigiendo, además, la carga de la prueba a los demandados de algo para lo que ni siquiera se les ha requerido. Invocan también, en segundo lugar, la violación del derecho a la educación (art. 27.1, 2, 3 y 4 CE), en cuanto las resoluciones impugnadas deniegan a los menores el derecho a seguir su proceso educativo en su propio domicilio, sin integrarse en el sistema escolar. Finalmente, oponen la vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14 CE) por razón de nacionalidad, puesto que alguno de los recurrentes en amparo, que no son de nacionalidad española, tienen reconocido en su país de origen el derecho a la enseñanza domiciliaria. En consideración a todo ello, solicitan de este Tribunal que otorgue el amparo y declare la nulidad de la Sentencia de 5 de mayo de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín y la Sentencia de 6 de junio de 2005, dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, así como que se reconozca su derecho a la educación en su domicilio. En la demanda de amparo se solicita también, mediante otrosí, la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas, toda vez que, de no accederse a la suspensión, el recurso de amparo perdería su finalidad.

4. Por providencia de 26 de febrero de 2008 la Sala Primera de este Tribunal

acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga y al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, para que en el plazo de diez días remitieran testimonio, respectivamente, del rollo de apelación civil núm. 770-2003 y del procedimiento de jurisdicción voluntaria núm. 1-2003.

5. En la misma providencia de 26 de febrero de 2008 la Sala Primera de este Tribunal admitió a trámite la demanda de amparo acordando dirigir comunicación a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga a los efectos de que se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción de los recurrentes en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

6. Mediante nueva providencia de la misma fecha, la Sala Primera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, abrir pieza separada de suspensión y conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y a los demandantes de amparo para que, dentro de dicho término, alegasen lo que estimaren oportuno en relación con la petición de suspensión interesada.

7. La representación de los demandantes de amparo formula alegaciones ante este Tribunal por medio de escrito registrado el 6 de marzo de 2008, en las que se reitera que de no acordarse la suspensión, el amparo interpuesto perdería definitivamente su finalidad. En escrito registrado ante este Tribunal el 7 de abril de 2008 el Ministerio Fiscal interesó la denegación de la suspensión solicitada, alegando que en el caso la finalidad concreta conectada a los fallos judiciales recurridos carece ya de objeto, pues la escolarización para el curso 2003/2004 ya debió llevarse a efecto. El Fiscal afir-

maba que si lo que se pretendía era la suspensión en abstracto y con miras de futuro, la pretensión no podía llevarse a cabo, pues su concesión coincidía con el objeto propio del amparo, con lo que se estaría anticipando en una medida cautelar el alcance del mismo. Por el ATC 163/2008, de 23 de junio, este Tribunal denegó la suspensión solicitada.

8. Mediante diligencia de ordenación de 15 de septiembre de 2008, se tuvo por recibido el testimonio de las actuaciones seguidas en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga y en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín y se acordó dar vista de las mismas al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

9. La representación procesal de los recurrentes dio cumplimiento al trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el 14 de octubre de 2008, en el que reiteraron las efectuadas en el escrito de demanda.

10. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 29 de octubre de 2008 interesando la desestimación del amparo solicitado. En él se rechaza la vulneración del derecho a la educación, pues si bien se admite que el art. 27 CE no impide la práctica denominada *homeschooling*, o enseñanza en el propio domicilio, en relación con la cual nos encontraríamos, además, ante un vacío legal, sí existiría base constitucional para dos exigencias: que tal alternativa educativa obedezca en su finalidad al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades constitucionales y que esté asegurada la suficiencia de contenidos, ya que es principio constitucional la habilitación a los poderes públicos para homologar e inspeccionar el sistema educativo. A

juicio del Ministerio público, ninguno de ambos extremos siquiera se ha intentado probar por los padres de los menores, que se han limitado a alegar su discrepancia sobre el modelo educativo sin ofrecer las razones por las que no lo consideran conveniente. El Ministerio Fiscal rechaza también la vulneración alegada del art. 24 CE, en sus vertientes de incongruencia extra petita e indefensión, declarando que, una vez acotados los términos del debate en el deber de los padres de escolarizar obligatoriamente a sus hijos menores dentro del sistema educativo general, difícilmente se puede sostener indefensión o incongruencia extra petita por las referencias del órgano judicial al derecho a la educación en diferentes textos internacionales. Finalmente, por lo que afecta a la vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de la nacionalidad, supuestamente originada porque en los países de origen de alguno de los recurrentes la enseñanza a domicilio está autorizada y regulada, el Fiscal apunta que la queja carece de entidad constitucional, por un lado porque el cumplimiento de la normativa española le es perfectamente exigible en su condición de residentes en España pero, sobre todo, porque la queja no fue aducida en el proceso a quo, por lo que concurre la causa de inadmisión de falta de invocación en la vía judicial previa.

11. Por providencia de 29 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de diciembre del mismo año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que confirma en apelación la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, mediante la que se ordenaba la escolariza-

ción en el ciclo escolar básico de los hijos menores de los demandantes de amparo, que recibían enseñanza en su propio domicilio. En esencia, ambos órganos judiciales argumentan, por un lado, que ningún padre puede negar a sus hijos el derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación, que derivan del mandato constitucional de enseñanza obligatoria (art. 27.4 CE) y, de otra parte, que la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación (art. 27.1 CE), no sólo por los beneficios que reporta a los menores mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje en el marco de los grados y las titulaciones.

Los demandantes alegan, en primer lugar, la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE): por un lado, aducen que el art 154 del Código civil (CC) no resulta de aplicación al caso, pues está previsto para combatir el incumplimiento de la escolarización cuando ésta es fruto de la dejación de los deberes paterno-filiales, situación que no se produce en el presente supuesto, y, por otro, denuncian que el órgano judicial ha decidido con base en elementos no planteados en la demanda, concretamente «el grado de conocimiento que en las distintas materias y ramas existentes en el nivel educativo básico puedan tener los menores, con respecto al sistema oficial reconocido», cuestión sobre la que no habrían podido defenderse. También invocan, en segundo lugar, la violación del derecho a la educación (art. 27, apartados 1, 2, 3 y 4 CE) en cuanto que las resoluciones impugnadas deniegan el derecho de los menores a seguir su proceso educativo en su domicilio, sin integrarse en el sistema escolar. Finalmente, oponen la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad (art. 14 CE), puesto que algunos de los recurrentes, que no son de nacionalidad

española, tienen reconocido en su país de origen el derecho a la enseñanza domiciliaria.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de amparo, rechazando cada una de las vulneraciones alegadas. En relación con la queja relativa al derecho a la educación, el Ministerio Fiscal centra su argumentación en que la educación en el propio domicilio debe cumplir unos requisitos que el supuesto no cumple: por un lado, que su finalidad obedezca al pleno desarrollo de la personalidad humana y, por otro, que esté asegurada la suficiencia de contenidos, ya que es principio constitucional la habilitación a los poderes públicos para homologar e inspeccionar el sistema educativo.

2. Antes de afrontar el examen del fondo de las quejas aducidas por los demandantes de amparo es preciso señalar que en la queja relativa a la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad (art. 14 CE) concurre el óbice procesal correspondiente a la falta de su invocación formal en el proceso judicial previo [art. 50.1.a), en relación con el art. 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional]. Este Tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones que el requisito de invocación previa tiene la doble finalidad de, por una parte, dar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y restablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción de amparo (por todas, SSTC 133/2002, de 3 de junio, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 2). El cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconoce el derecho vulnerado o la mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la

vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, de reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo. En este caso, los demandantes de amparo no invocaron en ningún momento, en su recurso de apelación, cuestión alguna relativa a una conducta discriminatoria por razón de la nacionalidad. En consecuencia, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial limitó sus pronunciamientos al análisis y desestimación de los motivos de la impugnación formulados. Y dado que entre ellos no estaba el relativo a la presunta discriminación por razón de nacionalidad, los demandantes de amparo imposibilitaron así a la jurisdicción ordinaria un eventual restablecimiento de su derecho, presupuesto necesario de admisibilidad del recurso de amparo, por lo que procede la inadmisión de esta queja.

3. Con invocación de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), se quejan los demandantes de la incongruencia *extra petita* en que habrían incurrido las resoluciones judiciales recurridas al haber introducido un elemento nuevo para motivar su resolución, como es el relativo al nivel de conocimientos de los menores con respecto al sistema oficial reconocido y, en particular, las referencias en esa argumentación a los diversos apartados del art. 27 CE.

a) Hemos de recordar que la incongruencia por exceso o *extra petita* «se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones», constituyendo siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las

partes (por todas, SSTC 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3, y 42/2006, de 13 de febrero, FJ 4). Pero lo anterior no comporta, sin embargo, que «el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que le sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petita cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso» (por todas, STC 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2).

b) La anterior doctrina resulta rigurosamente aplicable al caso, habida cuenta de que los órganos judiciales decidieron justamente sobre la pretensión ejercitada y lo hicieron con base en preceptos constitucionales y legales de evidente aplicación al caso. Los propios demandantes afirman en su demanda que «es obvio y esta parte no sólo así lo reconoce, sino que entiende que es donde reside el núcleo de la litis, que es el aspecto constitucional de la obligatoriedad de la enseñanza básica (art. 27.4 CE) lo que verdaderamente centra la cuestión a dirimir». Y ésta es precisamente la cuestión que fue resuelta por los órganos judiciales, que lo hicieron, por cierto, y al contrario de lo que los demandantes alegan, «sin entrar a valorar en este caso» el grado o

nivel de conocimientos de los menores con respecto sistema oficial reconocido, elemento que consideraron irrelevante. En consecuencia, la queja no puede prosperar.

4. La cuestión central que plantea este recurso de amparo es la relativa a la vulneración del derecho a la educación (art. 27 CE) que los demandantes imputan a las resoluciones judiciales impugnadas.

a) La fundamentación de la lesión del derecho contenida en la demanda descansa en dos premisas. En primer término, se alega que la libertad de los recurrentes para decidir que sus hijos reciban la enseñanza básica en su propio hogar, sin acudir a la escuela por ellos denominada como «oficial», se encuentra protegida por el art. 27 CE, que proclama el derecho de todos a la educación reconociendo al tiempo la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), sin que, por otra parte, resulte incompatible con los mandatos en virtud de los cuales, de un lado, la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2 CE), y de otro, la enseñanza básica será obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE). En segundo lugar, en este contexto nos encontraríamos, al parecer de los recurrentes, ante una «laguna legislativa; pues no aparece en nuestra legislación nada referente a la enseñanza que no sea en centros docentes», de tal manera que los órganos judiciales, en lugar de «haber[la] suplido con una interpretación abierta y conforme al momento histórico, social y político en que vivimos», la habrían integrado mediante una decisión vulneradora de la libertad constitucional señalada en primer lugar.

b) Antes de comprobar si la lesión aducida se ha producido o no efectivamente, es preciso realizar, con carácter preliminar, las dos observaciones siguientes. Ante todo, el origen de la lesión alegada en la demanda de amparo no se encontraría en las resoluciones judiciales impugnadas sino, en su caso, en la disposición legislativa que éstas aplican puntualmente al supuesto de autos. En efecto, pese a lo que aducen los recurrentes no nos encontramos aquí en modo alguno ante una laguna normativa: la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, pues el art. 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (en adelante LOCE), vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida, establece que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita (apartado 1) en los términos del art. 27.4 CE, «incluye diez años de escolaridad», de tal manera que se «iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis» [apartado 2; en el mismo sentido, cfr. el vigente art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (en adelante LOE)]. Quiere ello decir que la conducta de los padres ahora recurrentes en amparo consistente en no escolarizar a sus hijos supone el incumplimiento de un deber legal –integrado, además, en la patria potestad– que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica. No hay, pues, laguna normativa de ninguna clase.

c) Una vez dicho esto, ha de precisarse a continuación que el examen de la queja aducida por los recurrentes conduce, en atención a lo que se acaba de señalar, a la necesidad de comprobar si la imposición normativa del deber de escolarización de los hijos de entre seis y dieciséis años, a cuyo cumplimiento sirven en el caso de autos las resoluciones

judiciales impugnadas, es o no respetuosa con los derechos fundamentales alegados, resultando entonces procedente, a la vista del resultado que arroje ese examen, bien la desestimación del presente recurso de amparo, en caso de alcanzar una respuesta afirmativa, o bien la elevación de la cuestión al Pleno (art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), en el supuesto de que llegáramos a otra de signo contrario.

5. Así formulado el problema constitucional que plantea el presente recurso, podemos adelantar ya que el amparo ha de ser rechazado por dos razones, siendo la primera de ellas la de que la invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera prima facie, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 CE reconoce.

a) No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) de los padres, que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales. En lo que respecta a la enseñanza que se desarrolla al margen de este último, las resoluciones impugnadas y las normas que éstas aplican no impiden en modo alguno que los recurrentes enseñen libremente a sus hijos fuera del horario escolar. Por lo que atañe a la enseñanza básica, la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de una parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la

inexcusable satisfacción de lo previsto en el art. 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden.

b) La facultad invocada por los recurrentes tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. Efectivamente, en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, ese derecho constitucional se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento *prima facie* de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), un derecho éste que, pese a la apodíctica afirmación realizada en tal sentido por los recurrentes, no se ve comprometido en el presente supuesto, en el que las razones esgrimidas por los padres para optar por la enseñanza en casa no se refieren en modo alguno al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a razones asociadas al «fracaso escolar de la “enseñanza oficial”» e imputadas a la «asistencia obligatoria a esos centros oficiales, ya sean públicos o privados». Más allá de este doble contenido, el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea *prima facie*, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado.

6. El primero de los dos motivos de desestimación anunciados reside, pues, en que la correcta delimitación del contenido de los derechos constitucionales

invocados por los recurrentes conduce, de acuerdo con la doctrina constitucional vertida hasta la fecha, a negar que la imposición del deber de escolarización a través del art. 9 LOCE, cuya efectividad ha hecho valer la jurisdicción a través de las resoluciones impugnadas en este recurso, llegue a tener relevancia constitucional. Frente a las alegaciones realizadas por los recurrentes en su escrito de demanda, esta conclusión se ve apoyada por una interpretación del art. 27 CE «de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE).

a) Es cierto, por un lado, que el art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce genéricamente el «derecho preferente» de los padres a «escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», pero esta formulación no debe entenderse en el marco del art. 26 de la Declaración como un derecho general del cual el derecho reconocido en nuestro art. 27.3 CE operaría como especie, sino como una formulación genérica de este último que, por lo demás, ha de interpretarse sistemáticamente en relación con el art. 26.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone que la «instrucción elemental será obligatoria».

b) La conclusión acerca del alcance del art. 27 CE alcanzada en el fundamento jurídico anterior se corresponde con una interpretación sistemática de este precepto en relación con otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 18.4 reconoce «la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 13.3 reconoce el derecho de los

padres o tutores a «escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas... y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

c) A la misma conclusión se llega en atención al art. 2 del Protocolo adicional al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), que reconoce el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos resulte «conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas», sin que, de acuerdo con su interpretación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éstas puedan amparar cualquier consideración independientemente de cuál sea su naturaleza (cfr., entre otros, caso Kjeldsen, Sentencia de 7 de diciembre de 1976).

d) Finalmente, a pesar de que en su art. 14 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el «derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas», esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, puesto que el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea «se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH», sin que la referencia a las convicciones pedagógicas se encuentre entre las ampliaciones de este último precepto reconocidas en las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, y que, conforme establece la propia Carta el preámbulo y en su art. 52.7, han de

servir a una interpretación genética de los derechos por ella reconocidos.

7. Además de por esta razón, el amparo solicitado debe desestimarse por un segundo motivo: incluso en el supuesto de que la decisión de no escolarizar a los hijos propios se entendiera en el caso de autos motivada por razones de orden moral o religioso y, en esa medida, encontrara acomodo en el contenido en principio protegido por el art. 27.3 CE, que es la disposición constitucional a la que los recurrentes adscriben principalmente la posición jurídica que invocan, la imposición del deber de escolarización de los niños de entre seis y dieciséis años (arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE), a cuya efectividad sirven las resoluciones judiciales recurridas, constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 CE y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido.

a) El art. 27.4 CE dispone que la enseñanza básica será obligatoria, pero no precisa que ésta deba configurarse necesariamente como un periodo de escolarización obligatoria, de tal manera que la decisión del legislador de imponer a los niños de entre seis y dieciséis años el deber de escolarización en centros docentes homologados –y a sus padres el correlativo de garantizar su satisfacción–, lejos de ser una operación de pura ejecución constitucional, es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que aquél puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del principio de pluralismo político. No obstante, esta configuración legislativa se compadece con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben «garantiza[r] el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza» (art. 27.5 CE), responde a la

previsión de que «inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes» (art. 27.8 CE), y, por lo que aquí más interesa, encuentra su justificación en la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que ésta consiste, que «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (art. 27.2 CE). La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1.h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1.a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1.d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1.b), c) LOE].

b) Este objetivo, complejo y plural, es el que, conforme al art. 27.2 CE, ha de perseguir el legislador y el resto de los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza dirigido a garantizar el derecho de todos a la educación, y el mandato de su consecución es el principio constitucional al que sirve la imposición normativa del deber de escolarización en el marco de la enseñanza básica obligatoria (arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE). Un principio, por lo demás, que no solo opera como directriz que la Constitución impone a los poderes públicos, y muy singularmente al legislador (arts. 27.2, 4, 5 y 8 CE), sino que integra el contenido de la dimensión prestacional del derecho de los niños a la educación

(art. 27.1 CE). Incluso en el caso de que la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos pretendiera ampararse en el ejercicio del derecho reconocido en el art. 27.3 CE, la imposición normativa del deber de escolarización y la garantía jurisdiccional de su efectividad encontrarían justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 27.2 CE y en el derecho a la educación que el art. 27.1 CE reconoce a todos, incluidos los hijos de los ahora recurrentes en amparo (STC 260/1994, de 3 de octubre, FJ 2 in fine).

8. Además de encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 CE, la imposición de la escolarización obligatoria no genera una restricción desproporcionada del derecho alegado, tal y como este canon de control de la constitucionalidad de los límites a los derechos fundamentales ha sido interpretado por este Tribunal (recientemente, STC 60/2010, de 7 de octubre, FFJJ 9 y 12 y ss).

a) En primer lugar, los recurrentes no niegan que la configuración de la enseñanza básica como un periodo de escolarización obligatoria en centros docentes homologados represente una medida adecuada o congruente respecto de la satisfacción de la finalidad que le es propia: «[l]a garantía del derecho individual a la educación básica obligatoria y el interés colectivo de que toda persona se forme en el conocimiento y respeto de los principios democráticos y de los derechos fundamentales, legitiman determinadas formas de restricción de la libertad de enseñanza. Por tanto parece que la medida es adecuada».

b) Por lo que respecta, en segundo término, a la necesidad de la medida, en la demanda se aduce, sin embargo, que la imposición de «la escolarización obligatoria como sinónimo de enseñanza obligatoria no supera el juicio de indis-

pensabilidad», toda vez que «del análisis de las legislaciones de países de nuestro entorno sociocultural se deduce claramente que existen reglas que permiten conciliar, de mejor manera, los distintos intereses en juego. Medidas que, sin descartar la opción educativa del *homeschooling*», o enseñanza en el propio hogar, «establecen controles periódicos sobre la evaluación formativa del niño así como un seguimiento de los contenidos que se transmiten». Acaso pudiera convenirse en que esta medida alternativa, consistente en sustituir la obligación de escolarización por el establecimiento de controles administrativos sobre los contenidos de la enseñanza dispensada a los niños en el domicilio y de evaluaciones periódicas de los resultados efectivamente obtenidos desde la perspectiva de su formación, constituye un medio menos restrictivo que la imposición del deber de escolarización de cara a la satisfacción de la finalidad consistente en garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos. Sin embargo, según hemos indicado ésta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización. En definitiva, la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres re-

conocido en el art. 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el art. 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 CE. Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la apreciación de que estos objetivos no pueden «ser satisfechos en la misma medida por la educación en el propio domicilio, incluso en el caso de que ésta permitiera a los niños la adquisición del mismo nivel de conocimientos que proporciona la educación primaria escolar... no es errónea y que cae dentro del margen de apreciación que corresponde a los Estados signatarios en relación con el establecimiento y la interpretación de las normas concernientes a sus correspondientes sistemas educativos» (caso *Konrad v. Alemania*, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504-2003).

c) Los recurrentes en amparo también cuestionan que el deber de escolarización en centros educativos oficiales satisfaga el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por entender que «las ventajas que se obtienen con la limitación del derecho [no son] superiores a los inconvenientes que se producen en este caso para los titulares de la libertad de enseñanza», teniendo en cuenta que en él «los padres, lejos de hacer dejación de sus deberes, se esfuerzan por ofrecer a sus hijos una formación más específica e individualizada». Este planteamiento también ha de ser rechazado por las tres razones siguientes. En primer lugar, es de observar que la demanda de amparo centra de nuevo el foco de atención exclusivamente en los efectos de la enseñanza proporcionada a sus hijos desde el punto de vista de la simple transmisión de conocimientos, obviando cualquier consideración acerca del mejor cumplimiento que razonablemente cabe esperar

por parte del sistema de escolarización obligatoria de los complejos fines que el art. 27.2 CE atribuye a la educación a la que, por otra parte, los niños tienen derecho de acuerdo con el art. 27.1 CE. En segundo término, el alcance de la restricción operada por la decisión de configurar la enseñanza básica como un periodo de escolarización obligatoria en el contenido protegido por el derecho de los padres reconocido en los artículos 27.1 y 3 CE ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que, según se ha advertido ya, no impide a éstos influir en la educación de sus hijos, y ello tanto fuera como dentro de la escuela: dentro de ella porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y también fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido. Según ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la «escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres demandantes de su derecho a “ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas” (véase, *mutatis mutandis*, Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca, cit., pp. 27-28, apartado 54; *Efstratiou v. Grecia*, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, Repertorio de Sentencias y Decisiones, 1996-VI, p. 2359, apartado 32)» (Caso *Konrad v. Alemania*, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504-2003). Pero, sobre todo –y ésta es la tercera de las razones señaladas–, debemos excluir que la restricción de este último derecho resulte manifiestamente excesiva en tanto que

los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE). Efectivamente, era ésta, y no la que representa el incumplimiento del deber legal de escolarizar a sus hijos, la opción constitucional abierta a los recurrentes como vía de plasmación de su distinta orientación educativa, y ello por más que en su articulación debiera garantizarse en todo caso, como no podría ser de otra manera en virtud del art. 27, apartados 2, 5 y 8 CE, el respeto, «[d]entro del marco de los principios constitucionales, [de] los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 27.2 de la Constitución y en el art. 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la Ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc.» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8).

9. La Constitución española no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria (art. 27.4 CE) como un periodo de escolarización de duración determinada (cfr. artículos 9.2 LOCE y 4.2 LOE) durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos. Según se ha comprobado, esa configuración legislativa no afecta en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres (art. 27.1 y 3 CE), e incluso en el caso de que así lo hiciera habría de considerarse una medida proporcionada que encuentra justificación en la satisfacción de otros principios y derechos constitucionales (art. 27.1 y 2 CE). Con todo, ésta no es una opción que

venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su régimen jurídico como, por ejemplo, la duración del periodo sobre el que ha de proyectarse o las circunstancias excepcionales en las que dicho deber pueda ser dispensado o verse satisfecho mediante un régimen especial. Quiere ello decir que, a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE). Sin embargo, la de cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución es una cuestión cuyo esclarecimiento en abstracto excede las funciones propias de este Tribunal Constitucional, que no debe erigirse en un legislador positivo.

Procede, por tanto, concluir que la decisión adoptada por el legislador mediante el art. 9 LOCE (cfr. actualmente art. 4.2 LOE), en cuya aplicación al caso concreto se adoptaron las resoluciones judiciales impugnadas en este proceso, resulta constitucionalmente inobjetable, razón por la cual debemos desestimar el presente recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Antonio Gómez Linares, doña María So-

corro Sánchez Martín, don Florián Marcarro Romero y doña Anabelle Gosse-lint.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

SALA PRIMERA. SENTENCIA 134/2010, de 2 de diciembre de 2010. Recurso de amparo 10382-2006. Promovido por don Manuel Torres García respecto de las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que le condenaron por un delito contra la salud pública. Supuesta vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y al juez legal: condena fundada en declaraciones prestadas en el sumario, incorporadas al juicio oral con garantía de contradicción y corroboradas por otros testimonios, y en indicios suficientes; delimitación de competencias entre órganos jurisdiccionales carente de relevancia constitucional. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 10382-2006, promovido por don Manuel Torres García, representado por el Procurador

de los Tribunales don Ramón Blanco Blanco y asistido por la letrada doña María Victoria Garnica Paquet, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, recaída en el recurso de casación núm. 2143-05, interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 9 de diciembre de 2004, que le condenó como autor de un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Por escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 17 de noviembre de 2006, el Procurador de los Tribunales don Ramón Blanco Blanco, en nombre y representación de don Manuel Torres Torres, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los fundamentos de hecho del recurso son los siguientes:

a) La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el rollo de sala núm. 6-1998, dimanante del procedimiento abreviado núm. 5-1998 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, dictó Sentencia el 1 de octubre de 1998, luego de celebrar el correspondiente juicio oral los días 21, 22 y 23 de septiembre del mismo año, por la que condenaba a varias personas como autores de un delito contra la salud pública. Según los hechos probados de la Sentencia, un ciudadano, de nacionalidad británica, había llegado a España procedente de Inglaterra el día 6 de agosto de 1997, conduciendo el camión de matrícula inglesa K134WVM, dejando dicho vehículo en una gasolinera próxima a la

ciudad de Sevilla en poder de terceras personas. A la mañana siguiente le fue devuelto cargado, siendo interceptado cuando regresaba a su país por agentes de la Guardia Civil del puesto de Carmona, encontrándose oculto en su interior 590,90 kilogramos de hachís. El otro condenado, George L., de nacionalidad norteamericana, en el seno de la misma organización cuya finalidad es la distribución de hachís procedente de Marruecos, había recogido una importante cantidad de hachís en Cádiz, transportándolo a Sevilla, donde transbordó los 590,90 kilogramos incautados al camión inglés conducido por el otro acusado.

El ahora demandante de amparo, no pudo ser juzgado en ese momento porque se encontraba junto a otros en situación de rebeldía. Así, ante las gestiones infructuosas para su localización realizadas por el Grupo 223 de la Guardia Civil de Sevilla, a los fines de ser oído en declaración judicial como imputado, el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 acordó su búsqueda, detención e ingreso en prisión con fecha 6 de abril de 1998.

b) El día 28 de enero de 2003 don Manuel Torres García es detenido por funcionarios de la comisaría de Dos Hermanas (Sevilla), en virtud de la requisitoria en vigor, por lo que el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 procede a la reapertura de las actuaciones, siendo oído en declaración y siguiéndose los trámites procesales pertinentes, hasta que se dicta auto de apertura de juicio oral contra el mismo el día 14 de febrero de 2003.

Posteriormente, tras la celebración de las sesiones del juicio los días 30 de septiembre, 28 de octubre y 19 de noviembre de 2004, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dicta Sentencia de 9 de diciembre de 2004, por la que condena al recurrente como autor de un delito contra la salud pública de

sustancia que no causa grave daño a la salud, en cuantía de notoria importancia y cometido por persona perteneciente a una organización, a las penas de 4 años de prisión y multa de 650.174,59 euros.

Según los hechos probados de esta resolución, el acusado, integrado en la misma organización dedicada a introducir en países europeos hachís procedente de Marruecos, habría convenido con el propietario de una nave de un polígono industrial de Sevilla el uso de la misma para proceder al trasvase de mercancías de un camión a otro. En su interior, el acusado, junto con otras personas, cargó el camión de matrícula inglesa K134WVM, procedente de Inglaterra, de sustancia estupefaciente, que luego fue interceptado a la salida de la ciudad de Carmona con 590,90 kilogramos de hachís.

c) Interpuesto recurso de casación por el condenado contra la anterior Sentencia, en el que articulaba los mismos motivos que ahora expone en su demanda sobre la lesión del derecho a la presunción de inocencia y al Juez predeterminado por la ley, se desestiman éstos por Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006. Si bien la Sala, admitiendo otro motivo de casación, estima parcialmente el recurso presentado, reduciendo la pena privativa de libertad impuesta a tres años y nueve meses de prisión, al entender que no se había acreditado convenientemente por el Tribunal de instancia la circunstancia agravatoria de «pertenencia a una organización» por parte del acusado.

3.a) Se invoca por el demandante como vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), atribuible a las resoluciones judiciales dictadas en ambas instancias, ante la insuficiencia de los elementos probatorios en que se ha sustentado su condena. Así, los órganos judiciales han tenido en cuenta para este pronunciamiento la declaración

incriminatoria de un testigo protegido, «SE415LK», realizada en fase de instrucción y en un juicio celebrado respecto de otros acusados el 22 de septiembre de 1998. Su defensa no pudo asistir a dichas declaraciones por no estar entonces personado en la causa, no compareciendo después el referido testigo al juicio oral que se celebró en su contra a partir del 30 de septiembre de 2004 por desconocerse su paradero. En este acto el recurrente negó haber tenido participación alguna en el trasvase de la sustancia estupefaciente luego incautada en la forma que se expone en los hechos declarados probados. Por otra parte, no se puede utilizar como elemento corroborador del testimonio del citado testigo protegido, tal como realizaron las resoluciones impugnadas, la declaración de otro testigo, Julio H. (quien manifestó ante el Juez de Instrucción en el juicio anterior que el recurrente le había solicitado hacer un trasbordo de mercancía en su nave), porque éste tampoco había comparecido al plenario al estar impedido físicamente, por lo que a este último testimonio se le pueden atribuir las mismas carencias respecto del principio de contradicción que al primero. Tampoco sirve a estos efectos de corroboración, como afirma el órgano judicial, el dato del «hallazgo en el domicilio que en aquella época ocupaba el recurrente de una máquina plastificadora y bolsas de plástico, elementos idóneos para la confección de pastillas de hachís como las halladas en el camión interceptado», pues no se ha acreditado convenientemente que el acusado residiera en el expresado domicilio.

b) Como segundo motivo de la demanda se alude a la lesión del derecho al Juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), al no tener competencia para conocer los hechos enjuiciados la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, pues éstos, en contra de lo requerido por el art. 65.d) Ley Orgánica del Poder Judicial

(LOPJ), no produjeron sus efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias. En el presente caso no concurren estas circunstancias, resultando que «el camión se carga en un polígono industrial del término municipal de Carmona (Sevilla), es aprehendido en la autovía Sevilla-Madrid a la altura de la salida de acceso a la ciudad de Carmona, es decir, Sevilla también». Por lo que la competencia territorial ha de ser atribuida al partido judicial correspondiente a la Audiencia de Sevilla.

4. Mediante providencia de 11 de septiembre de 2008 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que en el plazo de diez días remitiera testimonio del recurso de casación núm. 2143-2005, obrando ya en las actuaciones testimonio del rollo de sala núm. 6-1998 seguido ante la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En la misma providencia se acordó que se procediera al emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Habiéndose solicitado en la demanda la suspensión de la ejecución de la Sentencia condenatoria, por providencia de 11 de septiembre de 2008 la Sala Primera de este Tribunal acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente para que alegaran lo que estimaran pertinente en relación con la petición de suspensión interesada. El demandante de amparo reiteró su solicitud de suspensión por escrito registrado con fecha 23 de septiembre de 2008. El Fiscal presentó sus alegaciones mediante

escrito de 29 de septiembre de 2008, solicitando la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta.

Finalmente, la Sala dictó el Auto 310/2008, de 13 de octubre, en el que se acordó suspender la ejecución de la Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo exclusivamente en lo referente a la pena privativa de libertad de tres años y nueve meses de prisión, manteniéndose el resto de los pronunciamientos condenatorios.

6. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia de la Sala Primera, de 30 de octubre de 2008, se tienen por recibidos los testimonios remitidos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En la misma diligencia se acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que presentaran las alegaciones que a sus respectivos derechos convinieran.

7. La representación procesal del recurrente presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 3 de diciembre de 2008, en el que se limita a ratificar las ya expuestas en su demanda sobre el déficit de contradicción concurrente en los testimonios en que se ha basado su condena. De manera particular se significa que no ha quedado debidamente acreditado en la causa que el órgano judicial llevara a cabo todas las gestiones necesarias para localizar al testigo protegido, pues «consta tan sólo a este efecto un fax remitido por la Dirección General de la Guardia Civil indicándose que se encontraba en paradero desconocido, sin pormenorizar las gestiones que se llevaron a cabo para su localización».

8. El Ministerio Fiscal cumplimentó el trámite de alegaciones con fecha 15 de diciembre de 2008, interesando la desestimación del amparo solicitado respecto de los dos motivos articulados en la demanda.

Respecto del primer motivo, comienza el Fiscal recordando que sólo pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el Juez que ha de dictar sentencia. No obstante, dicha regla no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan comprobarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlos a contradicción (cita al efecto la STC 1/2006, de 16 de enero). Así, este Tribunal Constitucional ha venido considerando acorde con la Constitución, entre otros, el supuesto recogido en el art. 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), referente a las diligencias practicadas en el sumario que no pueden ser reproducidas en el juicio oral, pues entonces, mediante la lectura pública del acta en que se documentaron, el resultado de las mismas accede al debate procesal, cumpliéndose así las exigencias de publicidad, intermediación y contradicción (SSTC 2/2002, de 14 de enero y 155/2002, de 22 de julio, entre otras). Habiendo afirmado también este Tribunal que el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (STC 187/2003, de 27 de octubre).

A la luz de esta doctrina, reconociendo que hubo un déficit inicial de contradicción en las declaraciones previas del testigo protegido y de don Julio H., merece reseñarse que éste no es imputable a los órganos de instrucción y juzgador en-

tonces intervinientes porque el recurrente se encontraba en situación de rebeldía. Por el contrario, de las circunstancias concurrentes se puede deducir que éste tuvo conocimiento extraprocesal de la causa que se seguía contra otros procesados. Después, cuando se celebra el juicio contra él, a partir del 30 de septiembre de 2004, el testigo protegido no puede comparecer porque está en paradero desconocido y don Julio H. tampoco, porque está incapacitado para ello. Por lo que estos testimonios se introducen en el plenario a través del mecanismo del art. 730 LECrím, fórmula constitucionalmente posible al no resultar afectadas las posibilidades de defensa del acusado, porque su Letrado pudo articular entonces mecanismos de combate y oponer prueba contradictoria frente a dicha testifical incorporada en la forma expuesta. En cualquier caso, continúa el Fiscal, las Sentencias impugnadas adicionan en su valoración de la prueba otros datos que reforzarían estos testimonios, como el hallazgo en el domicilio que el recurrente compartía con otra persona de una máquina plastificadora idónea para el empaquetado de hachís, resultando que el que fue intervenido en el camión de matrícula inglesa había sido, en efecto, plastificado.

Por lo que se refiere al segundo motivo de la demanda, sobre la lesión del derecho al Juez predeterminado por la ley, el Ministerio Fiscal entiende que la discrepancia planteada, al referirse a la interpretación de las normas reguladoras de la competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria, no rebasa el plano de la legalidad, como así viene sosteniéndose por la doctrina constitucional (se cita la STC 35/2000, de 14 de febrero).

9. Por providencia de 29 de noviembre de 2010, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de diciembre del mismo año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugnan en este recurso de amparo las Sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2004 y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, que condenaron al recurrente como autor de un delito contra la salud pública en los términos expuestos. Éste atribuye a dichas resoluciones la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por haberse atribuido eficacia probatoria a las declaraciones inculcatorias de dos testigos sin haber sido sometidas a la necesaria contradicción por su defensa, no existiendo otros elementos que pudieran servir de corroboración de estos testimonios. Por otra parte se invoca como lesionado el derecho al Juez predeterminado por la ley, pues no era competente para conocer los hechos la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al no producir sus efectos los hechos enjuiciados en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.

El Ministerio Fiscal solicita la desestimación del recurso de amparo entendiéndolo, respecto del déficit de contradicción de las testificales tenidas en cuenta para la condena, que éste no ha sido imputable a los órganos judiciales, y que, habiendo sido introducidas éstas al plenario a través del mecanismo constitucionalmente admisible del art. 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), no se habían visto mermadas las posibilidades de defensa del acusado, concurriendo además otros datos que reforzarían estos testimonios. Por lo que se refiere a la lesión del derecho al Juez predeterminado por la ley, según el Fiscal ésta no se habría producido, siendo la discrepancia planteada una cuestión de mera legalidad ordinaria.

2. Delimitado en los términos expuestos el presente proceso de amparo,

nuestro análisis ha de comenzar por la queja referida a la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), pues su eventual estimación conllevaría la retroacción del proceso al momento de la constitución misma del órgano encargado de resolver el asunto, haciendo innecesario un pronunciamiento sobre las restantes lesiones alegadas por el demandante.

Conviene recordar que este derecho exige, según reiterada doctrina de este Tribunal Constitucional, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (entre las últimas, SSTC 210/2009, de 26 de noviembre, FJ 3, y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 3). Habiendo también afirmado este Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9). De forma que no puede confundirse el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre otras, SSTC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4, y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 3).

En el presente caso, la queja planteada pretende otorgar transcendencia constitucional a una cuestión de competencia entre órganos judiciales, sometiéndola implícitamente a este Tribunal el simple problema legal de la determinación del juez del caso. En efecto, la demanda de am-

paro pretende atribuir la competencia de la causa a la Audiencia de Sevilla, porque la droga se aprehendió en el mismo partido judicial en el que se cargó. En concreto, «el camión se carga en un polígono industrial del término municipal de Carmona (Sevilla), es aprehendido en la autovía Sevilla-Madrid a la altura de la salida de acceso a la ciudad de Carmona, es decir, Sevilla también». Por el contrario, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional justifica su competencia objetiva, tras una interpretación del art. 65.a) LOPJ, en que «si bien es cierto que la aprehensión de la droga se produce en el término municipal de dicha ciudad sevillana, aquélla había sido introducida en España a través de las costas gaditanas, iniciándose el recorrido del transporte de la misma fuera del territorio español» (fundamento jurídico 1 de su Sentencia). Por su parte, el Tribunal Supremo confirma esta valoración reseñando que «los datos de que se disponían indicaban que la sustancia estupefaciente había sido introducida en España por las costas gaditanas, de manera que la conducta delictiva no sólo se desarrollaba en varias provincias sino que el transporte ilícito se había iniciado ya fuera del territorio nacional. Por otra parte, la conducta enjuiciada en esta causa no se limita a la intervención del acusado, sino también a otras personas ya juzgadas, las cuales ya habían intervenido en otra fase más compleja de los hechos» (fundamento jurídico 2 de su Sentencia). De lo que se desprende que los órganos judiciales intervinientes han resuelto la cuestión controvertida sobre su competencia, proporcionando una respuesta no manifiestamente irrazonable o arbitraria, sin que corresponda a este Tribunal juzgar el acierto o desacierto del órgano judicial en el proceso de selección e interpretación de la norma procesal aplicable (STC 70/2007, de 16 de abril, FJ 4).

3. La queja principal del demandante hace referencia a la supuesta lesión de su derecho a la presunción de inocencia

(art. 24.2 CE), al haberse sustentado su condena por los órganos judiciales en declaraciones prestadas en fase de instrucción sin su presencia y en un juicio celebrado con anterioridad respecto de otros acusados, que no fueron ratificadas en el acto del juicio oral al no comparecer los testigos que las realizaron, no existiendo además otros elementos probatorios que pudieran ser de utilidad para este pronunciamiento. De ahí deduce el recurrente la inexistencia de prueba válida en que sustentar su culpabilidad, ya que esta decisión de condena se ha apoyado en estos testimonios vertidos sin respetarse la exigible garantía de contradicción.

Conviene empezar recordando la conocida doctrina de este Tribunal, emitida desde la STC 31/1981 de 28 de julio, al analizar los requisitos constitucionales de validez de las pruebas capaces de desvirtuar la presunción de inocencia, conforme a la cual únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2, y 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). No obstante, dicho criterio no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatar en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3,

y 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, entre otras muchas).

En relación con la eficacia probatoria de las declaraciones testificales prestadas durante la fase de instrucción, posteriormente incorporadas al juicio oral, reiteradamente hemos puesto de manifiesto la trascendencia constitucional del respeto al principio de contradicción en salvaguarda del derecho de defensa, a la luz de lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades fundamentales ratificados por España. Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; de 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; de 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40; de 10 de noviembre de 2005, caso Bocos Cuesta, § 68 y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49), este Tribunal ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad (en este sentido, SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 148/2005, de 6 de junio, FJ 2, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 4). En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada el

imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador [SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4.c)].

Ahora bien, también ha sostenido este Tribunal que lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3), resultando que dicho principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3). En consecuencia, hemos estimado que una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada después mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial [así, SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4.e)]. De manera particular, en la STC 115/1998, de 1 de junio, afirmábamos que «la presencia del recurrente o de su abogado en las diversas

ocasiones en las que el coimputado declaró, atribuyéndole determinados hechos delictivos, no fue posible porque el mismo se encontraba en ignorado paradero o en situación formal de rebeldía desde el inicio del procedimiento», por lo que «el llamamiento no era posible y la causa de la imposibilidad era atribuible en exclusiva al recurrente» (FJ 4). En las SSTC 57/2002, de 11 de marzo y 80/2003, de 28 de abril, apreciamos que cuando se producen las declaraciones inculpativas el recurrente no se encontraba personado en el sumario, debido a que se encontraba huido, por lo que no puede imputarse su falta de intervención en las mismas a una actitud reprochable del órgano judicial (FFJJ 3 y 6, respectivamente). Finalmente, tal déficit era imputable a la defensa en el caso enjuiciado en la STC 2/2002, de 14 de enero, donde el letrado del demandante y los defensores del resto de los imputados estuvieron presentes en la declaración sumarial que inculcaba al demandante y si no formularon preguntas fue debido a su pasividad.

4. En el presente caso, tras una lectura de las Sentencias dictadas en las dos instancias, se observa que el demandante de amparo ha sido condenado, en efecto, en base a las declaraciones realizadas en un primer momento a presencia judicial del testigo protegido SE415LK y del testigo don Julio H., a las que no pudo asistir la defensa del recurrente por no encontrarse entonces personado en la causa, teniendo que ser las mismas leídas posteriormente en el acto del juicio oral conforme al art. 730 LECrim, a instancia del Ministerio Fiscal, por estar ilocalizable el primero de los testigos e impedido físicamente el segundo. El testigo protegido inculcó directamente al recurrente en sus declaraciones realizadas ante el Juez de Instrucción núm. 2 de Carmona el día 4 de diciembre de 1997 y en el juicio celebrado respecto de los otros procesados, el día 22 de septiembre de 1998,

resaltando que «fue la persona que buscó la nave para realizar el transbordo de la mercancía». Don Julio H., arrendatario de la nave utilizada del polígono industrial, por su parte, refirió en su declaración ante el mismo Juez de Instrucción el 30 de septiembre de 1997 que el recurrente le pidió utilizar la nave «para hacer el trasbordo de dos palets», añadiendo que el día de los hechos «Manuel llegó con una furgoneta a su nave y con el camión inglés y lo metieron en la nave» (fundamento jurídico 2 de la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

Así las cosas, si la defensa del recurrente no pudo intervenir en fase sumarial en las referidas declaraciones fue porque éste se hallaba huido de la acción de la justicia, como reconoce la Sentencia de instancia al subrayar que «no pudo ser juzgado entonces el ahora acusado por encontrarse en situación de rebeldía procesal» (fundamento jurídico 2). Según consta en los antecedentes de la presente resolución, el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 acordó su búsqueda, detención e ingreso en prisión el 6 de abril de 1998, luego de resultar infructuosas las gestiones realizadas por la Guardia Civil para su localización, no siendo detenido hasta el día 28 de enero de 2003. Por lo que este déficit de contradicción inicial no puede ser imputable, con arreglo a la doctrina antes reseñada, a una actuación judicial constitucionalmente censurable. En todo caso, se debe atribuir a la propia conducta procesal del demandante, cuyo conocimiento extraprocesal del curso del proceso parece inferirse, de manera racional y conforme a las reglas del criterio humano, de las relaciones que al parecer venía manteniendo con otros implicados en la causa (como el Sr. Galiszewski, condenado en un primer momento) y de la circunstancia de que el domicilio que ocupaba fue objeto de registro por parte de los funcionarios policiales.

Posteriormente, ni el testigo protegido «SE415LK» ni don Julio H. pudieron comparecer a las sesiones del juicio oral que se celebraron respecto del demandante los días 30 de septiembre, 28 de octubre y 19 de noviembre de 2004, por encontrarse ilocalizable e impedido físicamente, respectivamente, no obstante los esfuerzos desplegados por el órgano judicial para que dichas comparecencias pudieran tener lugar. En efecto, en contra de lo afirmado por el recurrente en su escrito de alegaciones, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional realizó cuantas gestiones estaban a su alcance para la localización del primero, resaltando la Secretaria Judicial en el acta del juicio oral de 28 de octubre de 2004 que «respecto del testigo protegido con número de identificación SE415LK se ha intentado citar en los domicilios que constan y que han sido facilitados por la Guardia Civil y la UPJAU, encontrándose en paradero desconocido. Se ha intentado localizar a través de su Letrado, don Antonio Alva Mendoza, designado por el testigo a fin de ser localizado cuando fuera necesario, remitiendo un fax indicando que en el momento actual no está localizable». Respecto de don Julio H., la Sala ordenó que el Forense se personara en su domicilio para ser reconocido (vid. misma acta de 28 de octubre de 2004), obrando en las actuaciones un informe emitido a tal efecto, donde consta que el acusado padece una lesión cerebral postraumática grave, derivada de un accidente de tráfico, con importantes secuelas físicas y neurológicas. Por lo que no cabe duda alguna de que concurrió en este caso «causa legítima» que impedía la reproducción de las referidas testimoniales en el juicio oral, debiéndose acudir por el Tribunal a la previsión recogida en el art. 730 LECrim, procediéndose a la lectura pública ante las partes del acta en que se documentaron, fórmula ésta específicamente prevista, por otra parte, para el caso de «imposible reproducción» de las declaraciones de los testigos prote-

gidos en el art. 4.5 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales. Con la utilización de esta fórmula por el Tribunal, según se observa en el acta del juicio oral de 19 de noviembre de 2004, procediéndose a leer las declaraciones del testigo protegido ante el Juez de Instrucción núm. 2 de Carmona el día 4 de diciembre de 1997 y en el juicio oral celebrado respecto de los otros dos procesados el 22 de septiembre de 1998, así como la declaración de don Julio H. ante el mismo Juez de Instrucción el 30 de septiembre de 1997, se respetó la posibilidad de contradicción de las partes en los términos vistos, pudiendo la defensa del recurrente (quien, según se observa en dicha acta, manifestó que no se oponía a la lectura de estos testimonios prestados ante la autoridad judicial) impugnar su contenido y hacer al respecto las alegaciones que estimara oportunas.

5. Además, junto a estos testimonios inculpatorios, reproducidos con todas las garantías en el plenario por la vía del art. 730 LECrim, se ponderan por el Tribunal otras pruebas, que sirven como elementos corroboradores de su contenido, como las declaraciones testimoniales de una serie de agentes de la Guardia Civil que realizaron las labores de seguimiento e interceptación del camión con la sustancia estupefaciente, así como el contenido de los registros practicados. En efecto, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional reseña en su Sentencia que el agente núm. 25.554.364 declaró en el juicio «que recogió una plastificadora y bolsas de plástico que fueron encontradas en el domicilio que ocupaba Manuel Torres García y otro coimputado en esta causa, ya condenado por Sentencia firme» (fundamento jurídico 2); y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, subraya, por su parte, en su Sentencia que «en este caso se valora expresamente el hallazgo en el domicilio que ocupaba en aquella época el recurrente de una má-

quina plastificadora y de bolsas de plástico, elementos idóneos para la confección de pastillas de hachís como las halladas en el camión interceptado en las presente diligencias, respecto de las cuales no se ha aportado ninguna explicación razonablemente creíble acerca de su destino» (fundamento jurídico 1).

Por todo lo anterior, ha de concluirse que la condena del recurrente se sustenta en pruebas de cargo válidamente practicadas, al haberse acomodado a las exigencias constitucionales, a partir de las cuales se infiere la autoría del recurrente del delito de tráfico de drogas, mediante un razonamiento debidamente explicado en las resoluciones judiciales, como hemos comprobado, que no puede calificarse de irrazonable, puesto que los datos tenidos en cuenta resultan suficientemente concluyentes, sin que a este Tribunal le competa realizar ningún otro juicio ni entrar a examinar otras inferencias propuestas por quien solicita el amparo (SSTC 239/2006, de 17 de julio, FJ 7; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4; y 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 9, entre otras).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Manuel Torres García.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde*.—*Javier Delgado Barrio*.—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez*.—*Manuel Aragón Reyes*.—*Pablo Pérez Tremps*.—Firmado y rubricado.

SALA PRIMERA. SENTENCIA 135/2010, de 2 de diciembre de 2010. Recurso de amparo 10981-2006. Promovido por la comunidad de bienes Juan Cebrián, C.B., frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete que confirma la sanción administrativa impuesta en materia de sustancias y residuos en animales vivos. Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: sanción administrativa impuesta en aplicación de un reglamento carente de cobertura legal. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 10981-2006, promovido por la comunidad de bienes Juan Cebrián C.B., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Martínez Martínez, bajo la dirección del Letrado don Antonio Castillo Aroca, contra la Sentencia núm. 212, de 2 de octubre de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete. Ha comparecido la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, bajo la dirección del Letrado don Antonio Castillo Fernández. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. La Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Martínez Martínez, en nombre y representación de la comunidad de bienes Juan Cebrián C.B., bajo la dirección letrada de don Antonio Castillo Aroca, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia que se menciona en el encabezamiento. En la demanda de amparo se alega que la resolución recurrida ha vulnerado sus derechos a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2. Esta demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La recurrente en amparo es una entidad que se dedica a la explotación agropecuaria de una granja porcina en la localidad de La Roda. El 29 de junio de 2004 inspectores dependientes de la Delegación Provincial de Sanidad de Cuenca se presentaron en el matadero de Las Pedroñeras procediendo, de forma aleatoria, a la toma de muestras de cinco animales de la especie porcina procedentes de la explotación Juan Cebrián C.B., para el examen de sulfamidas, sustancias que, de estar presentes en los tejidos comestibles de los animales, pueden resultar nocivas para la salud humana. La toma de muestras se hizo, tal y como aparece en el acta de inspección núm. 000738, en presencia de don Isidoro Mesas Martínez, encargado del matadero. Las muestras serían posteriormente enviadas al laboratorio de la Delegación Provincial de Sanidad de Toledo, dando como resultado la presencia de cantidades variables de un tipo de sulfamida (sulfametazina). Según el Reglamento comunitario 2377/90/CE tal y como es incorporado en el texto del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, que establece las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos, existen unos

límites máximos de los residuos de este tipo de sustancias farmacológicas (antibióticos) en los tejidos comestibles de un animal, límites que se sobrepasan en dos de las muestras analizadas, razón por la cual se propone, mediante Acuerdo de la Delegación Provincial de Albacete de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 28 de octubre de 2004, incoar el procedimiento sancionador 232/04-S contra quien hoy es recurrente en amparo, siéndole notificado ese Acuerdo el 3 de noviembre de 2004.

b) El día 4 de noviembre de 2004, se formulan alegaciones, interesando la comunidad de bienes Juan Cebrián la realización de análisis contradictorio, negando que las muestras tomadas y analizadas correspondieran a ganado de su explotación, alegando falsedad del acta de inspección en lo que hace a la presencia de don Isidoro Mesas Martínez, y alegando indefensión por no haber sido requerida su presencia para la toma de muestras y el levantamiento de actas. En la instrucción del expediente administrativo se realiza efectivamente un primer análisis contradictorio, que arroja un resultado favorable a la recurrente y un último análisis dirimente que realizará el Centro Nacional de Alimentación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, entendiéndose la misma que el análisis es positivo en cuanto a la presencia de sulfametazinas, si bien, a juicio de la demandante, los niveles de esta sustancia encontrados no sobrepasan los límites establecidos en la normativa reglamentaria. En el curso del procedimiento administrativo, la instructora del mismo solicita dos informes al servicio de salud pública y participación de la Delegación Provincial de Albacete de la Consejería de Sanidad de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, con el fin de conocer el peligro potencial que la sustancia detectada supone en la salud pública, y poder proceder así a una más precisa

determinación de la responsabilidad de la razón social Juan Cebrián C.B. De ese informe resulta que existen riesgos potenciales para la salud humana en caso de sobrepasarse el límite máximo de residuos establecido.

c) El 3 de mayo de 2005, y frente a la propuesta de resolución de 13 de abril de 2005, en la que se plantea imponer a la razón social Juan Cebrián, C.B. una sanción económica de 3.005,6 €, esta última presenta alegaciones afirmando que se ha producido indefensión: 1.º) por no haber quedado probado que los animales fueran de su explotación; 2.º) por existir falsedad en el acta de inspección; 3.º) por no haber sido llamada la recurrente a presenciar la toma de muestras para la identificación de los animales; 4.º) por la difícil interpretación del análisis dirimente que hubiera necesitado prueba adicional para su adecuado entendimiento; 5.º) por haber solicitado la instructora los informes que se unen al expediente después de la resolución de incoación y sin abrir período de prueba; y 6.º) porque se alega también la falta de tipificación de las infracciones, que sólo pueden ser sancionadas cuando constan en una ley, y que en todo caso no concurrirían aquí puesto que el análisis dirimente parece establecer unos parámetros de presencia de sulfamidas que son inferiores a los autorizados.

d) Por resolución de 23 de mayo de 2005, la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, resuelve el expediente sancionador con imposición de una sanción económica al recurrente en amparo de 3.005,06 euros, que justifica en la aplicación del art. 35.b) 1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, en relación con el art. 24.3.1 del Real Decreto 1749/198, de 31 de julio, que establece las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos. Contra

dicha resolución se plantea recurso de alzada reiterando las alegaciones ya presentadas en el curso del procedimiento administrativo, recurso que será desestimado por resolución de 21 de febrero de 2006 del Consejero de Sanidad de Castilla-La Mancha.

e) Contra esta última resolución se formula recurso contencioso-administrativo que se tramita por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete y del que resulta: 1.º) Que la recurrente, mediante escrito de 12 de septiembre de 2006 solicita la práctica de dos pruebas anticipadas: una testifical a fin de que don Isidoro Mesas Martínez manifieste si la firma que aparece en el acta del día 29 de junio de 2004 es o no la suya, y otra documental consistente en testimonio del DNI del testigo expresado. Mediante providencia de 13 de septiembre de 2007 se deniega la solicitud de prueba anticipada, entregando no obstante a la parte actora cédula de citación para que pueda practicarse la prueba testifical en el acto de la vista oral. 2.º) En el día del acto de la vista del juicio oral no se presentó el testigo y tampoco se permitió intervenir al perito propuesto por la recurrente el 15 de septiembre de 2006, ni como perito porque no se propuso esta prueba pericial en la demanda, ni en calidad de testigo al no haber sido testigo presencial de la toma de muestras.

f) El Juzgado dicta Sentencia desestimatoria el 2 de octubre de 2006 declarando: 1.º) que la toma de muestras efectuada el día 29 de junio de 2004 se realiza en presencia de un responsable de la explotación, no quedando desvirtuado este hecho por la presentación del DNI del Sr. Mesas que pone de manifiesto la no coincidencia de su firma con la que aparece en el acta, afirmándose que sólo la declaración testifical de este último habría permitido desvirtuar este extremo del acta; 2.º) que el desarrollo del expediente sancionador fue el adecuado y no generó indefensión alguna ni la falta de

apertura de período de prueba ni el recurso a unos informes solicitados por la instructora a los que el órgano juzgador sólo concede carácter informativo y no probatorio; 3.º) que aunque la resolución del expediente varió respecto de la propuesta, aquélla estaba debidamente motivada y no había una modificación de los hechos determinados en el curso del procedimiento; y 4.º) que no existe vulneración del principio de legalidad porque se prevé la infracción en el art. 35 de la Ley general de sanidad, precepto que prevé la colaboración reglamentaria, que se produce con el art. 24.3.1 del Real Decreto 1749/1998.

g) Por último, mediante escrito presentado el 17 de octubre de 2006 ante el Juzgado, la parte recurrente en amparo solicita que se dicte resolución por la que se complete la Sentencia anterior, alegando la existencia de un vicio de incongruencia omisiva en la Sentencia, puesto que el órgano judicial no habría dado respuesta a dos cuestiones: la eventual indefensión que habría generado la no apertura del período de prueba en el procedimiento administrativo y la falta de respuesta a la confusa cuestión de si los residuos de sulfametazina aparecidos en el examen dirimente estaban o no por encima de los límites establecidos por la legislación vigente. El Auto de 2 de noviembre de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete desestima la solicitud de subsanación puesto que se entiende que la Sentencia respecto de la cual se solicita la subsanación resuelve de manera clara la pretensión contenida en el suplico de la demanda.

3. El recurrente en amparo aduce en su demanda que la Sentencia impugnada ha vulnerado el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) al no estar contenida la conducta típica sancionable en una ley, así como su derecho a la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE) tanto en el desarrollo del procedimiento adminis-

trativo sancionador, como en la vía judicial. La infracción del art. 24.1 CE en vía administrativa vendría dada por no haberse abierto período de prueba en esta fase, con lo cual se estaría impidiendo al recurrente combatir la presunción de certeza de las actas que la Administración tienen, por haberse practicado prueba de oficio por la Administración sin sujetarse al principio de contradicción, y por cambiar la fundamentación jurídica de la propuesta de sanción con lo cual la recurrente no tuvo posibilidad de efectuar alegaciones sobre el cambio. La infracción del art. 24.1 CE en vía judicial se habría dado por la denegación de la citación por vía judicial del testigo propuesto, sin dar valor a la prueba documental propuesta por la parte, y por no permitir la intervención del testigo-perito en el acto de la vista oral.

4. Mediante diligencia de ordenación de 31 de octubre de 2007, y de conformidad con lo previsto en el art. 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), la Sección Primera del Tribunal Constitucional solicita al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete y a la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la remisión del testimonio del procedimiento abreviado 145/2006 y del expediente 232/04-S respectivamente. Posteriormente, el 27 de febrero de 2008, la Sección acuerda mediante providencia la admisión a trámite de la demanda de amparo, y dirige atenta comunicación para el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento contencioso. Posteriormente, y por nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 13 de mayo de 2008, se tiene por personado y parte al Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar en nombre y representación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y, a tenor de lo dispuesto en el art 52 LOTIC, se acuerda dar

vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días, para que puedan presentar las alegaciones que estimen pertinentes dentro de dicho término.

5. La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por escrito registrado el 11 de junio de 2008, presentó sus alegaciones interesando, en primer término, la inadmisión del amparo al entender concurrentes dos de los óbices procesales derivados del art. 50.1.a) LOTC. Por un lado se alegaba la extemporaneidad del recurso por prolongación artificial de la vía judicial previa, ya que aquél se presentó el 7 de diciembre de 2006, habiéndose excedido el plazo de 20 días tras la notificación de la Sentencia de 2 de octubre de 2006 acaecida el día 6 de ese mismo mes, por haberse interpuesto, en el ínterin, y de forma manifiestamente improcedente, un recurso de complementación. Por otro lado, y en conexión directa con este primer óbice, se entiende que no se ha agotado convenientemente la vía judicial previa, y ello porque, en lugar de un recurso de complementación, debería haberse planteado en este supuesto el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) para revisar las quejas de incongruencia omisiva e indefensión por defectos de procedimiento que se imputan a la Sentencia también recurrida en amparo. Subsidiariamente la Junta de Comunidades entiende que la Sentencia recurrida no habría vulnerado los derechos fundamentales alegados. Así, no habría existido incongruencia omisiva porque en el proceso tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete la única pretensión era la declaración de nulidad de la resolución administrativa sancionadora, pretensión a la que el recurrente obtuvo clara respuesta en el fallo de la Sentencia, estando éste suficientemente motivado, con respuestas

fundadas a todos los argumentos esgrimidos en la demanda.

6. Mediante escrito registrado el 17 de junio de 2008 la representación procesal del recurrente en amparo presenta sus alegaciones reiterando lo expuesto en la demanda de amparo.

7. Por último, y por escrito presentado el 11 de septiembre de 2008, el Ministerio Fiscal puso de manifiesto sus alegaciones, interesando el otorgamiento del amparo solicitado por vulneración del art. 25.1 CE. A juicio del Ministerio Fiscal la sanción se impone con la cobertura del art. 35 b.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad y del art. 24.3.1 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos, no resultando una norma legal habilitante que determine los elementos esenciales de la conducta antijurídica la remisión genérica que realiza la Ley al precepto citado, de tal manera que el Real Decreto con la cobertura legal citada no desarrolla y precisa los tipos e infracciones previamente establecidos por la Ley, sino que, en concurrencia con la misma, establece ex novo una serie de supuestos no amparados en cuanto a sus elementos esenciales por la disposición legal. Por lo que hace a la alegada vulneración del art. 24.1 CE el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del amparo al entender que no ha habido vulneración del derecho a la prueba causante de indefensión, puesto que la decisión judicial relativa al aparato probatorio es, en todo caso, razonable, no arbitraria y no incurso en error patente.

8. Por providencia de 29 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 2 de diciembre del mismo año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar por un lado si la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) al haberse impuesto una sanción administrativa sobre la base de una previsión reglamentaria sin la suficiente cobertura legal y no haber sido reparado este vicio por el órgano judicial que elabora la Sentencia recurrida; y por otro lado si se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en virtud de los vicios que el recurrente identifica, en materia de práctica de pruebas fundamentalmente, tanto en el procedimiento administrativo como en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa posterior.

Los argumentos del recurrente sostienen que efectivamente se han producido ambas lesiones, mientras que el Ministerio Fiscal entiende que sólo concurre la primera, esto es la vulneración del art. 25.1 CE por falta de respeto al principio de legalidad sancionadora, puesto que las denegaciones de prueba en que el recurrente cifra la vulneración del derecho de defensa alegado son, a juicio del Ministerio Fiscal, decisiones no arbitrarias, ni irrazonables o incuras en error patente, por lo que no deben entrar a valorarse en sede constitucional.

En sentido contrario, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha estima que es preciso pronunciar la inadmisión del recurso planteado por concurrir o bien un óbice procesal de extemporaneidad por prolongación artificial de la vía judicial previa, o bien, y respecto de las alegadas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión imputables a la Sentencia recurrida, una falta de agotamiento de la vía judicial previa por falta de interposición del incidente de nulidad de actuaciones. En cual-

quier caso, si se optase por entrar al fondo del asunto, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha propone la desestimación del recurso de amparo porque considera que no ha existido vulneración alguna de los derechos invocados y relativos al contenido del art. 24.1 CE.

2. En primer lugar hemos de precisar que estamos ante un recurso de amparo mixto (art. 43 y 44 LOTC). A pesar del objeto del recurso de amparo individualizado por el recurrente tanto en el encabezado de la demanda como en el petitum, en el cuerpo de la misma se aduce que la resolución administrativa sancionadora vulneró el principio de legalidad en materia de derecho administrativo sancionador (art. 25.1 CE), añadiéndose además que la Sentencia impugnada habría lesionado idéntico derecho fundamental al no reparar la lesión originaria. Del mismo modo se imputa, tanto a la actuación administrativa, como a la resolución judicial la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por el tratamiento dado a las pruebas en ambos órdenes, administrativo y judicial. Así pues es evidente que los actos lesivos de derechos fundamentales que el recurrente en amparo plantea para su análisis en esta sede son atribuibles tanto a la Administración pública como a los órganos judiciales. Lo expuesto determina que, a pesar de la identificación del objeto litigioso realizada en principio por la recurrente, debemos entender que estamos ante un recurso de amparo mixto, y además que se analice, como viene siendo habitual en la actuación de este Tribunal, en primer término la eventual vulneración de derechos fundamentales que el recurrente imputa a la actuación administrativa, para abordar a continuación, en su caso, el enjuiciamiento de las lesiones constitucionales imputadas a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete (por todas, STC 82/2009, de 23 de marzo, FJ 1).

3. Antes de entrar a examinar el fondo de las alegaciones formuladas es preciso pronunciarse sobre las causas de inadmisión alegadas por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. A juicio de esta última, como veíamos con más detalle en los antecedentes, la entidad recurrente en amparo prolongó artificialmente la vía judicial previa, haciendo devenir extemporáneo el recurso de amparo, al plantear un recurso de complementación de la Sentencia de 2 de octubre de 2006 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete, que sería manifiestamente improcedente.

La parte recurrente en amparo, bajo la cobertura de lo dispuesto en el art. 215.2 Ley de enjuiciamiento civil (LEC), acudió efectivamente a la solicitud de complemento para, justamente, completar lo dispuesto en la antedicha Sentencia. Mediante el Auto de 2 de noviembre de 2006, el órgano judicial desestimó la solicitud formulada, una vez tramitada y dado traslado de la misma a la parte demandada, la cual presentó oportunamente escrito de alegaciones. El art. 215.2, aplicable de forma subsidiaria al procedimiento contencioso-administrativo, prevé que si se quisiera interesar la subsanación o complemento de «sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso», la parte podrá solicitarlo por escrito, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, debiendo el tribunal dar traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, antes de dictar el auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla. En el supuesto que nos ocupa, la entidad Juan Cebrián, C.B. entendió que la Sentencia respecto de la cual se solicitó la corrección había omitido pronunciamientos relativos a dos

pretensiones sustanciadas en el procedimiento y relativas, una a la apertura de prueba en el procedimiento administrativo sancionador, y otra a la explicación de los resultados de la prueba de laboratorio dirimente, cuya interpretación no resultaba, a su juicio, lo suficientemente clara.

Así las cosas, no puede entenderse que la solicitud de complemento presentada por la parte fuera manifiestamente improcedente. En relación con la noción de recursos manifiestamente improcedentes, hemos declarado que la armonización del principio de seguridad jurídica con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) exige una aplicación restrictiva del concepto, considerando como tales sólo aquéllos cuya improcedencia derive de forma evidente del propio texto legal, sin dudas que sea necesario despejar por medio de criterios interpretativos de alguna complejidad (por todas, SSTC 143/2007, de 18 de junio, FJ 2, y 56/2008, de 14 de abril, FJ 2). A mayor abundamiento, este Tribunal ha dicho en alguna ocasión que un recurso útil, para poner de manifiesto la incongruencia omisiva, que en el fondo es lo que se pone de relieve por el recurrente al plantear la necesidad de complemento, es la vía del art. 215 LEC, como también podía haberlo sido el incidente de nulidad de actuaciones (previsto, en lo que ahora importa, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por el art. 241 LOPJ) (ATC 364/2006, de 23 de octubre, FJ 2). De acuerdo con la interpretación expuesta debe desestimarse el óbice procesal aducido, pues no pudiendo ser considerado manifiestamente improcedente la solicitud de complemento, no puede hablarse de una prolongación artificial de la vía judicial previa que conduzca a la consideración del extemporáneo planteamiento del recurso de amparo (por todas, STC 143/2007, de 18 de junio, FJ 2 y 56/2008, de 14 de abril, FJ 2).

Del mismo modo, si aceptamos que tanto el incidente de nulidad de actuaciones como la solicitud de complemento son instrumentos procesales válidos para poner de manifiesto el vicio de incongruencia omisiva, es evidente que, aceptado que esta última se planteó de manera pertinente, era innecesario plantear incidente de nulidad de actuaciones, de modo que el recurso de amparo no incurre tampoco en el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa. Y es que si el recurrente en amparo optó, en la vía jurisdiccional previa, por utilizar el mecanismo previsto en el art. 215 LEC, en lugar del incidente de nulidad de actuaciones (actual art. 241 LOPJ) para denunciar vicios de incongruencia omisiva en la Sentencia después recurrida en amparo, fue ésta una opción adecuada a los efectos de entender agotada la vía judicial previa, por ser aquella una vía adecuada para reparar la lesión presuntamente sufrida, y puesto que el objeto del complemento de sentencias y autos regulado en el apartado 2 del art. 215 LEC se aproxima claramente al objeto del incidente de nulidad de actuaciones en la redacción dada al art. 241 LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, (redacción vigente en el momento en que el recurrente en amparo solicita el complemento de la Sentencia), la respuesta que se podría obtener «sería muy similar (por no decir idéntica) a la obtenida de haber promovido el incidente de nulidad de actuaciones, de modo que no se puede cuestionar que el recurrente haya agotado la vía judicial previa, pues, en definitiva, se ha conseguido lo pretendido a través de la exigencia del artículo 44.1.a) LOTC, dirigida a salvaguardar el carácter subsidiario del recurso de amparo» (STC 174/2004, de 18 de octubre, FJ 2).

4. Pasando a analizar las pretensiones de fondo, la primera vulneración alegada en la que entraremos es la que se refiere a la lesión del principio de lega-

lidad sancionadora que se contiene en el art. 25.1 CE. El análisis sobre este principio ha sido de nuevo realizado en la reciente STC 104/2009, de 4 de mayo donde se recuerda que el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE «incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*», que también «es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo», y comprende una doble garantía, formal y material.

La garantía material «aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (por todas STC 104/2009, FJ 2 y jurisprudencia allí citada). La garantía formal, por su parte, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones, toda vez que la doctrina constitucional reitera que el término «legislación vigente» contenido en el art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (por todas STC 77/2006, de 13 de marzo, FJ único y jurisprudencia allí citada).

De este modo, la garantía formal supone la interdicción de la remisión de la ley al reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia ley, mientras que la garantía material implica que la norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de

una decisión prácticamente libre del intérprete. De conformidad con la referida doctrina, este Tribunal ha entendido que la técnica de tipificación por remisión y en blanco de la ley al reglamento, dejando a la potestad reglamentaria por entero y ex novo la definición de las conductas susceptibles de sanción, resulta contraria al principio de legalidad en materia sancionadora del art. 25.1 CE (de nuevo por todas STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2).

La aplicación de la anterior doctrina al ámbito administrativo sancionador requiere no obstante, introducir algunos matices: el alcance de la reserva de ley contenida en el art. 25.1 CE tiene, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, una eficacia relativa o limitada, no pudiendo ser tan estricto como el que se aplica a los tipos y sanciones penales por distintas razones que atañen «al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias» (STC 2/1987, de 21 de enero), bien «por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales». De este modo, el mandato del art. 25.1 CE aplicado al ámbito administrativo sancionador determina que es necesaria la cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a disposiciones reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, de tal forma que quede totalmente excluido que las remisiones de la ley al reglamento hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2 y 3 y jurisprudencia allí citada).

5. En el recurso de amparo que nos ocupa y como hemos expuesto en los an-

tecedentes, la resolución sancionadora de 23 de mayo de 2005, que luego confirma la Sentencia recurrida en amparo, se basa en el art. 24.3.1 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos, que tipifica como infracción grave «la comercialización para sacrificio de animales, en el caso de administración de productos o sustancias autorizadas, en los que no se haya respetado el plazo de espera prescrito para dichos productos o sustancias», afirmando hacerlo «[d]e acuerdo con lo establecido en el art. 35.b) 1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, y en el art. 108.2.b) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre».

Como viene declarando este Tribunal, las exigencias derivadas del mencionado art. 25.1 CE en cuanto a la colaboración entre la ley y el reglamento y la subordinación de éste con respecto a aquélla en la específica tarea de tipificación de las infracciones, suponen que la ley que da cobertura al reglamento debe contener la «determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica» y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, «el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley» (SSTC 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 132/2001, de 8 de junio, FJ 5, y 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3). Así, pues, cumple verificar si las disposiciones legislativas a las que se remite el art. 24 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, determinan o no los elementos esenciales de la conducta antijurídica.

Ante todo es de advertir que la normativa comunitaria que cita este Decreto no contiene tipificación alguna que pudiera servir de base para la infracción establecida en su citado art. 24.3.1, lo que hace innecesario plantear la cuestión de la virtualidad del Derecho Comunitario en relación con las exigencias formales del art. 25.1 CE.

Y más concretamente por lo que se refiere a los demás preceptos indicados, ha de señalarse que el art. 35.b.1 de la Ley general de sanidad tipifica como infracciones sanitarias graves «las que reciban expresamente dicha calificación en la normativa especial aplicable en cada caso», mientras que el apartado 5 del mismo precepto establece que también será infracción grave «la resistencia a suministrar datos, facilitar información o prestar colaboración a las autoridades sanitarias o a sus agentes». A su vez, el art 108.2.b) de la Ley del medicamento, vigente hasta el 28 de julio de 2006, al tipificar las infracciones graves recoge las siguientes: «1. La elaboración, fabricación, importación, exportación y distribución de medicamentos por personas físicas o jurídicas que no cuenten con la preceptiva autorización; 2. No realizar en la elaboración, fabricación, importación, exportación y distribución de medicamentos los controles de calidad exigidos en la legislación sanitaria o efectuar los procesos de fabricación o control mediante procedimientos no validados; 3. El funcionamiento de una entidad dedicada a la elaboración, fabricación y distribución de medicamentos sin que exista nombrado y en actividad un director técnico, así como el resto del personal exigido en cada caso; 4. El funcionamiento de los servicios farmacéuticos y oficinas de farmacia sin la presencia y actuación profesional del farmacéutico responsable; 5. Incumplir el director técnico y demás personal las obligaciones que competen a sus cargos; 6. Impedir la actuación de los inspectores, debidamente acreditados, en los centros en los que se elaboran, fabrican, distribuyen y dispensen medicamentos; 7. La preparación de fórmulas magistrales y preparados oficinales incumpliendo los requisitos legales establecidos; 8. Distribuir o conservar los medicamentos sin observar las condiciones exigidas, así como poner a la venta medicamentos alterados, en malas condiciones o, cuando se haya señalado, pasado el

plazo de validez; 9. Utilizar en personas o en animales de abasto algún producto en fase de investigación sin haber recaído previamente la declaración que lo califique como tal; 10. Realizar ensayos clínicos sin la previa autorización administrativa; 11. El incumplimiento por parte de fabricantes, importadores y titulares de las autorizaciones de medicamentos de la obligación de comunicar a las autoridades sanitarias los efectos adversos de los medicamentos; 12. El incumplimiento por el personal sanitario del deber de farmacovigilancia; 13. La preparación individualizada de vacunas y alérgenos en establecimientos distintos de los autorizados; 14. Dispensar medicamentos en establecimientos distintos a los autorizados; 15. La negativa a dispensar medicamentos sin causa justificada y la dispensación sin receta de medicamentos sometidos a esta modalidad de prescripción; 16. La sustitución en la dispensación de especialidades farmacéuticas contraviniendo lo dispuesto en el artículo 90 de esta Ley; 17. Cualquier acto u omisión encaminado a coartar la libertad del usuario en la elección de la oficina de farmacia; 18. Incumplimiento por parte del personal sanitario del deber de garantizar la confidencialidad y la intimidad de los pacientes en la tramitación de las recetas y órdenes médicas; 19. Realizar promoción, información o publicidad de medicamentos no autorizados o sin ajustarse a las condiciones establecidas en la autoridad de comercialización, a lo dispuesto en esta Ley y a la legislación general sobre publicidad; 20. La actuación de los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, siempre que estén en ejercicio, con las funciones de delegados de visita médica, representantes, comisionistas o agentes informadores de los laboratorios de especialidades farmacéuticas; y 21. La reincidencia en la comisión de infracciones leves, así como la comisión de alguna de las infracciones calificadas como leves cuando concurren de forma grave

las circunstancias previstas en el apartado 1 de este artículo.»

De la lectura de las disposiciones anteriores se deriva, con toda evidencia, que el art. 24 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, tipifica de forma completamente autónoma, sin cobertura legal alguna, la infracción en virtud de la cual se sanciona al recurrente en amparo. El art. 35.b) 1 de la Ley general de sanidad al que se refiere la resolución sancionadora de 23 de mayo de 2005, remite de manera genérica a la normativa especial aplicable al caso, pero no puede entenderse que esa normativa especial pueda ser el reglamento. Una interpretación tal sería contraria a la doctrina constitucional sobre el principio de legalidad que ya hemos expuesto, de forma que, podemos concluir, que la genérica remisión realizada por el art. 35.b) 1 de la Ley general de sanidad no constituye una norma general habilitante que determine los elementos esenciales de la conducta antijurídica, y bien la contrario deja un campo de acción al reglamento que permite a éste determinar qué infracciones tienen la calificación de graves, mediante una regulación independiente y no obviamente subordinada a la ley, lo que excede de la mera colaboración reglamentaria admitida en el marco del art. 25.1 CE. Por otra parte entre las múltiples conductas infractoras descritas en los artículos 35.b) 5 de la Ley general de sanidad y 108.2.b) de la Ley del medicamento no se encuentra ninguna que pueda conectarse, de forma más o menos directa, con la que contempla el art. 24 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio. Así, pues, sin que sea la propia Ley la que determine los elementos esenciales de las infracciones, esto es, sin una «definición básica de la conducta prohibida en la propia ley» (STC 26/2005, de 14 de febrero, FJ 4), no puede sino concluirse que el reglamento aplicado para sancionar a la recurrente en amparo no se limitaba a «desarrollar» y «precisar» los tipos de infracciones previamente establecidos en la

ley, sino que, por el contrario, reguló esta materia sin sometimiento a directriz legal previa alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras, lo que no puede admitirse en virtud del art. 25.1 CE.

6. En atención a lo expuesto, y tal como solicita el Ministerio Fiscal, debe concluirse que la resolución administrativa ha vulnerado el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) del recurrente porque la ley no da cobertura suficiente al reglamento que prevé las sanciones impuestas a aquél. La constatación de la vulneración de tal derecho fundamental conduce al otorgamiento del amparo, y, consecuentemente, a declarar la nulidad de la resolución administrativa sancionadora y de la resolución judicial que la ratificó.

Esta conclusión hace innecesario el continuar con el análisis del resto de las alegaciones realizadas en la demanda de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo instado por la comunidad de bienes Juan Cebrián C.B., y en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Resolución de 23 de mayo de 2005 de la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que resolvía el expediente sancionador contra el recurrente en amparo; así como de la Sentencia núm. 212, de 2 de octubre de 2006, del Juzgado de lo

Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete desestimatoria de recurso contencioso-administrativo (núm. 145-2006) interpuesto contra la mencionada resolución administrativa.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

SALA PRIMERA. SENTENCIA 136/2010, de 2 de diciembre de 2010. Recurso de amparo 771-2007. Promovido por Sogecable, S.A., frente a la Sentencia de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimatoria de la impugnación del laudo arbitral emitido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: resolución judicial que afirma, razonadamente, la existencia de un convenio arbitral que designa al ente regulador como árbitro independiente para la resolución de los conflictos en materia de televisión digital. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 771-2007 promovido por Sogecable, S.A.,

representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección de los Letrados don Pablo Ureña Gutiérrez y don Ezequiel Miranda Giménez-Rico, contra la Sentencia de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de noviembre de 2006, dictada en el rollo núm. 4-2005 sobre procedimiento arbitral. Han comparecido Telecable de Asturias, S.A.U., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María de los Ángeles Gáldiz de la Plaza y bajo la dirección del Letrado don José María Jiménez Laiglesia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 29 de enero de 2007, el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Sogecable, S.A., y bajo la dirección de los Letrados don Pablo Ureña Gutiérrez y don Ezequiel Miranda Giménez-Rico, interpuso demanda de amparo contra la resolución judicial que se menciona en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda ECO/19/2003, de 8 de enero, dispuso la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 por el que se decide subordinar la operación de concentración económica de integración de la entidad DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. (Vía Digital), en la entidad Sogecable, S.A. a diversas condiciones. Una de esas condiciones es la obligación de presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan detallado de actuaciones para la instrumentación de

dichas condiciones, al que se debía incorporar un mecanismo de arbitraje privado para la resolución de los conflictos que pudieran surgir con terceros operadores. En ese mecanismo arbitral debía establecerse que Sogecable, S.A., propondría a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente si no se llegaba a un acuerdo sobre la designación de árbitros. El Servicio de Defensa de la Competencia aprobó el plan de actuaciones de Sogecable el 3 de abril de 2003, en el que se establecía la oferta de la inclusión de una cláusula de arbitraje para la resolución de los conflictos con los terceros operadores con los que se contratara, en la que se dispondría que, en caso de no llegar a un acuerdo sobre la designación de árbitros, Sogecable, S.A., propondría a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente, cuyo procedimiento arbitral se ajustaría a lo dispuesto en las normas que regulan la función arbitral de esta Comisión.

b) La entidad Telecable de Asturias, S.A.U., en atención a las obligaciones establecidas en el acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, solicitó a Sogecable, S.A. la formalización de una oferta para la transmisión de determinados canales temáticos. Tras diversas gestiones infructuosas para concretar la proposición comercial, Telecable de Asturias, S.A.U. formalizó demanda arbitral contra Sogecable, S.A., ante la Comisión del mercado de telecomunicaciones el 14 de octubre de 2004, dando lugar al expediente MTZ 2004/1616. Sogecable se opuso a la demanda alegando, entre otras cuestiones, la inexistencia de un convenio arbitral entre las partes, el incumplimiento del procedimiento arbitral previsto en el plan de actuaciones y la recusación de los miembros de la Comisión para resolver el procedimiento por haber intervenido en un expediente administrativo previo sobre el cumplimiento del acuerdo ministerial de concentración. De ese modo, solicitó

que se declarara la incompetencia de la Comisión para resolver el procedimiento arbitral. Por acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 3 de marzo de 2005 se aprobó la Resolución de admisión de arbitraje entre Telecable Asturias, S.A.U. y Sogecable, S.A. acerca del suministro de determinados canales, declarándose la competencia de la Comisión para conocer de las pretensiones deducidas y rechazando la recusación formulada.

c) Sogecable, S.A., de conformidad con el art. 22.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, impugnó dicha resolución de admisión, siendo tramitada por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid como rollo núm. 4-2005. La entidad recurrente alegó, entre otros extremos, la inexistencia de convenio arbitral, el incumplimiento de las formalidades para el nombramiento de los árbitros y la concurrencia de una causa de recusación en los árbitros. La acción de anulación fue desestimada por Sentencia de 28 de noviembre de 2006.

En esta Sentencia, tras referirse a la impugnabilidad autónoma de este tipo de decisiones arbitrales de admisibilidad en vía judicial, argumenta, en relación con la inexistencia de convenio arbitral, que la propia entidad recurrente, por medio de su plan de actuación, aceptó las condiciones acordadas por el Consejo de Ministros para su fusión con Vía Digital, lo que constituye, en sí mismo, una oferta permanente y abierta para los terceros que quisieran contratar con ella el suministro de canales, en la que está prevista la sumisión al arbitraje, por lo que sí era expresa la voluntad de la recurrente de sumisión al arbitraje (fundamento de Derecho décimo). Igualmente, por lo que se refiere a la designación y cualificación de los árbitros, se pone de manifiesto en la Sentencia que el párrafo segundo de la condición vigésima primera del acuerdo del Consejo de Ministros establecía que,

en caso de no llegarse a un acuerdo sobre la designación del árbitro, la recurrente debía proponer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente, por lo que se ha cumplido el espíritu de la norma para el nombramiento arbitral. También se destaca, en cuanto a la falta de condición de abogados en ejercicio de los árbitros y la concurrencia de la causa de recusación, que es aplicable la doctrina de los actos propios, ya que, tratándose de un arbitraje institucional asumido por la recurrente, conocía tanto que los miembros de la Comisión no tenían la condición de abogados como el carácter de organismo administrativo de esta Comisión, señalando, además, que la normativa arbitral ha eliminado el reenvío a los motivos de abstención de Jueces y Magistrados y no concurre ninguna de las causas establecidas en la Ley de arbitraje (fundamentos de Derecho undécimo y duodécimo).

d) Finalmente, este procedimiento arbitral fue resuelto sobre el fondo de las pretensiones planteadas por Laudo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de junio de 2006 que, a su vez, fue impugnado por la entidad recurrente en vía judicial y desestimado por Sentencia de la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de febrero de 2007.

3. La entidad recurrente aduce en la demanda de amparo que la resolución impugnada ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de motivación de las resoluciones judiciales y de acceso a la jurisdicción, ya que argumentó de manera irrazonable la existencia de un convenio arbitral para excluir indebidamente el conocimiento del conflicto planteado a la jurisdicción ordinaria, destacando que, tal como se estableció en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, no cabe la imposición legal del arbitraje. Subsidiariamente, la recurrente considera que también se ha vulnerado el

derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en primer lugar, por haberse argumentado de manera irrazonable la corrección de la designación de árbitros, que se realizó en contradicción con lo propuesto en el plan de actuaciones. Y, en segundo lugar, por haberse validado un laudo arbitral dictado por árbitros faltos de independencia e imparcialidad en tanto que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió sobre una disputa que pertenecía exclusivamente a su ámbito administrativo de actuación, y cuyos miembros, además, no contaban con la condición exigida profesionalmente por la Ley para la realización del arbitraje, que es la de abogado en ejercicio.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 11 de septiembre de 2008, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), requerir atentamente de los órganos judiciales la remisión del testimonio de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 20 de octubre de 2008, acordó tener por recibido el testimonio de las actuaciones, por personada a la Procuradora de los Tribunales doña María de los Ángeles Gáldiz, en nombre y representación de Telecable de Asturias, S.A.U., y dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTIC.

6. La parte comparecida, por escrito registrado el 20 de noviembre de 2008,

solicitó la desestimación del recurso de amparo al considerar que la recurrente, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, se limita a discrepar con los razonamientos de la resolución impugnada que, en ningún caso, pueden ser calificados de irrazonables respecto de las cuestiones objetadas en la demanda de amparo.

7. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 24 de noviembre de 2008, interesó la desestimación de la demanda de amparo, poniendo de manifiesto que no cabe considerar incurso en ningún defecto de motivación con relevancia constitucional los diferentes argumentos utilizados en la resolución impugnada en relación con la posibilidad de sometimiento a arbitraje de la controversia, el cumplimiento de las formalidades en la designación de árbitros, su imparcialidad y la condición de abogado en ejercicio, por lo que no se aprecia la vulneración aducida del derecho a la tutela judicial efectiva.

8. La recurrente, por escrito registrado el 21 de noviembre de 2008, se remitió a lo expuesto en la demanda de amparo, advirtiendo sobre el alcance de la posible estimación del amparo en relación con la resolución de fondo de la cuestión arbitral planteada.

9. Por providencia de 29 de noviembre de 2010, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de diciembre de 2010.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la Sentencia impugnada ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la entidad recurrente al desestimar la demanda interpuesta, de conformidad con el art. 22.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, contra el acuerdo

de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 3 de marzo de 2005, por el que se aprobó la Resolución de admisión de arbitraje entre Telecable Asturias, S.A.U. y Sogecable, S.A. acerca del suministro de determinados canales. En concreto, la entidad recurrente fundamenta esta vulneración en que la Sentencia impugnada ha motivado irrazonablemente el rechazo a las cuestiones planteadas respecto de la existencia de un convenio arbitral, la corrección de la designación de árbitros, el rechazo de la causa de recusación de los árbitros y la carencia de la condición profesional exigida por la Ley para el arbitraje.

2. Este Tribunal ha reiterado, en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3).

Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto que el procedimiento y el Laudo arbitral no pueden ser objeto directo de impugnación en el recurso de amparo, ya que el Tribunal Constitucional

carece de jurisdicción para su enjuiciamiento al no ser un acto referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC). De ese modo, las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sólo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo (por todas, STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 2).

Por último, y en lo referido al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), este Tribunal ha reiterado que una de las garantías incluidas en este derecho es que las resoluciones judiciales han de estar motivada (art. 120.3 CE), es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Ello implica la garantía de que la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, STC 66/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

3. En atención a lo expuesto, debe rechazarse que concurra la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) aducida por la recurrente en relación con la argumentación de la resolución judicial impugnada para desestimar que no existía un convenio arbitral.

En efecto, tal como ha quedado acreditado en las actuaciones y ha sido reflejado más ampliamente en los antecedentes, la resolución impugnada, frente al motivo de oposición de la recurrente que alegó que no existía un convenio arbitral, argumentó que había sido la

propia entidad demandante, a través del plan de actuación que presentó al Servicio de Defensa de la Competencia para su aprobación, la que aceptó las condiciones acordadas por el Consejo de Ministros para su fusión con Vía Digital, entre las que estaba el sometimiento a arbitraje, por lo que era expresa la voluntad de la recurrente en ese sentido (fundamento de Derecho décimo).

Pues bien, esta argumentación es respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ya que expresa las razones del rechazo de la pretensión de la entidad recurrente a partir de una selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales sobre la prestación de la voluntad de sometimiento a arbitraje que no resultan manifiestamente irrazonadas ni incursas en error fáctico. Además, esta argumentación tampoco ha afectado a la concreta dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción, toda vez que, excluido que en este caso el sometimiento a arbitraje haya sido impuesto por ley, la conclusión sobre la efectiva voluntad de la recurrente de que controversias como la planteada fueran resueltas por un procedimiento arbitral con renuncia a la vía judicial se ha inferido de una conducta suficientemente expresiva del ánimo de renunciar, como es el hecho de que fue una de las condiciones contenidas en el acuerdo para la operación de concentración económica y que expresamente se aceptó y desarrolló en el plan de actuación presentado por la recurrente.

4. Del mismo modo, deben rechazarse el resto de motivos alegados por la entidad recurrente para fundamentar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que tampoco cabe apreciar ningún defecto de motivación con trascendencia constitucional en la respuesta judicial obtenida para desestimar la corrección de la designación de árbitros, el rechazo de la causa de recusación

de los árbitros y la carencia de la condición profesional exigida por la Ley para el arbitraje.

En efecto, como también ha sido expuesto en los antecedentes, la resolución judicial incidió, en respuesta a la designación y cualificación de los árbitros, que el párrafo segundo de la condición vigésimo primera del acuerdo de concentración económica establecía que, en caso de no llegarse a un acuerdo sobre la designación del árbitro, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones actuaría como árbitro independiente, por lo que se ha cumplido el espíritu de la norma para el nombramiento arbitral.

Igualmente, se destaca en la resolución judicial impugnada, en cuanto a la carencia de la condición de abogados en ejercicio de los árbitros y la concurrencia de la causa de recusación, que era de aplicación la doctrina de los actos propios, ya que se trataba de un arbitraje institucional asumido voluntariamente por la recurrente, que conocía tanto que los miembros de la Comisión no tenían la condición de abogados como su carácter de organismo administrativo, señalando, además, que no concurría ninguna de las causas de recusación establecidas en la Ley de arbitraje (fundamentos de Derecho undécimo y duodécimo).

Pues bien, esta fundamentación, más allá de las posibles discrepancias que sobre la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria pueda tener la recurrente, no cabe afirmar que resulte arbitraria, al contar con una argumentación expresa en relación con cada uno de los motivos de oposición planteados, ni que sea irrazonable, al fundarse en una conexión lógica entre las premisas de las que parte y las conclusiones alcanzadas, ni tampoco que haya partido de un presupuesto fáctico incurso en error patente.

Ello determina que la demanda debe ser desestimada en su integridad y, en

consecuencia, denegado el amparo solicitado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por Sogecable S.A.

Publíquese la Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 88/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 3491-2002. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto al artículo 15.6 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria. Competencias sobre ordenación general de la economía y comercio interior: inconstitucionalidad de precepto autonómico que restringe el régimen de libertad de horarios comerciales establecido por la normativa básica estatal (STC 254/2004). («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual

Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 3491-2002, interpuesto por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra el art. 15.6 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria. Ha formulado alegaciones el Gobierno de Cantabria. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 5 de junio de 2002 el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el art. 15.6 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria, precepto redactado del modo siguiente:

«Del mismo modo, la libertad de horarios se extenderá a los establecimientos comerciales minoristas, con una superficie útil de venta y exposición no superior a dos mil quinientos metros cuadrados, que se encuentren situados en zonas de gran afluencia turística.»

2. De acuerdo con la demanda este precepto resultaría contrario a lo regulado en el art. 43 del Real Decretoley 6/2000, de 23 de junio, el cual establece, con carácter básico, un régimen de libertad de horarios para todos los establecimientos situados en «zonas de afluencia turística». En estos términos el

precepto impugnado rompería la regla establecida en la norma estatal, excluyendo de dicho régimen de libertad a determinados establecimientos de gran superficie y vulnerando con ello las bases de ordenación económica (art. 149.1.13 CE) establecidas por el Estado. Al respecto el Abogado del Estado señala, en cuanto a la distribución de competencias en materia de horarios comerciales, que la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido la posible incidencia de normas estatales básicas sobre las competencias autonómicas en materia de comercio interior y su subsector de horarios comerciales. Doctrina que ha apreciado el carácter básico de la norma estatal que establece la libertad de horarios y su encaje constitucional en el art. 149.1.13 CE (STC 225/1993, de 8 de julio, entre otras), señalando también, con cita de la STC 284/1993, de 30 de septiembre que, cuando lo previsto por el Estado con carácter básico es la libertad de horarios, no cabe desarrollo alguno por parte de la Comunidad Autónoma que pueda suponer una restricción a esa libertad.

El Abogado del Estado entiende que la doctrina expuesta, cuyo fundamento se encuentra en el establecimiento de medidas de ordenación general de la política económica nacional, es plenamente aplicable al caso, siendo además la regulación impugnada contraria al principio de unidad de mercado, pues los establecimientos comerciales afectados por la medida tendrán un horario comercial y un régimen de apertura de domingos y festivos distinto al previsto para esos mismos establecimientos en el resto del territorio nacional.

3. Por providencia de la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2002 se acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme dispone el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al Congreso de los Diputados y al

Senado, así como al Gobierno y al Parlamento de Cantabria, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que en plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. También se acordó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el de Cantabria.

4. El día 31 de julio de 2002 la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó al Tribunal Constitucional que dicha Cámara no se personaría en el proceso ni formularía alegaciones.

5. El Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, en la representación que legalmente ostenta, compareció en el proceso mediante escrito registrado el día 29 de agosto de 2002 formulando las alegaciones que, resumidamente, se recogen a continuación.

Comienza señalando que, atendiendo a los títulos competenciales en presencia, el autonómico sobre comercio interior y el estatal derivado del art. 149.1.13 CE, la Ley de Cantabria 1/2002 ha desarrollado el precepto básico estatal, art. 43 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, respetando su sentido último y sin contravenirlo, dado que el mismo parte del principio de limitación o regulación de los horarios comerciales, precisando para su efectividad un desarrollo autonómico, expresamente reconocido para el caso de las zonas de gran afluencia turística, sin que resulte admisible que la regulación estatal pretenda agotar toda la materia. Al respecto indica que el desarrollo normativo autonómico ha tenido por objeto establecer en Cantabria una determinada política comercial que evitase los excesos que podría producir una aplicación indiscriminada de los preceptos estatales básicos que precisan de desarrollo y concreción por parte de las Comunidades Autónomas. En tal sentido

el Letrado del Gobierno de Cantabria sostiene que el precepto impugnado desarrolla la norma básica estatal partiendo del sentido último y de la finalidad de ésta, que no es otra que la de facilitar la compra por parte de los turistas. Por ello la norma estatal no puede ser interpretada en el sentido de que en determinadas zonas rige la libertad de horarios con independencia del tipo de establecimiento de que se trate, sino que, por su naturaleza básica, es susceptible de ser interpretada o aclarada en el sentido de determinar los tipos de establecimientos que tendrán libertad de horarios en las zonas de gran afluencia turística. La norma autonómica, atendiendo a la finalidad perseguida por la base estatal, ha limitado la libertad de horarios a favor de aquellos establecimientos cuya área de influencia sea la propia de la zona a la que la Ley se refiere, excluyendo a los grandes establecimientos comerciales, cuya influencia supera con mucho las zonas en las que el Real Decreto-ley 6/2000 quiere establecer la libertad de horarios. De otro modo el efecto de la libertad de horarios de apertura se extendería a toda la zona de influencia de la gran superficie comercial, con la consiguiente perturbación en la ordenación del comercio autonómico.

Asimismo la representación procesal del Gobierno de Cantabria recalca que la propia legislación básica en materia de horarios comerciales otorga expresamente a las Comunidades Autónomas un amplio margen para su desarrollo, lo que les habilita para establecer límites geográficos y temporales a la libertad de horarios en las zonas de gran afluencia turística, habilitación que, en el caso de Cantabria, se ha traducido en una determinación de dichas zonas realizada sobre la base municipal, lo que justifica la exclusión de los grandes establecimientos, pues éstos tienen una zona de influencia superior a la del municipio. Finalmente el Letrado autonómico rechaza que sea de

aplicación la doctrina constitucional invocada en el recurso, por cuanto la relativa a horarios comerciales se refiere a una norma estatal que establecía el principio de libertad de horario para los locales comerciales, cosa que no sucede con el art. 43 del Real Decreto-ley 6/2000. Tampoco entiende de aplicación la doctrina de la STC 96/2002, de 25 de abril, invocada por el Abogado del Estado, pues, a su juicio, resulta fuera de toda duda el hecho de que el precepto impugnado no es susceptible de quebrar la unidad del mercado nacional, sino que, por el contrario, pretende evitar injustificadas diferencias de trato tanto entre los grandes establecimientos comerciales de Cantabria como entre éstos y el comercio minorista.

6. La Presidenta del Senado, mediante escrito registrado el día 13 de septiembre de 2002, comunicó que la Cámara se personaba en el proceso, ofreciendo su colaboración.

7. El Pleno de este Tribunal, mediante providencia de 8 de junio de 2009, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir el conocimiento del presente recurso a la Sala Segunda, a la que, por turno objetivo, le ha correspondido. Y señaló de aplicación la doctrina contenida en las SSTC 225/1993, de 8 de julio; 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio; 284/1993, de 30 de septiembre; 124/2003, de 19 de junio; 254/2004, de 22 de diciembre; y 164/2006, de 24 de mayo.

8. Por providencia de 11 de noviembre de 2010 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente proceso constitucional ha de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Presidente del Gobierno, contra el art. 15.6 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria, precepto que presenta la siguiente redacción:

«Del mismo modo, la libertad de horarios se extenderá a los establecimientos comerciales minoristas, con una superficie útil de venta y exposición no superior a dos mil quinientos metros cuadrados, que se encuentren situados en zonas de gran afluencia turística.»

Como ha quedado recogido en los antecedentes, el Abogado del Estado entiende que la exclusión de determinado tipo de establecimientos, en concreto los que tengan una superficie útil de venta y exposición superior a dos mil quinientos metros cuadrados, de la libertad de horarios proclamada por la norma básica estatal para los situados en las zonas de gran afluencia turística en el primer párrafo del art. 43.3 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, vulnera las competencias del Estado establecidas en el art. 149.1.13 CE, a cuyo amparo se ha dictado la normativa estatal en materia de horarios comerciales. El Letrado del Gobierno de Cantabria se opone a las anteriores consideraciones estimando que el precepto impugnado constituye un desarrollo acorde con la finalidad última perseguida por la base estatal en la materia, que sería la de favorecer que los turistas puedan adquirir bienes en las citadas zonas, por cuanto el reconocimiento de la libertad de horarios a los grandes establecimientos comerciales implicaría que dicha libertad se

extendería más allá de las zonas de gran afluencia turística, dada la extensión del ámbito de influencia de este tipo de establecimientos.

2. Una vez expuestas las distintas posiciones de las partes que han comparecido en este proceso procede que encuadremos el precepto cuestionado en la materia que le sea propia, dentro del sistema de distribución de competencias que se contiene en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Cantabria, aprobado por Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre. Al respecto es claro que el precepto impugnado afecta a materia que se integra sin dificultad en el ámbito del «comercio interior», pues es indudable que el régimen de horarios comerciales pertenece a la citada materia (por todas, STC 164/2006, de 24 de mayo, y doctrina allí citada). Materia sobre la que la Comunidad Autónoma de Cantabria ostenta competencia exclusiva, según el artículo 24.1.13 de su Estatuto (Ley Orgánica 8/1981, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre) en los términos y con los límites allí establecidos.

Asimismo también en relación con la citada materia es posible que incidan competencias estatales y en tal sentido indicamos en la STC 254/2004, de 22 de diciembre, FJ 7 que:

«a partir de este encuadramiento material hemos dicho en la STC 284/1993, de 30 de septiembre, que sobre el comercio interior pueden incidir las competencias básicas del Estado previstas en el art. 149.1.13 CE, si bien cada Comunidad Autónoma, dentro de su ámbito territorial, podrá ejercer las competencias de desarrollo normativo y/o ejecución, según lo establecido en el respectivo Estatuto en materia de comercio interior [STC 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 4.a), con remisión a la STC 225/1993, de 8 de julio].»

3. Encuadrada del modo expuesto la cuestión controvertida debemos advertir, antes de comenzar el enjuiciamiento del precepto impugnado, que durante la pendencia del presente proceso constitucional la numeración del apartado 6 impugnado ha sido modificada por el art. 1.2 de la Ley del Parlamento de Cantabria 7/2004, de 27 de diciembre, de medidas administrativas y fiscales, si bien tal modificación resulta irrelevante a los efectos de la resolución de este recurso de inconstitucionalidad, pues el precepto impugnado ha mantenido invariable su redacción, consistiendo la única variación en que ha pasado a ser el apartado 5 de ese mismo art. 15 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002.

También las previsiones básicas que el Abogado del Estado entendía vulneradas, el art. 43 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, han sido formalmente sustituidas por las establecidas en la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, que dedica a esta cuestión su art. 5, «Establecimientos con régimen especial de horarios», en especial sus apartados 1 y 5, estableciendo una regulación materialmente coincidente con la que el Abogado del Estado reputó vulnerada en el momento de interponer el presente recurso de inconstitucionalidad, la cual, a su vez, no era sino reproducción de la contenida en el art. 3 de la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y en el mismo precepto del anterior Real Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre, por el que se establecen las bases para la regulación de horarios comerciales.

Así pues será el art. 5.1 de la Ley 1/2004 el precepto que, formalmente y conforme a nuestra doctrina (por todas STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 9), deberemos tener en cuenta como parámetro de enjuiciamiento de la adecuación del precepto impugnado al orden constitucional de

distribución de competencias, sin perjuicio de señalar su total identidad material con la norma en vigor en el momento de iniciarse el presente proceso constitucional. El referido art. 5.1 de la Ley 1/2004 dispone que, entre otros establecimientos comerciales, los instalados en zonas de gran afluencia turística tendrán plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional. Por su parte el art. 5.5 prescribe que la determinación de zonas turísticas a las que se refiere el art. 5.1, así como los períodos a que se circunscribe la aplicación de la libertad de apertura en ellas, corresponderá a cada Comunidad Autónoma para su respectivo ámbito territorial. Ambos preceptos se proclaman dictados «en ejercicio de las competencias exclusivas del Estado en materia de bases y ordenación de la economía, reconocidas en el art. 149.1.13 CE y con el respeto a las competencias en materia de comercio interior de las Comunidades Autónomas», tal como reza su disposición final primera.

4. Asimismo el examen del ahora vigente art. 15.5 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002 habrá necesariamente de realizarse teniendo en cuenta que la cuestión que se suscita en el presente proceso es, como ya se ha dicho, la de si el precepto autonómico cuestionado puede ser entendido como un desarrollo de las bases estatales compatible con ellas o, por el contrario, ha de considerarse que no ha respetado tal normativa básica estatal, resultando vulnerador del orden constitucional de distribución de competencias. La eventual vulneración de la normativa básica determinará que nos encontremos ante un supuesto de lo que hemos denominado (STC 166/2002, de 18 de septiembre, FJ 3) una inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, puesto que la normativa autonómica será contraria al orden de distribución de competencias por infringir la

normativa estatal básica, lo que exigirá, además de apreciar que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, es efectiva e insalvable por vía interpretativa, comprobar que la norma estatal que se propone como canon de constitucionalidad tiene ese proclamado carácter básico atendiendo a las competencias que corresponden al Estado, puesto que la disposición autonómica únicamente vulnerará el orden constitucional de distribución de competencias cuando el propio precepto estatal es respetuoso con dicho orden.

5. Resulta obvio que el apartado 1 del art. 5 de la Ley estatal 1/2004 ha de considerarse formalmente básico, pues como tal es declarado en la disposición final primera de la Ley estatal 1/2004, la cual entiende que la totalidad de las previsiones de la citada norma legal se encuentran amparadas por las competencias reconocidas al Estado por el art. 149.1.13 CE.

Por otra parte, en relación a su carácter materialmente básico, hemos de apreciar que la Ley estatal 1/2004 establece un régimen mínimo de regulación en materia de horarios comerciales dentro del cual las Comunidades Autónomas pueden optar por grados superiores de liberalización. Así tiene en su conjunto por finalidad la fijación de las bases de la regulación de los horarios comerciales, aspecto éste particularmente relevante en la ordenación de la actividad comercial minorista, rama o sector de la economía nacional respecto a la cual el Estado puede, conforme a nuestra doctrina, establecer medidas básicas en cuanto lo requiera la adecuada ordenación de la actividad económica. Dichas medidas, integradas en una acción legislativa que persigue un objetivo general de política económica por su incidencia en el sector de la distribución, consisten en la combinación de un régimen limitativo de los horarios comerciales con el reconocimiento, como especialidad, de la proclamación de la

libertad de horarios para determinados tipos de establecimientos comerciales en razón de su actividad o ubicación, entre los que se encuentran los situados en las denominadas zonas de gran afluencia turística. En este caso se trata de una opción que, por su carácter de excepción al régimen general en materia de horarios comerciales, precisa de una decisión unitaria y homogénea para el conjunto del Estado, aun cuando la misma se haya formulado con carácter abierto, de forma que su plasmación concreta precisa de las decisiones que al efecto adopte la Comunidad Autónoma en cuanto titular de las competencias sobre comercio interior. En tal sentido, como medida singular de ordenación económica en un contexto de intervención administrativa en cuanto a la determinación de los días y horas hábiles para el ejercicio del comercio, el Estado ha establecido el principio de libertad de horarios en estas zonas, coonestando los intereses particulares y sectoriales de los empresarios y comerciantes y de los consumidores, en atención a la trascendencia que para la actividad económica en general y la comercial en particular puede tener, en cuanto estímulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dichas zonas, la afluencia en ellas de turistas.

Igualmente es preciso resaltar que no se vacía aquí de contenido el título competencial autonómico en materia de comercio interior, por cuanto la base estatal no agota toda la normación ni monopoliza toda actuación pública posible sobre la materia, sino que se limita a establecer que la libertad horaria en esas zonas, con el alcance geográfico y temporal derivado de la previa decisión autonómica (art. 5.5 de la Ley estatal 1/2004), se aplicará a todo tipo de establecimientos. Así pues, en el presente caso, la norma estatal ha establecido una regla general: la libertad de las empresas para la fijación de los horarios de sus establecimientos si los mismos se hallan en zonas calificadas

por la Comunidad Autónoma como de gran afluencia turística. Y, en la medida en que su contenido es un régimen de libertad de actividades, resulta obvio que dicho precepto no requiere, en ese punto, ulteriores desarrollos o matizaciones. Ahora bien, lo anterior no significa que se haya producido un desplazamiento absoluto de la competencia autonómica, pues no puede obviarse que, aun cuando la misma se haya reducido en este concreto punto, posee un ámbito mucho más extenso que el estrictamente referido a él. La base estatal requiere de la actuación autonómica, de forma que la uniformidad mínima inherente a toda norma básica no vacía ni predetermina por sí sola la competencia autonómica, por cuanto es a la propia Comunidad Autónoma a la que corresponde precisar las zonas en las que, por ser calificadas como de gran afluencia turística, es aplicable la libertad horaria, por lo que la existencia de ésta se vincula a las decisiones autonómicas relativas a la determinación de las zonas de su territorio que, a efectos comerciales, hayan de ser consideradas como tales zonas de gran afluencia turística y a los períodos de tiempo a que dicha libertad horaria quedará circunscrita. Ambas circunstancias están previstas en la propia legislación cántabra (primer párrafo del vigente art. 15.6 de la propia Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002) que, conforme a lo expuesto, disfruta de un margen de desarrollo de la normativa básica para el establecimiento de una política propia en la materia en el marco definido por la base estatal, la cual, en todo caso, impide que se discrimine entre tipos de establecimientos en función de su superficie. Todo ello es conforme con el reiterado criterio de este Tribunal Constitucional respecto a la articulación de las bases y su desarrollo como esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a fin de permitir que cada Ente Autonómico introduzca las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competen-

cial que en la materia diseñe el bloque de la constitucionalidad.

Por lo tanto el apartado 1 del art. 5 de la Ley estatal 1/2004, en cuanto establece la libertad de horarios para los establecimientos situados en zonas de gran afluencia turística, ha de considerarse una norma básica legítimamente dictada al amparo del art. 149.1.13 CE.

6. Partiendo de lo hasta aquí advertido basta la simple comparación del contenido de ambos preceptos legales para poner de manifiesto que el actual art. 15.5 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002 ha incurrido en contradicción con lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley estatal 1/2004, pues resulta claro que el primero restringe la libertad de horarios en zonas de gran afluencia turística a los establecimientos comerciales minoristas cuya superficie útil de venta y exposición supere dos mil quinientos metros cuadrados, limitación no contenida en la legislación básica estatal en materia de horarios comerciales. Dicha previsión implica establecer restricciones al régimen de libertad de horarios no previstas por la normativa básica estatal, la cual no hace distinciones en función de la mayor o menor superficie del establecimiento comercial. Lo anterior supone, por tanto, un exceso del legislador autonómico en el ejercicio de su competencia estatutaria en materia de comercio interior, lo que ha de conllevar, en este punto, la declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal recurrida por contravenir el orden constitucional de distribución de competencias.

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 presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nulo el inciso «con una superficie útil de venta y exposición no superior a dos mil quinientos metros cuadrados» del art. 15.5 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria, en la redacción dada al mismo por el art. 1.2 de la Ley del Parlamento de Cantabria 7/2004, de 27 de diciembre, de medidas administrativas y fiscales.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 89/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 7948-2005. Promovido por don Félix Martín Badiola frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Madrid que le condenaron por un delito de injurias graves con publicidad. Vulneración del derecho a la libertad de expresión: condena por las críticas dirigidas contra un Alcalde, formuladas en época electoral y referidas al ejercicio de sus funciones públicas. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7948-2005, promovido por don Félix Martín Badiola, representado por el Procurador don Víctor Enrique Mardomingo Herrero, y asistido por el Letrado Juan Luis Figueredo Alonso, contra la Sentencia núm. 831/2005, de 27 de julio, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo de apelación núm. 209-2005) que confirmaba la Sentencia núm. 1/2005 de 12 de enero, del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid (juicio oral núm. 332-2004), que le condenaba como autor de un delito de injurias graves con publicidad. Ha intervenido Don Pablo Jorge Herrero, representado por la Procuradora doña Carmen García Rubio y asistido por el Letrado don Manuel Fuentenebro Sanz. Ha sido parte el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de noviembre de 2005 se interpuso por la representación de don Félix Martín Badiola recurso de amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1. CE) y del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a. CE), contra la Sentencia núm. 1/2005, de 12 de enero, del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid que le condenaba como autor un delito de injurias graves con publicidad, confirmada en apelación por la Sentencia núm. 831/2005, de 27 de julio, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los antecedentes fácticos de este procedimiento son los siguientes:

a) El recurrente colocó, en noviembre de 2002, en su establecimiento de Navacerrada, diversos carteles, consistentes en

fotocopias y recortes de noticias de prensa, referidos a las relaciones litigiosas que mantenía con el Alcalde de la localidad, don Pablo Jorge Herrero, en uno de los cuales le imputaba «la concesión de licencias urbanísticas irregulares», «adjudicación de un puesto de recaudador municipal a un amigo personal» y «obstrucción a la justicia en la persecución de dichas infracciones».

Los hechos fueron objeto de querrela por el Alcalde, dando lugar a diligencias previas núm. 289-2003 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Colmenar Viejo, desembocando en el procedimiento abreviado núm. 332-2004, cuyo enjuiciamiento correspondió al Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid, ante el cual el Ministerio Fiscal interesó la condena por delito de calumnias (acusación modificada en el plenario por la de injurias graves con publicidad), mientras que la acusación particular calificó por un delito de calumnias y otro de injurias; teniendo lugar el juicio el día 30 de noviembre de 2004, y continuando, ante la incomparecencia de un testigo (el querellante), el 21 de diciembre de 2004.

En Sentencia de 12 de enero de 2005 del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid, se declaraban como hechos probados que:

«en el mes de noviembre de 2002 Félix Martín Badiola, ...colocó en el establecimiento EL SEGOVIANO, ...del Puerto de Navacerrada, una serie de escritos referidos al Alcalde de la localidad... Igualmente colocó un pasquín en el que se recogía el siguiente texto: El Sr. D. Pablo Jorge Guerrero, Alcalde de la Villa de Navacerrada, por el Partido Popular, se burla de la justicia. Esta afirmación no es una opinión personal, sino una consecuencia de sus actuaciones como alcalde.

Como muestra exponemos algunas de las más brillantes:

– Conceder licencias de obras a proyectos que incumplen de manera manifiesta las ordenanzas urbanísticas municipales.

– Reanudar la construcción de una obra parada por el Juzgado n.º 3 de Colmenar Viejo.

– Favorecer descaradamente los intereses de sus amigos y de un empleado municipal, antes cabo de la policía municipal y ahora en excedencia, cobrador de impuestos municipales, amigo personal del alcalde y propietario del edificio denunciado, D. Santiago Pérez Rubio.

– Conseguir que la Juez y la Fiscal del Juzgado n.º 1 de Colmenar Viejo no encuentren en estas conductas ni agravio ni delito por parte del alcalde.

De todo ello podríamos deducir que este Alcalde tiene un gran poder, que se sitúa por encima de la justicia. Pero mis vecinos, mi familia y yo creemos firmemente y afirmamos que la justicia está por encima del Alcalde, de sus intereses y de los de sus amigos. La justicia existe para ser respetada y sus normas cumplidas por todos los ciudadanos incluyendo el Sr. Alcalde de la Villa de Navacerrada»

La referida Sentencia justificaba la inexistencia del delito de calumnia (por la ausencia de animus infamandi), considerando los referidos hechos constitutivos de injurias (no obstante «el ánimo de opinión particular del querellado»), apreciando la autoría del Sr. Martín Badiola, imponiéndole por los escarnios graves con publicidad la pena mínima, así como 3000 € de indemnización, y costas.

b) La Sentencia reseñada fue recurrida por el Sr. Martín Badiola, alegando infracción de precepto constitucional (libertad de expresión), infracción de ley (celebración injustificada del juicio en varias sesiones, inadmisión de la exceptio

veritatis, desproporción de la cuota de multa, desmesurado importe de la indemnización e indebida imposición de costas), y error de la en la apreciación de la prueba (indebida apreciación de la documental); siendo desestimado el recurso y confirmada la condena en instancia, en Sentencia núm. 831/2005 de 27 de julio, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, que no consideraba los hechos amparables en la libertad de expresión (sic.) «al tratarse de una persona con relevancia pública, como es un alcalde, en época de elecciones municipales», «atendiendo al contenido del pasquín que imputaba claramente hechos, y estaba expuesto al público dentro del establecimiento», «que revela una intención clara de difamar», «excediendo del derecho a la crítica y siendo claramente atentatorio para la honorabilidad de personas con relevancia pública».

2. El recurso de amparo interpuesto por la representación del Sr. Martín Badiola se funda en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ante la negativa del Juez, en la vista del juicio a que se acreditase la veracidad de las imputaciones formuladas; circunstancia que habría coartado el ejercicio del derecho de defensa del letrado, y habría generado un error patente, al haber declarado que la cuestión de la veracidad «debía ser objeto de un pleito civil, sobre la cual el juzgador no debía pronunciarse». Igualmente, considera reproducido dicho error por la Audiencia, cuando al analizar la prueba practicada en el juicio dijo que el recurrente, no protestó la inadmisión de las pruebas.

Por otra parte, consideraba lesionado el derecho fundamental a la libertad de expresión e información, puesto que de una y otra Sentencia se acabaría extrayendo, erróneamente, que «en época de elecciones municipales no existiría un derecho a la crítica de los candidatos, o cargos públicos». Además, el recurrente,

al haber exhibido en su local noticias periodísticas, habría sido ‘mero instrumento de difusión de la libertad de información’, no pudiendo haber faltado a la verdad. Asimismo, consideraba el recurrente que el Sr. Martín Badiola actuó en el ejercicio legítimo su libertad de expresión, criticando a una persona de relevancia pública y política que –en consecuencia– tiene el deber de soportar dicha censura.

Concluye solicitando que se otorgue el amparo por vulneración de la libertad de expresión, anulando ambas sentencias (la del Juzgado de lo Penal condenatoria, y la de la Audiencia que la confirma en apelación), y que se le absuelva del delito.

3. Mediante providencia de la Sección Cuarta, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 29 de abril de 2008, se acordó, conforme al antiguo art. 50. 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (anterior a la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo), dar traslado al Ministerio Fiscal y al recurrente para alegaciones sobre la admisibilidad del recurso.

En escrito registrado el 27 de junio 2008 el Fiscal ante el Tribunal Constitucional considera que la primera invocación del derecho fundamental a la tutela judicial, ha de ser residenciada en el derecho a emplear todos los medios de prueba pertinentes en la defensa (art. 24.2 CE), recordando la doctrina del Tribunal al respecto (derecho limitado; requiriendo que la prueba sea decisiva; que su omisión no sea imputable a la parte; y que se genere efectiva indefensión), para concluir que, en el presente caso, el recurrente no formuló la protesta oportuna respecto de la denegación de la prueba en el acto del juicio.

Respecto de la queja de vulneración de la libertad de expresión e información, tras recordar la doctrina del Tribunal (necesidad de afrontar el enjuiciamiento del

animus iniuriandi con la perspectiva del derecho fundamental), divide la queja en dos fragmentos: una parte afectaría a los recortes periodísticos, que están incardinados en la libertad de información, respecto de la cual prevalece el criterio de la veracidad, la cual se intentó acreditar por el recurrente, sin perjuicio de que se tratarse de un personaje de carácter público-político. Y otra parte correspondía al texto confeccionado por el recurrente, que se enmarcaría en el ámbito de la libertad de expresión, respecto de la cual operaría una causa de exclusión de la antijuricidad, o al menos la causa de justificación, por lo que, aunque se hubiere apreciado animus iniuriandi en las resoluciones recurridas, habría concurrido una causa de justificación, del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión. Añade el Fiscal que las expresiones utilizadas se limitaban a denunciar actuaciones consideradas desviadas, las cuales no pueden ser calificadas como objetivamente insultantes, sin perjuicio de su veracidad. Por todo ello, estimaba el representante del Ministerio Público que el recurso de amparo tenía contenido constitucional, y debía ser admitido.

4. Mediante providencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 29 septiembre de 2008, se admitió a trámite la demanda presentada, recabando las actuaciones del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid y de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de la capital, con emplazamiento de los interesados; reiterando en diligencia de 10 de marzo de 2009 aquel oficio al Juzgado de Ejecutorias Penales núm. 12 de Madrid.

En escrito presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el 14 de abril de 2009 se personó la representación de don Pablo Jorge Herrero. Por diligencia de ordenación de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 8 de mayo de 2009, se dio vista de las ac-

tuciones a las partes personadas, por veinte días, para alegaciones.

5. Por medio de escrito registrado el 28 de mayo de 2009 el Fiscal ante el Tribunal Constitucional formuló alegaciones, dando por reproducido el informe emitido en fase de admisión, interesando el otorgamiento del amparo «por vulneración del derecho fundamental a la libertad de información (art. 20.1 d. CE)».

6. En escrito registrado el 29 de mayo de 2009 la representación don Pablo Jorge Herrero excepcionó, primero, la confusa redacción de la demanda de amparo, invocando indistintamente la tutela judicial efectiva y la libertad de expresión, y formulando una ininteligible petición, al suplicar la nulidad de las Sentencias pero con retroacción de actuaciones y repetición del juicio. Y segundo, la inexactitud de los antecedentes relatados por el recurrente –con mala fe, dice–, al no coincidir con los hechos declarados probados en el procedimiento, ni en la Sentencia, ya que la condena «no fue por colocar en su local noticias aparecidas en periódicos», sino «por plantar un panfleto con expresiones propias injuriosas». Además, la representación del Sr. Herrero considera que no hubo vulneración del derecho de defensa, ya que la inadmisión de las preguntas del Letrado de la defensa (encaminadas a acreditar la veracidad de los hechos) estaba justificada, al tratarse de un delito de injurias, en el que no cabe excepción de veracidad, y porque las expresiones empleadas eran claramente ofensivas, no generando indefensión la denegación.

Además, insiste la representación del Sr. Herrero en que cualquier excepción de veracidad resultaba irrelevante, puesto que no se enjuiciaban «las informaciones colgadas en el establecimiento», sino «las expresiones objetivamente ofensivas».

Finalmente, –dice– tampoco debía apreciarse lesión del derecho a la libertad de expresión, puesto que la condena se

sustentó en la propia expresión del Sr. Martín Badiola (y no en las informaciones reproducidas), la cual, si bien no fue considerada calumniosa (por no concurrir elemento subjetivo de «conocimiento de la falsedad de los hechos»), sí fue sancionada como injuria (en cuanto que las frases eran objetivamente vejatorias).

7. En su escrito la representación del Sr. Martín Badiola recibido el 9 de junio de 2009, éste se ratificó en la demanda, reiterando –nuevamente– los antecedentes litigiosos existentes entre el condenado y el querellante; narrando las ulteriores consecuencias del conflicto; insistiendo en que lo que pretendió fue dar a conocer a sus convecinos, en época de elecciones, la injusticia que el edil estaba cometiendo con él (y contra su propiedad), todo ello con un claro sentido de ‘crítica al político’. Concluía el Sr. Martín Badiola solicitando el otorgamiento del amparo por lesión de la libertad de expresión, y la anulación de ambas resoluciones condenatorias.

8. Por providencia de 11 de noviembre de 2010, se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia, el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la Sentencia núm. 1/2005, de 12 de enero, del Juzgado Penal núm. 25 de Madrid, que condenaba al recurrente como autor de un delito de injurias graves con publicidad, confirmada en apelación por la Sentencia núm. 831/2005, de 27 de julio, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, ha lesionado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión, y la libertad de expresión e información del recurrente.

El representante del Ministerio Fiscal considera, primero, que el derecho invocado bajo la rúbrica de la tutela judicial efectiva es realmente el derecho a emplear todos los medios de prueba pertinentes en la defensa, respecto del cual no se ha producido lesión, por la falta de pronta invocación y de oposición tempestiva, en el recurso apelación. Por el contrario considera producida la lesión, no de la libertad de expresión, sino de la libertad de información, en cuanto que gran parte de los panfletos exhibidos eran meras copias de artículos de prensa, respecto de los cuales el recurrente tenía la convicción de que eran auténticos y veraces; sin perjuicio de que, además, el querellante fuere una persona pública, que ejercía cargo público, a quien le resulta exigible soportar dichas críticas mientras no resultasen insultantes.

La representación procesal del Sr. Herrero considera que el recurrente ha sido inexacto en la narración de los hechos en su demanda de amparo. Estima que no procedería el mismo porque la condena penal no se basó en los artículos periodísticos colgados en el establecimiento, sino en las propias expresiones introducidas por el querellado en el cartel, objetivamente injuriosas, respecto de las cuales no cabía excepción de veracidad alguna. Añade que tampoco se produjo queja o protesta por el recurrente respecto de la negativa probatoria, por lo que nunca procedería estimar la indefensión.

2. Debemos comenzar por el estudio de la queja cuya estimación determine una simple retroacción de actuaciones (por todas STC 182/2009, de 7 de septiembre, FJ 3); esto es, por la lesión material derivada de la denegación de preguntas (y alegaciones) del Letrado de la defensa sobre el testigo Sr. Herrero acerca de la veracidad de la ilicitud de las obras colindantes, autorizadas por el Ayuntamiento, origen de todas las desavenencias.

Dicha queja ha sido articulada por el recurrente como una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión (art. 24.1 CE), lo cual resulta inexacto [y ello podría motivar una inadmisión del recurso, conforme a nuestra doctrina de la «proscripción de reconstrucción de oficio de las demandas de amparo» (por todas STC 203/2007, de 24 de septiembre, FJ 1)], ya que se trata –más bien– del adecuado ejercicio del derecho de defensa, en relación con el derecho a emplear todos los medios de prueba pertinentes en la misma (art. 24.2 CE), como apuntó el Ministerio público en su informe de 27 de junio de 2008.

Por ello debemos proceder al estudio de la referida queja de lesión del derecho de defensa, que en numerosas ocasiones (SSTC 169/1996 de 29 de octubre, FJ 8; 26/2000 de 31 de enero, FJ 2; 33/2003 de 13 de febrero, FJ 9; o 30/2007, de 12 de febrero, FJ 2) hemos reconducido a la vulneración del derecho a emplear todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, en la vertiente de denegación de un medio de prueba. Al respecto, en este caso, debemos analizar la relevancia constitucional, desde el punto de vista del derecho de defensa, de la negativa a la práctica de la testifical en la forma deseada; precisando que tanto la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación (fundamento jurídico primero de la Sentencia núm. 831/2005) como el Ministerio Fiscal y la representación del Sr. Guerrero en el presente recurso de amparo incurrieron en un desliz evidente al oponer la «falta de protesta tempestiva» de la negativa, ni en el acto de la vista, ni en el escrito de apelación. Un elemental repaso de las actuaciones permite verificar (folios 268 y 269 de los autos) que en la continuación del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid, que tuvo lugar el 21 de diciembre del año 2004, cuando el Letrado de la defensa trató de interrogar al testigo Sr. don Pablo Jorge Herrero sobre las im-

putaciones que le había achacado el Sr. Martín Badiola, el Juez declaró dichas preguntas impertinentes hasta en tres ocasiones, con la correspondiente protesta por parte del Letrado. Y, a continuación, en la primera alegación del recurso de apelación formulado por la defensa del Sr. Martín Badiola (folio 2 de dicho recurso de apelación) protestó, de nuevo, dicha negativa del Juez.

Sin embargo la recta resolución constitucional de esta cuestión debe hacerse partiendo de tres postulados sobre nuestra doctrina del derecho a emplear los medios de defensa (art. 24.2 CE): Primero, que el derecho a la prueba pertinente exige «a) que la denegación e inejecución sea imputable al órgano judicial; y b) que la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa» (por todas STC 30/2007, de 12 de febrero, FJ 2). Segundo, «que la prueba denegada debe ser decisiva en términos de defensa, significa que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución ... carga de la argumentación [que] se traduce en la doble exigencia, de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa, ... puesto que el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan gene-

rado una real y efectiva indefensión» (STC 121/2009, de 18 de mayo, FJ 2). Y tercero, que «está excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan» (STC 160/2009 de 29 de junio, FJ 4).

Ello nos lleva a concluir que en este caso, a pesar de que el recurrente protestó e impugnó en apelación la denegación de las preguntas al testigo, sin embargo no ha expuesto en su recurso de amparo (incumpliendo con la carga alegatoria que le correspondía, ex SSTC 66/2007, de 27 de marzo, FJ 5, y 71/2008, de 23 de junio, FJ 4) cómo las preguntas que había formulado al testigo habrían resultado determinantes a efectos de un fallo absolutorio para él. Y además la alegación de que se le ha impedido el recto ejercicio de la «excepción de veracidad» en el juicio (cfr. ATC 340/1982 de 10 de noviembre FJ 2), se ha encauzado por el recurrente en relación con las informaciones periodísticas reproducidas en el aviso, cuando en realidad –como se puntualiza en el fundamento jurídico de la Sentencia– resultó condenado por las injurias derivadas de las expresiones propias introducidas por él, y no por dichas informaciones periodísticas copiadas.

Por ello debemos desestimar la queja al no haberse acreditado por el recurrente la relevancia de la indefensión que alega.

3. Desechada la anterior infracción constitucional, debemos examinar la invocada vulneración del derecho a la libertad de expresión e información [art. 20.1.a) y d) CE], comenzando por observar, en línea con nuestra doctrina (por todas SSTC 42/1995 de 13 febrero, FJ 1, y 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2, sobre la delimitación de las libertades en juego: expresión, información,

en relación con el derecho al honor), con lo apuntado por el Ministerio Fiscal y con los hechos declarados probados en las Sentencias recurridas, que entre los mensajes colocados en el establecimiento se diferenciaban, unos, que hacían referencia a noticias de prensa fotocopiadas y otro que era un impreso de autoría del recurrente en el que imputaba al edil «la concesión de licencias urbanísticas irregulares», «adjudicación de un puesto de recaudador municipal a un amigo personal» y «obstrucción a la justicia en la persecución de dichas infracciones».

De ello se extrae que las noticias de prensa, aunque fueren meros facsímiles, se enmarcaban en el ámbito del derecho fundamental a la información [art. 20.1.d) CE], y quedaron excluidas de la tipicidad penal y sanción por injurias, por el propio Juzgador, lo que –sin perjuicio de la concurrencia de causa de justificación (por todas STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 3)– nos dispensa de su análisis.

Por el contrario las expresiones y opiniones del recurrente sobre el Alcalde de la población que fueron objeto de sanción, quedaron encuadradas en el ámbito de los pensamientos y juicios de valor, esto es, de la libertad de expresión y difusión de pensamientos, y opiniones [art. 20.1.a) CE], respecto del cual hemos apreciado que «dispone de un campo de acción muy amplio (STC 107/1988), que viene delimitado sólo por la ausencia de expresiones intrínsecamente vejatorias, que resulten impertinentes e innecesarias para su exposición» (STC 56/2008, de 14 de abril, FJ 5) «o carentes de interés público» (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2). Así pues, el juez penal ha de atenerse a esta amplitud de la protección constitucional, para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (STC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8;

STEDH, Caso Castells, 23 de abril de 1992, § 46).

En el presente caso, en relación con la conducta del Sr. Martín Badiola, éste opuso el «legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión», lo cual nos debe llevar (como exige nuestra doctrina STC 127/2004 de 19 julio, FJ 2, y todas las allí citadas) a analizar previamente si el Juez de lo Penal (y en su caso la Audiencia, STC 158/2009, de 25 de junio, FJ 1) ponderaron «como cuestión previa a la aplicación del tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1.a) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta», dado que «es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito, de manera que la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible» (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3). En definitiva, en casos de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor «el enjuiciamiento por parte de este Tribunal no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el art. 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados, determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea

preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales» (por todas, STC 158/2009, de 25 de junio).

Al respecto basta una lectura del fundamento jurídico primero de la impugnada Sentencia núm. 1/2005 del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid, para apreciar que este Juzgado incumplió dicha ponderación acerca de los derechos y libertades fundamentales en juego. Por contra, la Sentencia núm. 831/2005 de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, sí ensayaba en su fundamento jurídico tercero dicha consideración, pero lo hizo de manera insuficiente, respecto de la motivación exigible en los supuestos en los que están en juego las libertades y derechos fundamentales del art. 20.1 CE, y de forma limitada respecto de la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional.

Asimismo, y en concreto, se argumenta por la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, en el fundamento jurídico tercero, como motivo para apreciar la existencia del delito que (sic.) «nos encontramos ante una persona de la relevancia pública del alcalde, en época de elecciones», pero lejos de ponderar los hechos declarados probados y las circunstancias concurrentes en los mismos (antecedentes de relaciones vecinales litigiosas, procedimientos judiciales existentes a la fecha, entidad de las frases, locuciones o calificativos, finalidad perseguida, lugar privado en el que se divulgaba, trascendencia pública efectiva, destinatario o destinatarios, época de comisión de los hechos, etc.), se limitó a calificarlas apodícticamente de «apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios» que por recaer sobre el Alcalde (figura pública), en periodo electoral, eran constitutivas de injurias. Ciertamente, dicho juicio resulta contradicho por la mayor

tolerabilidad, o deber de resistencia a la crítica, exigible a los personajes públicos, por la vinculación de las expresiones con la finalidad de corrección, y por el mero análisis sintáctico y semántico de las empleadas.

Si lo que se pretendía por parte del Sr. Martín Badiola (y así lo recoge la Sentencia de instancia en su fundamento jurídico primero) era documentar la crítica al Alcalde por las decisiones que había adoptado, que afectaban al recurrente, tomadas en el ejercicio de sus funciones y estando en periodo electoral, resulta indiscutible concluir que –en este caso– el recurrente actuaba en el marco de la censura a un cargo público, por sus funciones públicas, en el que las expresiones, para ser penalmente sancionables, tendrían que haber sido «gratuitas» y «claramente vejatorias»; no resultando así, ni tan siquiera calificables de «graves», como en los casos de las SSTC 216/2006, de 3 de julio, 51/2008, de 14 de abril, o 56/2008, de 14 de abril procede la estimación de la queja, y el otorgamiento del amparo por lesión del derecho a la libertad de expresión del art. 20.1.a) CE.

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, presentado por don Félix Martín Badiola y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerados su derecho a la libertad de expresión y difusión libre de pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1.a) CE].

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia núm. 831/2005 de 27 de julio, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Pro-

vincial de Madrid y la de la Sentencia núm. 1/2005, de 12 de enero, del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, quince de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Eugeni Gay Montalvo.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–*Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 90/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 2760-2006. Promovido por Inversiones Altamira, S.A., respecto a las resoluciones dictadas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en proceso de cancelación de póliza de crédito. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal): inadmisión de recurso de apelación por extemporáneo sin tener en cuenta la aclaración del fallo (STC 105/2006). («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2760-2006, promovido por Inversiones Altamira, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Santos de Gandarilla Carmona y asistida por el Letrado

don Julio García-Ramos, contra la Sentencia de 16 de diciembre de 2005 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, recaída en el rollo de apelación núm. 623-2005, y contra el Auto de 8 de febrero de 2006 de la misma Sección y rollo por el que se desestimó el incidente de nulidad promovido frente a aquélla. Han intervenido el Ministerio Fiscal y Banco Santander Central Hispano, S.A., representado por el Procurador don Alberto Hidalgo Martínez y asistido por el Letrado don Enrique Hidalgo Martínez. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 13 de marzo de 2006 el Procurador don Santos de Gandarilla Carmona, en nombre y representación de Inversiones Altamira, S.A., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales de las que se deja hecho mérito en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. En la demanda se recoge la siguiente relación de antecedentes fácticos:

a) En fecha de 17 de enero de 2005 Inversiones Altamira, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario frente a Banco Santander Central Hispano, S.A., para la cancelación por pago de una determinada póliza de crédito, dando lugar a los autos de juicio ordinario núm. 47-2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife.

b) Por escrito de 7 de marzo de 2005 la entidad bancaria se allanó íntegramente a los pedimentos de la actora.

c) El día 29 de marzo de 2005 se dictó Sentencia cuyo fallo estima la demanda íntegramente, sin expresa imposición de costas. En su fundamento jurídico

segundo esta resolución judicial expresa que, al no apreciarse ninguna causa de exclusión de los efectos del allanamiento conforme al transcrito art. 21.1 LEC, debía dictarse sentencia «en los términos solicitados en la demanda».

d) Frente a esta resolución la demandante de amparo interpuso recurso de aclaración, en el que suplicó que se incluyera la expresa condena en costas a la demandada, al encontrarse en contradicción el fundamento jurídico 2 transcrito con el pronunciamiento del fallo al respecto. Mediante providencia de 20 de abril de 2005 se denegó la aclaración interesada, «por cuanto el fallo de la sentencia es claro respecto a las costas del procedimiento».

e) Con el único objeto de la pretensión relativa a las costas procesales se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por Sentencia dictada el 16 de diciembre de 2005 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el rollo de apelación núm. 623-2005, en la cual se desestima el recurso por entender que había sido preparado extemporáneamente, esto es, transcurridos más de cinco días desde la fecha de la notificación a la entidad recurrente de la Sentencia de primera instancia. A estos efectos, advierte la Audiencia, de conformidad con la nueva regulación de la invariabilidad de las resoluciones judiciales cabe diferenciar la solicitud de aclaración y rectificación de la Sentencia [art. 214 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)] y la solicitud de subsanación y complemento de la misma (art. 215 LEC), de manera que sólo en el segundo caso la ley permite que el plazo para recurrir la Sentencia se compute desde el día siguiente a la notificación del auto que reconozca o niegue la omisión de un pronunciamiento; en los casos en que se haya solicitado aclaración, por el contrario, el art. 457 LEC impone un plazo de cinco días para preparar el recurso de apelación, debiendo compu-

tarse desde el día siguiente a la notificación de la Sentencia, sin que la solicitud citada interrumpa o amplíe el mencionado plazo. En el supuesto de autos, habiendo interpuesto el apelante frente a la Sentencia de instancia recurso de aclaración y no de complemento, el plazo para interponer recurso de apelación debe computarse desde la notificación de la misma y no desde la providencia denegando su aclaración, por lo que, habiéndose notificado la Sentencia el día 6 de abril de 2005 y preparado el recurso de apelación en fecha de 29 de abril de 2005, la preparación debe entenderse efectuada fuera de plazo.

f) Frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial la sociedad recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones, fundado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), por haberle privado de una resolución sobre el fondo del recurso de apelación contraviniendo las reglas de cómputo de los plazos establecidas en los artículos 448.2 LEC y 267.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la unánime posición jurisprudencial y doctrinal que los interpreta; por otra parte el art. 214 LEC no había entrado en vigor a la fecha de la Sentencia y el criterio mantenido en ésta no es el seguido por la propia Sección de la Audiencia Provincial en otras resoluciones.

g) El incidente se resolvió por Auto de 8 de febrero de 2006, que lo desestimó, por ser la resolución recurrida, la Sentencia de 16 de diciembre de 2005, susceptible de recurso extraordinario por infracción procesal, al haber sido establecida la cuantía del pleito en la cantidad de 216.500 euros por Auto de 4 de marzo de 2005 y fundarse la queja en la vulneración de las normas legales que rigen los actos del proceso. Este Auto fue aclarado para la condena en las costas derivadas del incidente a la entidad demandante de

amparo por otro de 17 de febrero de 2006.

3. En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE), y la del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), vulneraciones que se imputan a la Sentencia de 16 de diciembre de 2005 por incurrir en:

1.º Defectuosa motivación, toda vez que no se fundamenta en el tenor literal de precepto alguno, sino en una interpretación de los artículos 214 y 215 LEC que se halla en contradicción con lo establecido en «otros preceptos», y confunde la improrrogabilidad de los plazos con el inicio de su cómputo.

2.º Transgresión del art. 448.2 LEC y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial, norma de aplicación general a todos los recursos, que literalmente ordena computar el plazo para su interposición desde, en su caso, la notificación de la aclaración o de la denegación de ésta.

3.º Transgresión del art. 267.8 LOPJ y de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que lo ha interpretado entendiéndolo que el plazo para recurrir debe constarse desde la notificación del auto de aclaración (STC 32/1996, de 27 de febrero), debido a la naturaleza puramente accesoria de este último (STC 142/1992, de 13 de octubre).

4.º Indebida aplicación del art. 214 LEC, que no se hallaba en vigor a la fecha de la Sentencia.

5.º Disparidad de los criterios aplicados por la misma Sección de la Audiencia Provincial de Tenerife y por la misma ponente en otras resoluciones en orden a las consecuencias derivadas de la formulación de aclaración respecto de la admisibilidad de los recursos.

Por otra parte la sociedad recurrente interesa la declaración de la nulidad del Auto de 8 de febrero de 2006, dado que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones, vulnerando con ello el derecho fundamental de acceso al recurso, con base en el razonamiento erróneo de que frente a la Sentencia dictada en apelación cabía recurso extraordinario por infracción procesal, cuando tal recurso resultaba inadmisibile, de acuerdo con lo establecido en la disposición final decimosexta LEC, al haberse concretado el objeto de la pretensión ahora deducida a la imposición de costas, lo que reduce su cuantía a menos de 150.000 euros.

4. Por escrito de 14 de noviembre de 2007 Inversiones Altamira, S.A., puso en conocimiento de este Tribunal (acompañando testimonio de ella) que por el Tribunal Supremo se había dictado el 18 de mayo de 2007 Sentencia en cuyo fallo se reconoce «expresamente el error judicial en que ha incurrido dicho Órgano Jurisdiccional, con los demás efectos legales derivados».

5. La Sección Tercera de este Tribunal Constitucional, por providencia de 1 de diciembre de 2008, de conformidad con lo prevenido en el número 3 del artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), acordó conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio público plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales que procedieran, las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTIC, traslado que la sociedad recurrente evacuó por escrito de 5 de enero de 2009 y el Fiscal por escrito de 23 de enero de 2009.

6. Por providencia de 31 de marzo de 2009 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional resolvió conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda presentada por la representación procesal de Inversiones Alta-

mira, S.A., así como, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atentas comunicaciones a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo núm. 623-2005, y al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al juicio ordinario núm. 47-2005, debiendo al propio tiempo emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la sociedad demandante de amparo, para que, si lo desearan, pudieran comparecer en el presente recurso dentro del mismo plazo.

7. Remitidas las actuaciones por los órganos citados, y personado el Banco Santander Central Hispano, S.A., mediante escrito con fecha de entrada de 8 de julio de 2009, por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda de este Tribunal Constitucional de 13 de julio de 2009 se tuvo por personado y parte en el procedimiento al Procurador de los Tribunales don Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de Banco Santander Central Hispano, S.A., y se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio público, por plazo común de veinte días, a fin de formular las alegaciones que tuvieran por conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

8. El Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado con fecha de 15 de septiembre de 2009.

No aprecia vulneración de derecho alguna en el Auto de 8 de febrero de 2006, por el que se inadmitió el incidente de nulidad, dado que no concurre error pa-

tente ni tampoco arbitrariedad o irracionalidad en los motivos que condujeron a la inadmisión (SSTC 6/2001, de 15 de enero, FJ 4, y 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 4). El que a los efectos de la casación la cuantía se fije en el pleito de instancia o en la apelación cuyo fallo se debe recurrir es una cuestión opinable, que pertenece al ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria, la cual corresponde a los Juzgados y Tribunales en exclusiva, quedando extramuros del recurso de amparo, como así se infiere de los AATC 191/2004, de 26 de mayo, y 201/2004, de 27 de mayo.

Por el contrario sí estima lesionado el derecho de acceso al recurso por la Sentencia de 16 de diciembre de 2005, que incurre, al inadmitir la apelación, en irracionalidad en la interpretación y aplicación de la ley, lo que se deriva, no sólo de la declaración de error judicial efectuada por el Tribunal Supremo, sino además de la propia doctrina de este Tribunal Constitucional (STC 105/2006, de 3 de abril).

Por último, ateniéndose a la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley ex art. 14 CE, entiende que la falta de aportación por la sociedad recurrente en amparo de otras resoluciones de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en número suficiente, que demuestren la producción en el caso de un injustificado cambio de criterio hace que la demanda de amparo deba ser desestimada en este punto, en aplicación de la doctrina contenida en las SSTC 150/2001, de 2 de julio, FJ 2, y 70/2003, de 9 de abril, FJ 2.

Por razón de todo lo expuesto el Ministerio público considera procedente la estimación del recurso de amparo exclusivamente en relación con la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE) producida por la Sentencia

de 16 de diciembre de 2005 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, anulando esta resolución así como el Auto de 8 de febrero de 2006, con retroacción de las actuaciones al momento de dictar la Sentencia de apelación a fin de que se pronuncie otra acorde con el derecho fundamental que se declare vulnerado.

9. Inversiones Altamira, S.A., evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 17 de septiembre de 2009, en el que, en lo sustancial, reiteró las efectuadas en la demanda y en el escrito presentado en trámite de admisión.

10. La representación procesal de Banco Santander Central Hispano, S.A., presentó alegaciones mediante escrito registrado en fecha 4 de septiembre de 2009.

Aduce en primer término, respecto de la pretendida nulidad de la Sentencia de 16 de diciembre de 2005, que el recurso de apelación fue interpuesto fuera de plazo por la entidad demandante de amparo, toda vez que planteó el recurso de aclaración indebidamente, al encontrarse el extremo de las costas resuelto con claridad en la Sentencia de primera instancia.

Respecto del Auto desestimatorio del incidente de nulidad advierte que, además de por los razonamientos en que se basó su desestimación, ésta se justifica en cuanto que, con el mismo, la parte no pretendía sino soslayar un error atribuible sólo a ella, como era el no haber interpuesto en tiempo y forma frente a la Sentencia el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación.

Por todo ello termina suplicando que se desestime el recurso de amparo con expresa condena a la sociedad recurrente al pago de las costas causadas.

11. Por providencia de 11 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se interpone contra la Sentencia de 16 de diciembre de 2005 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife recaída en el rollo de apelación núm. 623-2005, a la que se imputa en primer lugar, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su concreta dimensión de acceso al recurso (art. 24.1 CE), por desestimar el de apelación interpuesto frente a la Sentencia de instancia con base en la causa de inadmisión consistente en preparación extemporánea, partiendo para dicha conclusión de una interpretación irrazonable de las normas sobre el cómputo del plazo, y, en segundo lugar, lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), al haber efectuado una interpretación distinta a la seguida en otros casos iguales.

Asimismo se demanda amparo frente al Auto de 8 de diciembre de 2006, de la misma Sección y rollo, por el que se desestimó el incidente de nulidad presentado contra la Sentencia, al considerar que ha vulnerado el derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE) por las razones que quedan reflejadas en los antecedentes de hecho.

El Ministerio Fiscal considera que la inadmisión del recurso de apelación acordada por los órganos judiciales vulneró el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva por estar fundada en una interpretación irrazonable de la legalidad vigente, mientras que interesa la desestimación del resto de las quejas esgrimidas en la demanda. Por su parte el Banco Santander Central Hispano, S.A.,

rechaza toda vulneración de derechos fundamentales y, consecuentemente, solicita la desestimación de la demanda de amparo.

2. Siendo tres las quejas formuladas resulta necesario precisar cuál ha de ser el orden en el que hemos de examinarlas, en atención a los criterios expuestos en nuestra doctrina, en la que reiteradamente hemos concedido prioridad a aquéllas de las que pudiera derivarse la retroacción de actuaciones y, dentro de éstas, a las que determinan la retroacción a momentos anteriores, lo que haría innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes. (STC182/2009, de 7 de septiembre, FJ 3 y las que cita, SSTC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 1; 169/2005, de 20 de junio, FJ 2; o 219/2007, de 8 de octubre, FJ 3).

Ello implica, en este caso, que debamos analizar, en primer término, las denuncias de vulneraciones del derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE) y del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) respecto de la Sentencia de la Audiencia Provincial, puesto que la estimación del recurso por cualquiera de estos motivos determinaría, en su caso, la retroacción de actuaciones a un momento anterior en el tiempo al del pronunciamiento de la Sentencia en el recurso de apelación, cronológicamente antepuesto a la decisión sobre la admisión del incidente de nulidad frente a ella.

3. Comenzando, pues, con el examen de la queja relativa al derecho al recurso legal que se imputa a la Sentencia de 16 de diciembre de 2005, debe destacarse que, de acuerdo con la STC 157/2009, de 29 de junio, FJ 2, entre otras muchas: «Siendo el derecho de acceso a los recursos un derecho de configuración legal, que por tanto encuentra su contenido y alcance en las condiciones fijadas por cada una de las leyes procesales, el control que ha de ejercer el Tribunal tiene un

menor grado de intensidad que el que se derivaría del derecho de acceso a la jurisdicción (STC 122/2007, de 21 de mayo, FJ 4). Así hemos reiterado que la decisión sobre la admisión de los recursos y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que están sujetos “constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 CE” (STC 71/2002, de 8 de abril, FJ 3). Es a los Jueces y Tribunales, por lo tanto, a quienes corresponde determinar cuáles son los requisitos y presupuestos que la ley exige para el acceso a los recursos que establece, así como la verificación y control de su concurrencia en cada caso. El Tribunal Constitucional no puede entrar a enjuiciar la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que interpretan y aplican las reglas procesales que regulan el acceso a los recursos, ya que, ni es una última instancia judicial, ni su jurisdicción se extiende al control del acierto de las decisiones adoptadas por los órganos judiciales en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre la selección, interpretación y aplicación de las normas procesales ex art. 117.3 CE, en lo que respecta al acceso a los recursos previstos en la ley. El control de estas resoluciones judiciales por la jurisdicción constitucional es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de su corrección jurídica (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 22/2007, de 12 de febrero, FJ 4)».

Alega el recurrente que la Audiencia se abstiene de resolver en el fondo el recurso de apelación en virtud de una interpretación irrazonable del cómputo del plazo para interponerlo, en concreto de

una interpretación de los artículos 214 y 215 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) que vulnera lo establecido en los artículos 448.2 LEC y 267.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Esta cuestión ya ha sido resuelta por la STC 105/2006, de 3 de abril, FJ 5. En ella hemos afirmado que: «una eventual interpretación por parte del órgano judicial de que la tramitación de un recurso de aclaración no permite interrumpir el cómputo del plazo para interponer un recurso (sobre todo, en un supuesto, como el entonces enjuiciado, en el que se ha procedido efectivamente a la aclaración que se pretende recurrir, por lo que no resulta posible considerar que la presentación del recurso de aclaración constituyese ni un abuso de derecho ni una maniobra dilatoria cuya finalidad fuera prolongar de manera artificiosa el plazo para promover el incidente de nulidad de actuaciones) constituiría una interpretación arbitraria de la normativa reguladora de los plazos procesales, entendiéndose por arbitrariedad el hecho de que la resolución judicial impugnada “no es expresión de la administración de justicia sino mera apariencia de la misma (STC 148/1994), lo que implica la ‘negación radical de la tutela judicial’ (STC 54/1997, FJ 3), sin que nada de ello pueda confundirse con el error en la interpretación y aplicación del Derecho. Existe arbitrariedad, en este sentido, cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulta fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo ‘irracional o absurdo’ (STC 244/1994, FJ 2)” (SSTC 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7; 82/2002, de 22 de abril, FJ 7; y 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3). Y es que debe tenerse en cuenta que las resoluciones aclarada y aclaratoria se integran formando una unidad lógico-jurídica que no puede ser impugnada sino en su conjunto a través de los recursos que, en su caso, pudieran interponerse contra la resolución aclarada. En consonancia con esta forma de entender

la técnica de la aclaración de las resoluciones judiciales, nuestro Derecho positivo ha entendido tradicionalmente que en la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de un recurso contra una resolución que ha sido objeto de aclaración se debe tomar necesariamente en consideración la fecha de notificación de la resolución aclaratoria. Así lo disponía el art. 407 de la vieja Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (“En los casos en que se pida aclaración de una Sentencia conforme a lo prevenido en el artículo 363, el término para interponer el recurso que proceda contra la misma Sentencia se contará desde la notificación del auto en que se haga o deniegue la aclaración”); y así lo establecen actualmente tanto el apartado 2 del art. 448 LEC de 2000 (“Los plazos para recurrir se contarán desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se recurra, o, en su caso, a la notificación de su aclaración o de la denegación de ésta”), como el apartado 8 del art. 267 LOPJ (en la redacción dada a este precepto por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), que prevé que: “Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento y, en todo caso, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del Auto que reconociera o negase la omisión de pronunciamiento y acordase o denegara remediarla”».

En el caso de autos la doctrina referida resulta enteramente aplicable, por más que la aclaración fuese denegada por el Juez de instancia, en la medida en que nuestro análisis viene delimitado por el razonamiento de la Audiencia Provincial, al que debe ceñirse, en el cual no se basó la inadmisión del recurso de apelación en el carácter abusivo o dilatorio del recurso de aclaración interpuesto por la sociedad recurrente sino en el razonamiento ya declarado arbitrario, por irracional, de

que el recurso de aclaración carece de efectos interruptivos del plazo para recurrir la resolución aclarada. En consecuencia debe declararse vulnerado en la Sentencia recurrida el derecho a la tutela judicial efectiva de Inversiones Altamira, S.A., en su dimensión de acceso al recurso.

4. Habiéndose apreciado la vulneración constitucional del derecho de acceso al recurso, resulta improcedente entrar a examinar las otras dos quejas planteadas en la demanda, referidas, la primera, a la lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que pretendidamente se habría causado por la Sentencia impugnada y, la segunda, a la lesión que del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente habría producido el Auto de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones. Como se ha anticipado, al producir la estimación de la denuncia de la vulneración del derecho fundamental de acceso al recurso la anulación de la Sentencia, así como la del Auto que acordó la inadmisión del incidente, resulta estéril cualquier consideración que aquí se pudiera hacer sobre si dicha resolución respetó o no el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del demandante.

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 la presente demanda de amparo interpuesta por Inversiones Altamira, S.L., y en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho de la sociedad demandante de amparo a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de 16 de diciembre de 2005 y del Auto de 8 de febrero de 2006 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife recaídos en rollo de apelación núm. 623-2005, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la Sentencia para que se pronuncie otra resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 91/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3132-2006. Promovido por doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Española y Cáritas Española frente a las resoluciones dictadas por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona en proceso sobre edificación en suelo ajeno. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (incongruencia): Sentencia de apelación que, una vez revocada la de instancia estimatoria de la pretensión principal de las demandantes, no se pronuncia sobre una petición subsidiaria. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3132-2006, promovido por doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Española y Cáritas Española, representadas por el Procurador de los Tribunales don Francisco José Abajo Abril y asistido por el Abogado don César Buena Cuesta, contra la Sentencia de 20 de octubre de 2005 y el Auto de 2 de febrero de 2006, ambos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), recaídos en rollo de apelación núm. 121-2005 interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar, el 24 de septiembre de 2004, en procedimiento ordinario núm. 216-2002. Han intervenido la empresa Construcciones Alza, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Saturnino Estévez Rodríguez y asistida por el Letrado don David Grau i Espuña, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 21 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación de doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Española y Cáritas Española, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Española y Cáritas Española (estas dos últimas como sucesoras de doña María Luz López López) presentaron demanda de juicio ordinario contra la empresa Construcciones Alza, S.L., dando lugar a los autos 216-2002 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar. La demanda contenía una pretensión principal y una pretensión subsidiaria. Con carácter principal solicitaban que se les otorgara la finca, propiedad de la empresa demandada, donde las demandantes habían construido, a cambio de una indemnización de 987 y 758 euros. Con carácter subsidiario, pedían la condena a la empresa propietaria de los terrenos a comprar lo construido por 88.950 y 85.850 euros. La demandada se opuso y formuló demanda reconventional por la que solicitaba de forma principal la demolición de lo edificado y entrega de la finca y, de forma subsidiaria, la entrega de lo edificado grauitamente.

Las demandantes contestaron a la reconventional reiterando las dos pretensiones. Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar, de 24 de septiembre de 2004, se estimó la demanda de las recurrentes, acogándose la pretensión principal, sin ningún pronunciamiento, ni directo ni indirecto, sobre la subsidiaria, y se desestimó la demanda reconventional.

b) Con fecha 2 de diciembre de 2004 la empresa demandada interpuso recurso de apelación. En el suplico se solicitaba: «se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque la Sentencia de instancia dando lugar a los pedimentos aducidos por esta representación en su escrito de contestación a la demanda y a su demanda reconventional y en su consecuencia desestime íntegramente la demanda principal». Las ahora recurrentes en amparo formularon oposición en la que solicitaban: «desestime el recurso interpuesto por la representación

de la mercantil Construcciones Alza S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar de fecha 24 de septiembre de 2004, y confirme íntegramente la misma y ello con expresa imposición en costas del presente recurso a la recurrente».

En el cuerpo del recurso de apelación constan las siguientes referencias a la pretensión subsidiaria. En el primer motivo de la apelación, relativo al error en la ley aplicada, se defiende que el caso no debe resolverse sobre la base de una Ley especial catalana, como hizo el Juzgado de Primera Instancia, sino sobre la base del art. 278 de la Compilació catalana. Esto tiene consecuencias en cuanto a las pretensiones de los demandantes pues la accesión del suelo o la obligación de comprar lo edificado (las dos pretensiones de la demanda) es lo previsto en la Ley especial pero no en el art. 278 de la Compilació, que sólo prevé un derecho de retención. Así, se dice en el escrito de apelación: «Conforme al art. 278 de la Compilación la parte actora: a) ni puede solicitar la consolidación a su favor de lo edificado en suelo ajeno, b) ni puede solicitar el precio actual de construcción». En el cuarto motivo de la apelación, referido a la ilegalidad de lo construido, el recurrente dice: «Del mismo modo las acciones subsidiarias articuladas de adverso también se ven afectadas por la ilegalidad de sus construcciones. En este sentido ... hemos de insistir en que habida cuenta que la parte actora solicita como “acción subsidiaria” que Construcciones Alza, S.L. le compre sus dos construcciones ... es fundamental determinar si dichas viviendas son bienes de lícito comercio y por tanto susceptibles de ser adquiridas». En el escrito de oposición a la apelación las recurrentes se refieren a la pretensión subsidiaria al oponerse al motivo cuarto.

El procedimiento se siguió en la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección

Decimocuarta), rollo de apelación núm. 121-2005, que terminó por Sentencia de 20 de octubre de 2005, cuyo fallo establecía: «1. Estimamos en parte el recurso de apelación. 2. Desestimamos íntegramente la demanda, sin efectuar una especial imposición de las costas de primera instancia. 3. Mantenemos la desestimación de la demanda reconvenicional, sin efectuar una especial imposición de las costas de primera instancia. 4. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso». Interesa a este recurso de amparo el apartado segundo del fallo, por el que se desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial desestima íntegramente la demanda porque no estima la pretensión principal y no entra en la pretensión subsidiaria. Esta solución se fundamenta así: «De lo hasta aquí expuesto resulta que la pretensión principal de la demanda resulta inatendible, al no conferir la norma aplicable el derecho peticionado. Declarada la buena fe, el que ha edificado pierde la construcción pero tiene un derecho de retención hasta que el dueño del terreno le pague. La petición subsidiaria, consistente en que el demandado le compre las edificaciones por su valor actual, podría estimarse compatible con la estimación del derecho de retención, toda vez que, en definitiva perdería lo edificado a cambio de una indemnización ... Teniendo en cuenta que la causa de pedir fue haber edificado en suelo ajeno, la única cuestión que restaría por determinar con relación a la petición subsidiaria de la demanda principal, en el caso que se estimara compatible con el derecho de retención, sería la relativa al importe de la indemnización. No obstante, en el supuesto enjuiciado debe precisarse que sólo el actor ha recurrido la sentencia dictada. Las actoras se han limitado a oponerse al recurso solicitando la confirmación de la sentencia apelada. De lo anterior resulta que si el Tribunal examinara la procedencia de la petición subsidiaria, en el supuesto de estimarse com-

patible con el derecho de retención, incidiría en incongruencia ... Corolario de lo expuesto es la estimación del primer motivo de recurso del demandado, es decir, el relativo al error en la determinación de la Ley aplicable, circunstancia que determina la íntegra desestimación de la demanda en cuanto se fundamenta en una Ley inaplicable a la cuestión debatida, quedando en consecuencia lamentablemente imprejuizada la cuestión relativa al derecho de retención previsto en el art. 278 de la Compilació, a fin de no incidir en el vicio de incongruencia y la prohibición de la reformatio in peius» (fundamento jurídico 5).

c) Con fecha 29 de noviembre de 2005 las recurrentes formularon incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de la Audiencia Provincial por incongruencia omisiva habida cuenta que, una vez descartada la pretensión principal, la Audiencia no había entrado en la petición subsidiaria planteada en la demanda. Construcciones Alza, S.L., presentó oposición. Por Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 2 de febrero de 2006, se desestimó el incidente.

3. El recurso de amparo se dirige formalmente contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 20 de octubre de 2005 y contra el Auto de 2 de febrero de 2006. Este Auto desestima el incidente de nulidad de actuaciones y contra él se recurre en amparo por confirmar la vulneración de derechos que se atribuye a la Sentencia. Respecto a la Sentencia, las recurrentes fundamentan su demanda de amparo en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial congruente. Este derecho se ha visto vulnerado, según las recurrentes, al haber dejado la Audiencia Provincial sin resolver la pretensión subsidiaria, pretensión que, según sostienen, había sido

oportunamente deducida; lo cual defienden con dos líneas argumentales. La primera de estas líneas parte del hecho de que, según exponen, es incuestionable que, en la apelación, las partes pidieron un pronunciamiento sobre la petición subsidiaria de la demanda. En este sentido, señalan que, en el escrito de apelación, primero, la apelante argumentó extensamente en contra de la petición subsidiaria y, segundo, en el petitum solicitaba se desestimase «íntegramente la demanda principal»; petición, así formulada, cuya desestimación solicitaron las recurrentes en el escrito de oposición. También destacan que en la oposición a la demanda reconvenional, las recurrentes pedían que, de ser desestimada la pretensión principal, se entrara en la subsidiaria.

La segunda línea de argumentos se refiere a la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Provincial. Las recurrentes resaltan que la Audiencia les impone implícitamente la carga de recurrir en apelación una Sentencia que les era favorable cuando tal imposición es insostenible: no tiene base legal y, si se asume, la actuación procesal de la parte «puede ser considerada como una adhesión a la apelación generando indefensión a la contraparte, en tanto que no podría presentar oposición a la adhesión». A ello añaden que la Sentencia de primera instancia fallaba la estimación de la demanda y no la estimación de la pretensión principal y la desestimación de la subsidiaria por lo que la desestimación de la demanda reconvenional en apelación imponía entrar a resolver sobre la totalidad de la demanda.

En relación con la fundamentación jurídica de la Sentencia, las recurrentes formulan también otra queja; ésta en términos de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho. Discrepan

con el argumento utilizado por la Audiencia en cuanto a que entrar a conocer de la pretensión subsidiaria diera lugar a una *reformatio in peius*, por cuanto, insisten, sí se pidió una respuesta sobre la pretensión subsidiaria. Además, que, como afirma la Audiencia, la falta de apelación o adhesión a la apelación impida al tribunal entrar en la pretensión subsidiaria es irrazonable y un «error patente», pues se aparta de los artículos 448.1, 456.1 y 461.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), a cuyo tenor adecuaron las recurrentes su conducta procesal.

4. Por providencia de 29 de julio de 2008, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y disposición transitoria tercera de la referida Ley, conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal, el plazo común de diez días para que formularan las alegaciones pertinentes en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTC.

5. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 10 de septiembre de 2008 presentaron sus alegaciones las recurrentes, en el que básicamente reiteraban lo ya expuesto en el recurso de amparo.

6. El día 15 de octubre de 2008 presentaron sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando la admisión a trámite de la demanda de amparo por entender que, sin prejuzgar la posición del Fiscal, no carecía manifiestamente de contenido constitucional, art. 50.1.c) LOTC.

7. Por providencia de 25 de noviembre de 2008, la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta) para que en el plazo de diez días remitiera testimonio de las

actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 121-2005, así como al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar para que en el plazo de diez días remitiera testimonio de las actuaciones correspondientes al procedimiento ordinario núm. 216-2002, debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

8. Mediante escrito registrado el 14 de enero de 2009 el Procurador de los Tribunales don Saturnino Estévez Rodríguez, actuando en nombre y representación de Construcciones Alza, S.L., solicitó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

9. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda de 20 de mayo de 2009 se acordó tener por personado y parte a don Saturnino Estévez Rodríguez, actuando en nombre y representación de Construcciones Alza, S.L., y a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, dar vista de todas las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

10. La representación procesal de la demandante de amparo formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 12 de junio de 2009, en el que sustancialmente reproduce los argumentos ya expuestos en la demanda.

11. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 23 de junio de 2009 presentó sus alegaciones Construcciones Alza, S.L., en contra de la estimación del recurso de amparo. El escrito contiene tres alegaciones. La primera alegación denuncia el «carácter extemporáneo del

recurso de amparo», por cuanto, según se sostiene, se formuló un improcedente incidente de nulidad de actuaciones cuando debió interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, toda vez que el asunto se había resuelto por aplicación del Derecho catalán y presentaba interés casacional; o, señala igualmente, un recurso extraordinario por infracción procesal. Esta denuncia se asocia al art. 44.1 LOTC. La segunda alegación se centra en que la Sentencia recurrida no incurre en la vulneración de derechos fundamentales denunciada por cuanto la Audiencia motiva su no pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria, con cita de doctrina constitucional y en que lo que pretenden las recurrentes es una interpretación errónea de la legalidad procesal civil. Por último, la tercera alegación se refiere a que la parte recurrente en amparo no argumenta el hipotético perjuicio causado habida cuenta de que la pretensión subsidiaria no iba a prosperar.

12. El día 24 de junio de 2009 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando el otorgamiento del amparo por entender que la resolución recurrida ha vulnerado el derecho fundamental a la congruencia prevenido en el art. 24.1 CE. Dado que la Audiencia Provincial no se pronuncia sobre la petición subsidiaria conscientemente, el recurso de amparo se circunscribe a determinar, no ya la incongruencia, sino la fundamentación jurídica que sirve al órgano judicial para no pronunciarse. En este sentido, el Fiscal retiene el argumento central utilizado por la Audiencia: que la petición subsidiaria no le fue sometida a debate por las partes. Respecto a este argumento, el Fiscal se pregunta si era posible para el apelante argumentar en torno a una petición subsidiaria que no había sido objeto de pronunciamiento, ni directo ni indirecto, en la resolución apelada; respecto a los apelados, ahora recurrentes en amparo, afirma que en modo alguno podían recu-

rrir la Sentencia que les fue favorable. Que la Audiencia supere argumentalmente los inconvenientes antes señalados por la consideración de la apelación como *novum iudicium* (lo que, según la Audiencia, permitía la introducción de la petición subsidiaria para el caso de que no prosperase la principal) es igualmente rebatido por el Ministerio Fiscal, para el que este planteamiento no tolera fácilmente una confrontación con la realidad: la natural defensa del apelante era dirigir sus argumentos contra la petición principal, que fue la asumida en la Sentencia recurrida, y la de los apelados defenderse desde su posición procesal de parte apelada. Frente a estos argumentos que sirven a la Audiencia para no entrar a resolver sobre la subsidiaria, el Fiscal destaca el hecho de que la propia Sentencia reconoce que, por mor del juego procesal de la apelación, se deja impregunado algo esencial. Al fin, para el Ministerio Fiscal la clave está en el equilibrio entre, por un lado, lo que debe exigirse a los apelantes y apelados, especialmente a éstos, que no introdujeron la petición subsidiaria en la apelación, vistas las dificultades procesales para hacerlo, y, por otro lado, las posibilidades que tenía el órgano judicial para, constatadas estas circunstancias, posibilitar otra solución (haber abierto un turno de debate al respecto o remitir el pleito a la instancia para que se pronunciara sobre la petición subsidiaria, señala el Fiscal). En suma, el Fiscal entiende que en la Sentencia de la Audiencia Provincial «late una posible situación de indefensión de los demandantes de amparo matizada por su posible, pero discutible negligencia».

Con este planteamiento y a la luz de la doctrina constitucional el Fiscal concluye la vulneración del derecho fundamental a una resolución judicial congruente (art. 24.1 CE). En este sentido, asumida la apelación como un *novum iudicium*, en opinión del Fiscal el órgano judicial no puede quedar atado por la petición de la

parte apelante, decididamente parcial, porque no puede propiciar que extraiga del debate, en fraude procesal o por olvido, «peticiones que no pueden soslayarse y que subyacen en el fallo de instancia», y porque, precisamente por ser un *novum iudicium*, la petición de la apelación no puede quedar reducida a la literalidad del fallo de instancia sino que recobra toda su extensión la pretensión inicialmente deducida. El Fiscal descarta que así se genere una situación de indefensión para las partes: bien porque el debate procesal sobre la subsidiaria se siguió en la instancia, bien porque el órgano judicial puede habilitar un momento procesal para sustanciar tal debate. En este escenario, sigue el Fiscal, la actuación de las apeladas no puede calificarse de negligente: no pueden apelar ni adherirse a la apelación, y su oposición han de hacerla frente a la argumentación del apelante, que no incluye la petición subsidiaria. Ciertamente pudieron haber previsto lo que ocurrió y, por prudencia, interesar la estimación de la subsidiaria, y no lo hicieron. Pero el comportamiento procesal de las apeladas no puede ser determinante cuando, primero, corrió simétrico al del apelante, que es el que diseña los términos del debate en la apelación y el que deliberadamente excluyó la petición subsidiaria de ese debate, y cuando, segundo, se asume el carácter de *novum iudicium* de la apelación.

13. Por providencia de 11 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Como ha quedado expuesto con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el presente proceso constitucional trae causa en el procedimiento núm. 216-2002, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de

Mar. El procedimiento enfrentaba a doña Amalia Cuesta Estébanez y doña María Luz López López, sucedida por Cruz Roja Española y Cáritas Española, contra la empresa Construcciones Alza, S.L. La demanda contenía una pretensión principal y una pretensión subsidiaria. Con carácter principal solicitaban se les otorgara la finca, propiedad de la empresa demandada, donde las demandantes habían construido, a cambio de una indemnización. Con carácter subsidiario, pedían la condena a la empresa propietaria de los terrenos a comprar lo construido. La demandada se opuso y formuló demanda reconventional. Las demandantes contestaron a la reconventional reiterando las dos pretensiones. Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arenys de Mar, de 24 de septiembre de 2004, se estimó la demanda de las recurrentes, acogándose la pretensión principal, y se desestimó la demanda reconventional.

La empresa demandada interpuso recurso de apelación que se siguió ante la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), rollo de apelación núm. 121/05. La apelante dirigió el recurso contra el fallo literal de la Sentencia de instancia, esto es, la estimación de la demanda, en cuanto estimación de la pretensión principal, y la desestimación de la demanda reconventional. Las recurrentes en amparo formularon oposición a la apelación siguiendo esos términos. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 20 de octubre de 2005, estimó parcialmente el recurso de apelación: mantuvo la desestimación de la demanda reconventional pero revocó la Sentencia de instancia en cuanto a la estimación de la demanda rectora del proceso. La Audiencia desestimó la demanda por considerar inatendible la pretensión principal y no entró en la pretensión subsidiaria al entender que había quedado al margen del debate procesal en la apelación. Por

esta causa, las recurrentes denunciaron incongruencia omisiva mediante incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado por Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 2 de febrero de 2006.

2. Se recurre en amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), de 20 de octubre de 2005, como causante de la vulneración ahora denunciada, y contra el Auto de 2 de febrero de 2006, que no la enmienda. Las recurrentes sostienen que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial no viciada de incongruencia por cuanto, al no pronunciarse la Audiencia Provincial sobre la pretensión subsidiaria, incurrió en incongruencia omisiva. Lo que mantienen con dos argumentos: que la pretensión subsidiaria sí fue introducida en la apelación y que la motivación con que la Audiencia justifica su ausencia de pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria es insostenible a la luz de la legislación procesal. Los mismos argumentos sirven para denunciar la citada incongruencia omisiva también en términos de vulneración del derecho fundamental a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho.

El Fiscal considera que se ha producido la vulneración denunciada e interesa la estimación del amparo. A esta conclusión llega tras analizar la actuación procesal de las recurrentes, pero a la luz de las opciones procesales de que disponían, y sopesarla frente a la solución acogida por el órgano judicial (no entrar en la pretensión subsidiaria conscientemente) vista en el contexto de las demás soluciones a su alcance. Finalmente, la contraparte en el procedimiento sostiene que el recurso incurre en óbice procesal, defiende la Sentencia de la Audiencia Provincial y afirma que, en todo caso, la

pretensión subsidiaria no habría prosperado.

3. Antes de entrar en la queja de las recurrentes hay que resolver sobre el óbice procesal que la contraparte articula en sus alegaciones. Según la misma, las recurrentes en amparo formularon un incidente de nulidad de actuaciones que era improcedente por cuanto la Sentencia de la Audiencia Provincial acusada de incongruencia debió ser objeto de recurso extraordinario. En concreto, el escrito denuncia la ausencia de recurso de casación por interés casacional ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y hace alusión igualmente al recurso extraordinario por infracción procesal. Aunque el escrito rubrica esta alegación como extemporaneidad es inmediato que lo que discute no es la entrada en plazo del recurso de amparo, ya por extemporaneidad simple, ya por prolongación artificial de la vía judicial, sino el agotamiento de la vía judicial. La cuestión, por tanto, se circunscribe a la idoneidad o no del incidente de nulidad de actuaciones en el caso para dar por agotada la vía judicial a efectos del recurso de amparo, pues, en lo atinente a la invocación de los recursos extraordinarios, debe recordarse que no basta con alegar la ausencia de un recurso, sino que es necesario argumentar sobre su pertinencia y utilidad.

La exigencia de agotamiento de la vía judicial previa recogida en el art. 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5). Pues bien, la Audiencia Provincial, que no hizo a la parte ofrecimiento de acciones, admitió el incidente y entró en el fondo,

esto es, en la lesión ahora invocada como fundamento del recurso de amparo, resolviendo con desestimación de la nulidad pretendida. En consecuencia, no concurre el óbice procesal denunciado pues el incidente de nulidad de actuaciones dio oportunidad al órgano judicial de remediar la vulneración objeto de este proceso.

4. Entrando en el fondo del asunto, el presente recurso de amparo gira en torno a una denuncia por incongruencia omisiva: tanto por la falta de pronunciamiento del órgano judicial, como por la motivación con que sustenta esta solución. En la base del caso se encuentra una situación procesal concreta: obtenida Sentencia favorable en la instancia, se revoca la misma con ocasión del recurso de la contraparte, sin pronunciamiento sobre una petición subsidiaria de la demanda rectora del proceso. Dentro de este contexto, el caso de autos se caracteriza por el hecho de que la Audiencia Provincial no da respuesta a la subsidiaria intencionadamente (esto distingue este supuesto de aquellos otros en que la denuncia de incongruencia omisiva se resuelve mediante el esclarecimiento de si existe o no una respuesta tácita a la pretensión), lo que obliga a evaluar la suficiencia de la motivación con que se justifica el no pronunciamiento del órgano judicial.

A lo anterior hay que añadir que las partes no formularon expresamente la pretensión subsidiaria en la apelación. En sus alegaciones las recurrentes afirman que sí lo hicieron, pero sus propios argumentos se orientan a sostener que la pretensión subsidiaria debió entenderse implícita. Es decir, no hay error fáctico en la resolución de la Audiencia Provincial sino la decisión motivada de no atender una petición no formulada expresamente en apelación.

Sobre esta situación procesal concreta, esto es, obtenida Sentencia favorable en

la instancia, se revoca la misma con ocasión del recurso de la contraparte, sin pronunciamiento sobre una petición subsidiaria de la demanda rectora del proceso, y concurriendo los datos antes señalados, es decir, ausencia intencionada de respuesta y pretensión no trasladada expresamente al recurso.

5. En relación con el vicio de incongruencia este Tribunal ha dicho que, «entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*. Ciéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa *petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*»; y, en relación con la incongruencia *extra petita* hemos dicho que «el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente

ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales» (por todas STC 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2; STC 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2, y STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2).

Respecto a la *reformatio in peius* «hemos de recordar que desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la interdicción de la *reformatio in peius*, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7;

116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5). Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4). Así pues, «la reforma peyorativa sólo adquiere relevancia constitucional en tanto se manifiesta como forma de incongruencia determinante de una situación de indefensión (entre otras, SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 3; o 241/2000, de 16 de octubre, FJ 3)» (STC 204/2007, de 24 de septiembre, FJ 3).

6. Junto a la doctrina constitucional relativa a la incongruencia y a la *reformatio in peius*, el caso de autos exige recordar que, en lo atinente a la motivación de las resoluciones judiciales, «no podría considerarse fundada en Derecho y, por tanto, satisfacer aquel contenido primario del derecho fundamental, la respuesta jurisdiccional que sea fruto de un error de hecho patente, de la simple arbitrariedad, o se muestre manifiestamente irrazonada o irrazonable, dado que en estos casos la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia de ejercicio de la justicia» (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6).

A ello debe añadirse que, en relación con la concreta cuestión que plantea el caso de autos, este Tribunal ha desarrollado el criterio de la pretensión implícita asociado al derecho a una resolución judicial motivada: «Queda analizar una vertiente más del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Para considerar ese particular en casos como el de autos serán determinantes una serie de

elementos. Por un lado, el tenor del escrito de la parte recurrente... Por otro, la verificación de los términos del escrito de impugnación de la parte recurrida, control en el que no podrán eludirse las auténticas posibilidades de respuesta con las que cuenta el impugnante y cómo le constriñe en ese trámite la articulación legal del recurso, en concreto si puede realmente introducir peticiones distintas a su inadmisión o desestimación (STC 227/2002, de 9 de diciembre). En tercer lugar, en relación con lo anterior y sin olvidar, por tanto, cuáles son los márgenes de actuación procesal del recurrido, cómo defendió la corrección de la Sentencia de instancia, si aludió o mantuvo de algún modo su petición subsidiaria, o si, por el contrario, su escrito de impugnación no hizo ninguna referencia a la misma... Sería igualmente relevante la influencia del principio “quien pide lo más, pide lo menos” (ATC 514/1988, de 9 de mayo), o, en fin, en este concreto asunto, discernir qué significaba que el suplico del escrito de impugnación solicitara expresamente la desestimación del recurso y la confirmación de la Sentencia de instancia en todas sus partes» (STC 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 7).

En suma, tanto la doctrina constitucional relativa al derecho fundamental a una resolución judicial no viciada de incongruencia, como la atinente al derecho fundamental a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, conducen a analizar la motivación con la que el órgano judicial justifica el silencio sobre la pretensión subsidiaria.

7. Trasladada la precitada doctrina al caso y, con la perspectiva de la denuncia de incongruencia omisiva, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto similar al de autos (la pretensión alternativa formulada en la demanda tampoco se trasladó expresamente a la apelación), planteado igualmente en el curso de una apelación civil, y estableció

que «la falta de pronunciamiento del Tribunal se produce a pesar de que la desestimación de la pretensión le imponía de manera inexcusable el deber constitucional de resolver la pretensión alternativa de pensión que la demanda había formulado en el proceso y al no haberlo hecho así, quebrantó el derecho a la tutela judicial de la aquí recurrente, ya que, por otro lado, es manifiesto que esa omisión de pronunciamiento no puede, en modo alguno interpretarse como desestimación tácita, ni que la resolución de esta segunda pretensión pueda constituir incongruencia extra petitum, puesto que, en el caso contemplado, tal pretensión forma parte del objeto de la apelación, a la cual se trasladó la cuestión debatida en los mismos términos en que fue planteada en la primera instancia» (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 4).

Este Tribunal ha admitido que hay un vicio de incongruencia cuando, pese a la falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obliga a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que fueran objeto del litigio (como ocurría en el supuesto resuelto por la STC 53/1991, de 11 de marzo, en relación con la casación por infracción de ley). A ello hay que añadir que las propias Sentencias que no aprecian incongruencia reconocen, sin embargo, la vulneración del art. 24.1 CE en la vertiente de motivación cuando el silencio sobre la segunda pretensión provoca resultados irregulares o paradójicos (STC 200/1987, de 16 de diciembre, FJ 3, y STC 227/2002, de 9 de diciembre, FJ 3), o cuando es posible interpretar que la pretensión estaba implícita (STC 218/2003, de 15 de diciembre).

8. La segunda perspectiva, la de la motivación con que el órgano judicial rechaza entrar en la pretensión subsidiaria, permite un análisis más incisivo del asunto. Y es que, como señala el Ministerio Fiscal, en el caso no se cuestiona

tanto el silencio del órgano judicial como la motivación con que se sostiene el silencio. Debe recordarse la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Provincial: «En el supuesto enjuiciado debe precisarse que sólo el actor ha recurrido la sentencia dictada. Las actoras se han limitado a oponerse al recurso solicitando la confirmación de la sentencia apelada. De lo anterior resulta que si el Tribunal examinara la procedencia de la petición subsidiaria, en el supuesto de estimarse compatible con el derecho de retención, incidiría en incongruencia ... quedando en consecuencia lamentablemente imprejuizada la cuestión relativa al derecho de retención previsto en el art. 278 de la Compilació, a fin de no incidir en el vicio de incongruencia y la prohibición de la *reformatio in peius*» (fundamento jurídico 5).

La motivación de la Audiencia no es arbitraria ni incurre en error patente (ha de descartarse a limine la denuncia de error patente con relevancia constitucional que hacen las recurrentes, pues lo que denuncian es un error de Derecho: la, en su opinión, incorrecta aplicación de la legalidad procesal) pero sí requiere un examen en términos de razonabilidad. El órgano judicial no entra en la pretensión subsidiaria a fin de no incidir en incongruencia *extra petita* y en *reformatio in peius*, y vincula este argumento al comportamiento procesal llevado a cabo por la parte. Este planteamiento coloca a las recurrentes en una situación de indefensión porque, no sólo dicho comportamiento se ajustó a la legalidad procesal, sino que no es evidente cuál debió ser el comportamiento procesal de la parte, ni la Audiencia lo señala claramente. En efecto, el razonamiento de la Audiencia indica que ha sido la actuación de las recurrentes la que ha frustrado su pretensión. Pero dicho comportamiento procesal responde a lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) para el recurso de apelación civil: que sólo el deman-

dado apelara en el proceso a quo y la otra parte se limitara a oponerse es coherente con lo que prescribe la Ley, pues sólo el perjudicado por la Sentencia puede recurrir (arts. 448.1 y 456.1 LEC) y, en el caso de autos, la ausencia de perjuicio a las recurrentes en la Sentencia de primera instancia es indiscutible (debe recordarse que se estimaba la pretensión planteada como principal, y sin ningún pronunciamiento, ni directo ni indirecto, sobre la subsidiaria; a diferencia de lo que ocurría en el supuesto resuelto por la STC 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 5). Como la apelación, la adhesión a la apelación, cuya denominación actual de «impugnación» es significativa, también requiere el perjuicio en la instancia (art. 461.1 LEC). El Tribunal ya se ha pronunciado sobre esta cuestión cuando en la STC 103/2005, de 9 de mayo, estimó el amparo ante el silencio del órgano judicial, que no entró en la pretensión subsidiaria habida cuenta del comportamiento procesal del recurrente, en el caso, la falta de adhesión a la apelación, cuando el art. 85.4 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa exige a tal efecto el perjuicio en la instancia. De esta suerte, hemos afirmado que «al no concurrir los requisitos legales para adherirse a la apelación –la Sentencia apelada no le resultaba perjudicial–, no pronunciarse sobre la cuestión solicitada en virtud del referido argumento resulta irrazonable» (STC 103/2005, de 9 de mayo, FJ 5).

La LEC no prescribe una actuación determinada para que la parte satisfecha en la instancia incorpore la pretensión subsidiaria de forma expresa en la apelación, de modo que, en caso de estimación del recurso, se asegure un pronunciamiento también sobre esa pretensión. Esta realidad corresponde al plano de la legalidad ordinaria y por lo tanto debe resolverse por la jurisdicción. Pero una motivación constitucionalmente válida no puede utilizarlo para concluir en una si-

tuación como la que resulta en este caso, en la que una parte queda inerte entre lo dispuesto en la LEC, a cuyo dictado acomodó su comportamiento procesal, y la formalmente correcta motivación de la Audiencia, que pune ese comportamiento. La Sentencia señala que las recurrentes formularon escrito de oposición y se limitaron a solicitar la confirmación de la Sentencia apelada. Ciertamente podían haber desplegado una exquisita diligencia y reproducido de forma expresa la pretensión subsidiaria. Pero, habida cuenta de que no existe tal obligación y que la oposición se ajustó a los términos en que el apelante delimitó el ámbito del efecto devolutivo, resulta desproporcionado calificar esta falta de mayor diligencia como negligencia (ya hemos dicho que no se puede imponer a quien obtuvo Sentencia favorable a sus pretensiones la «carga desproporcionada» de recurrir, STC 227/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, y STC 196/2003, de 27 de octubre, FJ 8), o, más aún, como manifestación de que aquel extremo ha sido consentido (STC 103/2005, de 9 de mayo, FJ 4), y validar con ello la ausencia de respuesta sobre la pretensión. En este contexto, como señala el Ministerio Fiscal, debe ponderarse la exigencia del órgano judicial respecto de la conducta procesal de las recurrentes frente a la actuación del propio órgano judicial que, consciente de dejar «lamentablemente» imprejuizada la pretensión, no desplegó actividad alguna para procurar otra solución que garantizara los derechos fundamentales de las partes.

9. Siguiendo con el análisis de la motivación en términos de razonabilidad, y a la luz de la doctrina constitucional precitada, se impone otra consideración. El órgano judicial no entra en la pretensión subsidiaria a fin de no incidir en incongruencia extra petita y en reformatio in peius. Pero lo que descalificaría constitucionalmente el pronunciamiento del órgano judicial no es el pronunciamiento

en sí sino el hecho de que provocara una vulneración del principio de contradicción y con ello, una indefensión material (STC 41/2007, de 26 de febrero, FJ 8). Afirmar de forma axiomática que no se conoce de la pretensión a fin de no incidir en incongruencia extra petita y reformatio in peius, permite indebidamente a la Sentencia omitir cualquier razonamiento sobre lo relevante a efectos constitucionales, esto es, si debatir en la apelación la pretensión subsidiaria provoca efectivamente, no potencialmente, en el caso concreto, una privación o minoración sustancial del derecho de defensa y un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes en el proceso (lo que sí se constató en la STC 196/1999, de 25 de octubre, FJ 4).

Además, al afirmar categóricamente que un pronunciamiento sobre la pretensión no trasladada expresamente a la apelación genera de forma evidente incongruencia extra petita y reformatio in peius se obvia la doctrina constitucional que admite la pretensión implícita. Como se ha señalado en relación con la incongruencia extra petita, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el juez o tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. En este sentido, se ha entendido que la pretensión ha sobrevivido en la apelación de forma implícita, si los perfiles del debate procesal fueron «trasladados más o menos confusamente pero de manera suficientemente apreciable a la fase impugnatoria». Precisamente la

pretensión implícita es lo que determina la estimación del amparo en la STC 218/2003, de 15 de diciembre, en un supuesto similar al de autos, que, además, se desenvuelve en el seno de un recurso de duplicación.

En el caso de autos se observa que, bien que con distintas condiciones, la pretensión subsidiaria de las demandantes en la demanda principal, y la pretensión subsidiaria de la reconviniendo en la demanda reconventional, eran similares: las demandantes solicitaban la condena a la empresa propietaria de los terrenos a comprar lo construido por una cantidad, mientras que la empresa propietaria de los terrenos solicitaba la entrega de lo construido gratuitamente. Esta relación entre las pretensiones de las dos partes hace destacar la ausencia de motivación en lo que interesa constitucionalmente, esto es, si el pronunciamiento sobre la pretensión inatendida vulneraría el principio de contradicción y causaría un perjuicio al apelante por un fallo sorpresivo.

A lo anterior se han de sumar las referencias a la pretensión subsidiaria en los escritos de la apelación. Más allá de que la pretensión que se traslada a la apelación es la desestimación «íntegra» de la demanda, conforme a la doctrina constitucional precitada, interesan los términos en que las partes sustanciaron sus escritos en la apelación. En este sentido, ha de recordarse que, como ha quedado expuesto en los antecedentes, en el escrito de apelación, primer motivo, el recurrente sostiene que el caso no debe resolverse sobre la base de una Ley especial catalana sino sobre la base del art. 278 de la Compilació, que para este caso sólo prevé un derecho de retención, por lo que, dice textualmente: «Conforme al art. 278 de la Compilación la parte actora: a) ni puede solicitar la consolidación a su favor de lo edificado en suelo ajeno, b) ni puede solicitar el precio actual de construcción», esto es, se refiere

a la pretensión principal [apartado a)] y la pretensión subsidiaria [apartado b)]. En el escrito de apelación, cuarto motivo, el recurrente sostiene la ilegalidad de lo construido y dice textualmente: «Del mismo modo las acciones subsidiarias articuladas de adverso también se ven afectadas por la ilegalidad de sus construcciones. En este sentido ... hemos de insistir en que habida cuenta que la parte actora solicita como “acción subsidiaria” que Construcciones Alza, S.L. le compre sus dos construcciones ... es fundamental determinar si dichas viviendas son bienes de lícito comercio y por tanto susceptibles de ser adquiridas». Al fin, en el escrito de oposición a la apelación las demandantes de amparo se refieren a la pretensión subsidiaria al oponerse al motivo cuarto para discutir el motivo de la contraparte.

En síntesis, afirmar categóricamente que, de pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria se incidiría en incongruencia extra petita y reformatio in peius, sin exteriorizar razonamiento alguno que permita conocer que efectivamente el órgano ha constatado la vulneración del principio de contradicción y la concurrencia en el caso de indefensión material es una argumentación irrazonable. Abunda en esta calificación el hecho de que, existiendo referencias a la pretensión subsidiaria en la apelación, tampoco se exteriorice razonamiento alguno que permita conocer que el órgano ha descartado que la pretensión estuviera implícita.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Amalia Cuesta Estébanez, Cruz Roja Es-

pañola y Cáritas Española y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho de las recurrentes en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerlas en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de 20 de octubre de 2005, así como el Auto de 2 de febrero de 2006, ambos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimocuarta), recaídos en rollo de apelación núm. 121-2005, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la primera de las resoluciones citadas, a fin de que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 92/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 10064-2006. Promovido por la compañía mercantil Almond Inmo, S.L., frente a la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga en reclamación de deuda por comunidad de propietarios. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Sentencia de apelación que incurre en el error de identificar a quien era arrendatario de un inmueble propiedad de la empresa recurrente con el representante legal de ésta. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez

Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 10064-2006, promovido por la compañía mercantil Almond Inmo, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Calvo Mejjide y asistida por la Abogada doña María Guadalupe Cadenas del Prado, contra la Sentencia de 6 de octubre de 2006 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga en el rollo de apelación núm. 448-2006, por la que se estimó el recurso de apelación interpuesto por la supracomunidad Puerto del Almendro contra la Sentencia de 28 de julio de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Marbella en autos de juicio verbal núm. 294-2005. Ha comparecido la supracomunidad Puerto del Almendro, representada por el Procurador don Pedro Antonio González Sánchez y asistida por el Abogado don Raúl Vegas Bonet. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de noviembre de 2006 la Procuradora doña Concepción Calvo Mejjide, en nombre y representación de Almond Inmo, S.L., interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial mencionada en el encabezamiento por entender que vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin in-

defensión proclamado en el art. 24.1 de la Constitución Española, al haberse decidido la cuestión litigiosa incurriendo el Tribunal de apelación en error patente.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La supracomunidad Puerto del Almendro interpuso frente a la recurrente en amparo demanda de procedimiento monitorio en reclamación de 1.836,64 euros, a la que Almond Inmo, S.L., se opuso alegando que no forma parte de ninguna supracomunidad, que la actora no está constituida como comunidad de propietarios, y que en la asamblea de mayo de 2002 no se aprobó ninguna deuda a su cargo por el importe reclamado. La demanda siguió su tramitación por los cauces del juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Marbella, que dictó Sentencia de fecha 28 de julio de 2005 por la que desestimó la demanda interpuesta y absolvió a la demandada, hoy recurrente en amparo, de las pretensiones deducidas contra ella, con expresa condena en costas.

b) Contra la mencionada Sentencia del Juzgado de Marbella se interpuso por la actora recurso de apelación, que fue estimado por Sentencia de fecha 6 de octubre de 2006 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga. En su argumentación la Audiencia motiva la estimación del recurso en que «la demandada asistió debidamente representada al acto constituyente de la Supracomunidad, y que el resto de los propietarios ni los órganos constituidos, tenían porqué saber la relación interna del Sr. Gouillet con la mercantil citada a la Junta, ésta queda vinculada al haber participado en la constitución, como igualmente podría haber asistido e impugnado los acuerdos, ya que las citaciones han sido recogidas por la persona física que habita la vivienda propiedad de la mercantil demandada, sin hacer nin-

guna objeción, y esta persona no sólo es arrendatario, sino que a su vez es el representante de la administradora única de la mercantil demandada».

3. La entidad demandante de amparo denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) como consecuencia de haberse decidido la cuestión litigiosa incurriendo el Tribunal de apelación en un error patente al confundir a don Steven Gunnell con don André Marie Robert Gouillet, el primero arrendatario de la propiedad de la demandante y el segundo el legal representante de la sociedad propietaria de la finca, habiendo sido dicho error determinante de la decisión de estimar el recurso.

4. Por providencia de fecha 10 de diciembre de 2007 la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), en su redacción anterior a la aprobada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y disposición transitoria tercera de la referida Ley, conceder a la demandante y al Ministerio Fiscal plazo de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales que procedieran, las alegaciones pertinentes en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTC.

5. Por providencia de 29 de mayo de 2008 la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo presentado contra la Sentencia de 6 de octubre de 2006 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, interesando del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Marbella el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento del que trae causa el presente de amparo para que comparezcan en éste, si lo desean, al tiempo que ordenó formar pieza separada para la tramitación del incidente sobre la suspen-

sión interesada por la recurrente, suspensión que fue denegada por ATC 153/2009, de 18 de mayo.

6. Por diligencia de ordenación de fecha 26 de mayo de 2009 del Secretario de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal se tuvo por personado y parte en el procedimiento al Procurador de los Tribunales don Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de la supracomunidad de propietarios Puerto del Almendro, asistida por el Abogado don Raúl Vegas Bonet. Y a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC se acordó dar vista de todas las actuaciones del presente recurso, por un plazo común de veinte días, a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

7. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 25 de junio de 2009 evacuó el trámite de alegaciones conferido la entidad recurrente, solicitando la estimación del recurso de amparo y la anulación de la Sentencia impugnada con retroacción de las actuaciones al momento de dictarse Sentencia en el recurso de apelación, para que por la Audiencia de Málaga se pronuncie nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado. Reitera en su escrito la recurrente la existencia de error patente determinante del fallo en la resolución recurrida al confundir ésta al Sr. Gunnell, arrendatario de la finca propiedad de la demandante de amparo, con el Sr. Goullet, representante legal de la misma, lo que ha lesionado de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), aduciendo en apoyo de su queja la doctrina de este Tribunal sobre los requisitos y presupuestos que deben concurrir en el error como causa de lesión del invocado derecho fundamental.

8. Mediante escrito registrado el 26 de junio de 2009 cumplimentó el trámite

de alegaciones el Procurador don Pedro Antonio González Sánchez en representación de la supracomunidad de propietarios Puerto del Almendro. En su escrito la citada comunidad aduce el conocimiento y participación de la sociedad recurrente en la celebración y acuerdos adoptados en la junta de constitución de la supracomunidad, en la que compareció por medio de su representante, sin que se produjera impugnación de los acuerdos adoptados ni se formulara rehúse o protesta respecto de las numerosas comunicaciones dirigidas por la comunidad al lugar en el que se halla la finca propiedad de la recurrente.

9. Por su parte el Fiscal ante el Tribunal Constitucional evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el 2 de julio de 2009, por el que interesa el otorgamiento del amparo solicitado. Tras hacer un somero repaso a la doctrina consolidada por este Tribunal sobre el contenido y requisitos del error patente como causa de vulneración constitucional, y repasar la motivación que determina el fallo de la Sentencia, el Fiscal concluye que la Sentencia incurre en un grosero error patente de carácter fáctico con relevancia en su razonamiento y fallo, error que consiste en confundir al inquilino de la propiedad de la entidad recurrente, Sr. Gunnell, con el apoderado y representante legal de Almond Inmo, S.L., Sr. Goullet, en lo que se refiere a la notificación de la celebración de la asamblea constituyente de la supracomunidad y la persona asistente a la misma en nombre de la recurrente. Entiende el Fiscal que, a la vista de la documentación obrante en los autos, es claro que en modo alguno puede considerarse debidamente formalizada ni la citación ni la presencia de Almond Inmo, S.L., en la reunión constituyente de la supracomunidad, pues el Sr. Gunnell, que fue quien recibió la citación para la reunión y asistió a la misma, carecía de representación alguna de dicha entidad, y tampoco

consta en autos que diera cuenta de la citación a su arrendadora, por lo que, no habiendo sido debidamente convocada a la constitución de la comunidad, no pudo estar presente en la reunión mencionada para poder alegar lo que conviniese a su derecho y, en su caso, impugnar los acuerdos. A juicio del Ministerio Fiscal ese error produce la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su contenido de motivación de las resoluciones judiciales, en la interpretación que del mismo ha mantenido el Tribunal Constitucional al amparo de lo declarado en el art. 24.1 CE.

10. Por providencia de 11 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes, la compañía mercantil recurrente denuncia la lesión de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de haber incurrido la Sentencia impugnada en un error patente al confundir a don Steven Gunnell con don André Marie Robert Goullet, el primero arrendatario de la finca propiedad de la demandante de amparo y el segundo legal representante de la sociedad propietaria de la finca, habiendo sido dicho error determinante del fallo al entender erróneamente la Sala sentenciadora, que condena a la entidad ahora demandante de amparo al abono de las «cuotas comunitarias», que la misma fue debidamente citada y asistió a la reunión constitutiva de la supracomunidad en la persona de su representante legal, el Sr. Goullet.

Frente a la queja deducida la entidad compareciente y demandante en el procedimiento del que trae causa el presente de amparo (la supracomunidad Puerto

del Almendro) interesa la desestimación del amparo solicitado por cuanto la entidad recurrente participó debidamente representada en el proceso de constitución de la comunidad y tuvo cumplido conocimiento de los acuerdos de reclamación de la suma adeudada mediante las comunicaciones que se le dirigieron.

Finalmente el Fiscal solicita la estimación del amparo solicitado por advertir el error con relevancia constitucional en la motivación de la Sentencia impugnada que denuncia la entidad recurrente en su escrito de demanda.

2. Conforme se desprende de lo ya reseñado el objeto del presente recurso de amparo consiste en determinar si, como denuncia la entidad recurrente y comparte el Fiscal, la Sentencia de la Audiencia de Málaga ahora impugnada incurrió en un error patente lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE al motivar la condena de la entidad aquí recurrente.

Procede, pues, comenzar nuestro enjuiciamiento recordando la consolidada doctrina de este Tribunal sobre el error con relevancia constitucional; la STC 167/2008, de 15 de diciembre, nos ofrece una síntesis precisa de la misma. Señala dicha Sentencia, citando otras anteriores, que: «para poder apreciar un error de este tipo es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; b) que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte; c) que sea de carácter eminentemente fáctico, además de patente, esto es, inmediatamente veri-

ficable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y sin necesidad de recurrir a ninguna valoración o consideración jurídica; y *d*) que produzca efectos negativos en la esfera del ciudadano.» (FJ 2).

3. La aplicación de la doctrina reseñada al caso ahora examinado conduce forzosamente a la conclusión de que la Sentencia de 6 de octubre de 2006 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, que aquí se impugna, es efectivamente una resolución judicial incurso en un error patente con relevancia constitucional y, por consiguiente, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la sociedad mercantil demandante de amparo.

En el rollo de apelación que resuelve la Sentencia impugnada se discutían sustancialmente dos cuestiones: una, relativa a la existencia o no de zonas y elementos comunes que justificaran la creación de la supracomunidad del Puerto del Almendro, y la otra si Almond Inmo, S.L., había asistido legalmente representada a la asamblea constituyente de dicha supracomunidad, así como la recepción por la misma de las notificaciones y requerimientos de pago remitidos por la referida comunidad en reclamación de las «cuotas comunitarias» adeudadas. Pues bien, respecto de esta segunda cuestión, en la que se manifiesta el error patente denunciado, la resolución judicial impugnada fundamenta la revocación de la Sentencia absoluta apelada y la condena de la ahora recurrente en los siguientes términos (fundamento de Derecho segundo):

«También consta acreditado que la mercantil Almond Inmo S.L., fue constituida el día 18 de enero de 1998, que su representante legal (sic) es otra sociedad, la administradora única Fideso S.L., que a su vez representada por don Andre Goullet, quien asistió a la Junta constitu-

yente en nombre de la propiedad y sin hacer objeción alguna en este aspecto. Así las cosas, se está en el caso de estimar el recurso interpuesto, ya que de conformidad con lo argumentado, al constar que la mercantil demandada asistió debidamente representada al acto constituyente de la Supracomunidad, y que el resto de propietarios ni los órganos constituidos, tenían porqué saber la relación interna del Sr. Goullet con la mercantil citada a la Junta, ésta queda vinculada al haber participado en la constitución, como igualmente podría haber asistido e impugnado los acuerdos, ya que las citaciones han sido recogidas por la persona física que habita en la vivienda propiedad de la mercantil demandada, sin hacer ninguna objeción, y esta persona no sólo es arrendatario, sino que a su vez es el representante de la administradora única de la mercantil demandada. Y este era el motivo de oposición esgrimido en la oposición al proceso monitorio inicial, donde no se aludía a la falta de elementos comunes.»

La motivación transcrita permite apreciar de inmediato el error en el que incurre la Sala sentenciadora al considerar que la notificación y la asistencia a la asamblea constituyente de la supracomunidad se entendieron con el Sr. Goullet, que efectivamente era el representante legal de Almond Inmo, S.L., cuando de la documentación obrante en los autos se desprende con toda evidencia que no fue así, sino que aquella notificación y asistencia recayeron en el Sr. Gunnell, que, conforme expresa la Sentencia dictada en la primera instancia, era el arrendatario de la propiedad de Almond Inmo, S.L., de la que no consta que el Sr. Gunnell tuviera atribuida representación alguna. Dicho error patente y de carácter fáctico, que no es otro que confundir al inquilino, Sr. Gunnell, con el apoderado y representante legal de Almond Inmo, S.L., el Sr. Goullet, ha resultado determinante del sentido del fallo revocatorio de la resolu-

ción apelada, conforme explícitamente reconoce el razonamiento empleado por la Sala sentenciadora cuando, partiendo de la premisa de la asistencia del representante legal de la recurrente a la referida asamblea constituyente, enlaza directamente sobre la misma la conclusión de que: «Así las cosas, se está en el caso de estimar el recurso interpuesto».

Concurren, pues, en el caso examinado los presupuestos requeridos por nuestra doctrina (relevancia del error; imputabilidad del mismo al órgano judicial, carácter fáctico y manifiesto del mismo y trascendencia lesiva) para apreciar la existencia del error vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE, lo que debe conducir a la estimación del presente recurso de amparo en los términos que se expresan en el siguiente fallo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por la sociedad mercantil Almond Inmo, S.L., y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de fecha 6 de octubre de 2006 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga en el rollo de apelación núm. 448-2006, dimanante autos de juicio verbal núm. 294-2005, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la Sentencia anulada para que por el citado órgano jurisdiccional se dicte nueva resolución

respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 93/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 10669-2006. Promovido por don Roberto Rodríguez Jiménez frente a un Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictado en ejecución de Sentencia. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (intangibilidad): ejecución razonablemente coherente de una Sentencia que repone al demandante en su derecho al uso gratuito del agua. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 10669-2006, promovido por don Roberto Rodríguez Jiménez, representado por el Procurador de los Tribunales don Miguel Ángel Castillo Sánchez y asistido por el Letrado

don Miguel Ángel Rodríguez Llopis contra Autos de 6 de julio y 2 de noviembre de 2006, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, recaídos en ejecución de sentencia. Ha sido parte el Letrado de la Junta de Andalucía, y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 27 de noviembre de 2006, el Procurador de los Tribunales don Miguel Ángel Castillo Sánchez, en nombre y representación de don Roberto Rodríguez Jiménez, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que figuran en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) En fecha 25 de marzo de 2002, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Granada) dictó Sentencia estimatoria en parte del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor contra la denegación administrativa de la solicitud de indemnización formulada por el recurrente por la afección sufrida en el caudal utilizado por él, como consecuencia de sondeos y afloramientos realizados por el Instituto Nacional de Colonización para el suministro de agua a zona regable. El fallo condenaba a la Administración a «que abone al recurrente la parte proporcional del 64 por 100 de las facturas de energía eléctrica del caso, desde el momento en que se suprimió el correspondiente derecho, en la forma relatada en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución». En dicho

fundamento cuarto se detallaba la condena de la Administración a «reponer al recurrente en su preexistente derecho al uso gratuito de 19 horas de agua en tandas de 12 días (doc. N° 9 ramo prueba del actor) en la forma en que se venía satisfaciendo por la Administración, abonando al recurrente la parte proporcional del 64 por 100 de las facturas de energía eléctrica del caso, desde el momento en que se suprimió la prestación y hasta tanto quede extinguido el correspondiente derecho, en aplicación de la norma contenida en la D. Transitoria tercera antes aludida».

b) Interpuesto recurso de casación contra dicha Sentencia por el Letrado de la Junta de Andalucía, en representación del Instituto Andaluz de Reforma Agraria, se tuvo por preparado por la Sala a quo, inadmitiéndose por el Tribunal Supremo mediante Auto de 30 de Septiembre de 2004, en aplicación de la disposición transitoria primera, apartado 2, último inciso, de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

c) Firme la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia tras la precitada inadmisión, mediante diligencia de ordenación de 22 de noviembre de 2004 se remitió testimonio de la misma a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía para ser llevada a puro y debido efecto, disponiéndose dicho cumplimiento por esta Administración mediante Orden de 3 de diciembre de 2004.

d) A través de escrito presentado en fecha 20 de abril de 2005 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la parte recurrente instó la ejecución de la Sentencia al amparo de los artículos 104.2 y 113.2 LJCA, al no habersele repuesto en el uso de las aguas por tiempo de diecinueve horas en tandas de doce días. Requerida la Administración para que informara sobre el cumplimiento de lo fallado, ésta remitió, por escrito de 20

de octubre de 2005, informe de 17 de octubre de 2005, del Servicio de Asentamientos Agrarios de la Consejería de Agricultura y Pesca (Dirección General de regadíos y estructuras) de la Junta de Andalucía mediante el que se comunicaba que se encontraba «en fase de estudio» la forma de abono de las indemnizaciones. Dada vista de este oficio a la parte ejecutante para alegaciones, la representación del recurrente, mediante escrito de 25 de noviembre de 2005, manifestó que por la Administración se estaba incumpliendo el pronunciamiento esencial de la Sentencia, referido a la reposición al actor en su preexistente derecho al uso del agua de la Ventilla en la forma y con el caudal determinado, solicitando que por el Tribunal se ordenara a la Administración la puesta a disposición del caudal correspondiente durante diecinueve horas en tandas de doce días, en el término de quince días desde el dictado de la resolución de la ejecución.

e) Mediante Auto de 6 de julio de 2006 se declaraba no haber lugar a lo solicitado por la recurrente, pues la pretensión de reposición en el uso de las aguas no era acorde con lo decidido en la Sentencia, que limitaba las consecuencias de la estimación a «la asunción por el Instituto Nacional de reforma y Desarrollo Agrario de la obligación de abono del 64 por 100 de las facturas de energía eléctrica generadas».

f) Frente a dicha resolución interpuso el actor recurso de súplica, que fue desestimado por Auto de 2 de noviembre de 2006, en el que la Sala insistía en las conclusiones del Auto recurrido, con cita de un escrito anterior del demandante a la Consejería de Agricultura y Pesca, donde implícitamente estaría reconociendo la asunción del abono de las facturas como única reivindicación.

3. En la demanda de amparo, el recurrente denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva en la vertiente del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales, vulneración que, según sostiene, se habría producido en fase de ejecución de Sentencia, al rechazar el Tribunal la obligación de la Administración de reponer al actor en el uso gratuito de determinadas horas de agua como parte integrante del fallo de la Sentencia, y ello por entender la Sala que dicho fallo únicamente obligaba a la Administración al abono de la parte proporcional del 64 por 100 de las facturas de energía eléctrica.

4. Mediante providencia de 28 de octubre de 2008, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, y en cumplimiento de lo preceptuado por el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), interesar de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción de la parte demandante, para que puedan comparecer en el plazo de diez días en el proceso constitucional, dirigiendo atentos oficios respectivamente a dicha Sala y a la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para la remisión, en plazo que no excediera de diez días, de certificación o fotocopia adverbada de las actuaciones de instancia y casación, respectivamente.

5. Por medio de escrito presentado el 19 de enero de 2009, se personó en el presente recurso de amparo la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que ostenta.

6. Por diligencia de ordenación de fecha 12 de marzo de 2009, se tuvo por personada a la Junta de Andalucía, acordando dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para presentación de las alegaciones que esti-

maran pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

7. El Fiscal formuló sus alegaciones en escrito presentado el 2 de abril de 2009, en el que interesó la denegación del amparo, por entender que la determinación del sentido del fallo es función privativa de la jurisdicción ordinaria, limitándose el control de este Tribunal Constitucional a examinar la racionalidad de la decisión. Es decir, se trata de un control de sentido negativo, en el que es necesaria una valoración global, como establece, por todas, la STC 240/1998, lo que incluiría una reflexión secuencial no sólo sobre el fallo declarativo concreto y el fundamento cuarto al que se remite, sino en relación con toda la Sentencia.

Esta perspectiva sirve al Ministerio público para hacer un examen integrador de la totalidad de los fundamentos jurídicos de la Sentencia, de donde deduce que, ya desde su fundamento primero, la Sentencia parte de que el objeto del recurso era el derecho al pleno dominio de las aguas, que le correspondía al actor antes de los sondeos que afectaron al caudal, y que habría sido inicialmente cuantificado en la concesión gratuita de uso de 38 horas de agua en tandas de doce días. Dicha cuantificación sería concretada, a su vez y a partir del año 1981, en la asunción, por el Instituto Público, de la obligación del abono del 64 por 100 de las facturas de energía eléctrica, con lo que el Tribunal lo que hace es, tras constatar la imposibilidad de restituir in natura al recurrente, declarar su derecho a la indemnización tal y como se venía haciendo por la Administración, es decir, exclusivamente a través de dicho abono parcial de las facturas. Por ello, parte el Fiscal de que no existe un error en la ejecución del fallo, sino que lo que se debería haber impugnado por el demandante es la posible incongruencia de éste con las pretensiones vertidas en la demanda, bien a través de la denuncia de incongruencia, bien a través de la aclaración,

pero sosteniendo que, en todo caso, el defecto no se encuentra en la ejecución del fallo sino, en su caso, en la propia génesis del mismo como consecuencia de la defectuosa delimitación de las pretensiones realmente interesadas por la parte en su escrito de demanda.

8. Mediante escrito registrado el 6 de abril de 2009, el Procurador de los Tribunales don Miguel Ángel Castillo Sánchez, en nombre del demandante, presentó escrito de alegaciones en similares términos a los de la demanda de amparo.

9. Por escrito presentado el 22 de abril de 2009, el Letrado de la Junta de Andalucía interesó, como pretensión principal, la inadmisión del recurso de amparo por carecer de contenido constitucional, carencia que, a juicio de dicho Letrado, resultaba evidente con la mera lectura del fallo de la Sentencia en relación con el Auto de ejecución recurrido, con cita del ATC 358/2008, de 10 de noviembre, que sustentaría dicha falta de contenido. Subsidiariamente interesaba la denegación del amparo por considerar que la inexistencia de condena al restablecimiento en el uso de las aguas era consecuencia lógica del carácter parcial de la estimación, pues en el fundamento cuarto de la Sentencia se reconocía la ilegítima privación del uso del agua, obligando a la reposición en el derecho del actor como lo venía haciendo la Administración, es decir, exclusivamente a través de la compensación mediante el pago del 64 por 100 del importe de las facturas de energía eléctrica generadas.

10. Por providencia de 11 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de 6 de julio de 2006,

de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, dictado en ejecución de Sentencia de 25 de marzo de 2002, y por el que se declaraba no haber lugar a la solicitud de la parte demandante de ser reintegrada en su derecho al uso gratuito de diecinueve horas de agua en tandas de doce días, a la par que el abono por la Administración del 64 por 100 de las facturas de energía eléctrica, por ser ambas obligaciones consecuencia y ejecución, según la demandante, del fallo de la Sentencia de 25 de marzo de 2002. Asimismo, se impugna el Auto de 2 de noviembre de 2006, que desestimó el recurso de súplica interpuesto contra el anterior.

La parte recurrente denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente de la intangibilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), causada, según sostiene, porque el Auto dictado en ejecución habría cercenado uno de los dos pronunciamientos de condena que incluía la Sentencia de 25 de marzo de 2002, en concreto, el relativo al restablecimiento del recurrente en el uso de las aguas, en la forma y proporción referida en el fundamento cuarto de la Sentencia mencionada.

Por su parte, el Fiscal interesa la denegación del amparo al no apreciar vulneración del derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos, pues, de existir, la vulneración se habría dado en el propio proceso de configuración e interpretación de las pretensiones al dictar Sentencia, pero no en la posterior fase de ejecución. En similares términos se pronuncia el Letrado de la Junta de Andalucía, si bien postula con carácter principal la inadmisión del recurso por la para él evidente falta de contenido constitucional de la demanda de amparo.

2. Antes de entrar a examinar el fondo del recurso, hemos de referirnos a la causa de inadmisión del recurso de amparo

opuesta por el Letrado de la Junta de Andalucía, que sostiene con base en la falta de contenido constitucional de la demanda. Dicha causa de inadmisión encontraría apoyo en el art. 50.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, conforme al cual la Sección podía, por unanimidad de sus miembros, inadmitir inicialmente por providencia el recurso de amparo cuando la demanda careciera manifiestamente de contenido que justificase una decisión sobre el fondo de la misma por parte de este Tribunal. Ahora bien, tal decisión de inadmisión por falta de contenido del recurso sólo podía producirse en la fase liminar de admisión del mismo, pero, una vez que ha tenido lugar la admisión a trámite, como en el caso que nos ocupa, la apreciación de tal carencia de contenido en cuanto al fondo del recurso sólo podrá dar lugar a su desestimación en el momento de dictar Sentencia, mas ya no a su inadmisión. Por tanto, será en el momento de analizar las quejas del recurrente cuando debamos apreciar si presentan o no la manifiesta falta de fundamento que alega el Letrado de la Junta de Andalucía.

3. Aclarado lo anterior, debemos precisar que el objeto del presente amparo se ha de circunscribir, en virtud de la delimitación que de la pretensión de amparo hace el propio demandante, a la posible vulneración de la intangibilidad de las sentencias en fase de ejecución por el propio órgano que las dictó, sin que, dados los límites del control que en el caso ejerce este Tribunal, pueda la presente Sentencia realizar declaración alguna sobre las situaciones jurídicas preexistentes relacionadas especialmente con el derecho al caudal y uso gratuito de las aguas, como se pretende en el petitum de la demanda de amparo. Y a tal respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal la sintetizada, por todas, en la STC 121/2007, de 21 de mayo, FJ 1, en la

que dijimos que «en cuanto que la interpretación del sentido del fallo de las resoluciones judiciales es una función estrictamente jurisdiccional que, como tal, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, el alcance de las posibilidades de control, por parte de este Tribunal, del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) no es ilimitado. En este sentido, es también doctrina constitucional consolidada que el control que este Tribunal puede ejercer sobre el modo en que los Jueces y Tribunales ejercen esta potestad se limita a comprobar si estas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta. Y, junto a ello, hemos advertido también reiteradamente que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde igualmente a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo serán revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (SSTC 242/1992, de 21 de diciembre, FJ 3; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3, 87/2006, de 27 de marzo, FJ 6, entre otras)».

Prosigue afirmando la citada Sentencia, en el mismo fundamento jurídico 1, que «lo anterior significa que en el recurso de amparo no puede debatirse de nuevo sobre el contenido de la Sentencia que se ejecuta, ni sobre la interpretación y consecuencias de su fallo, ya que, como recuerda la STC 116/2003, de 16 de junio, FJ 3, “(e)l canon constitucional de fiscalización del ajuste de la actividad jurisdiccional de ejecución al fallo se compone pues, naturalmente, del fallo mismo (interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito), y asimismo de lo posteriormente resuelto para ejecutarlo, examinando si hubo o no un apartamiento irrazonable, arbitrario o erróneo

en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta”». Y añade que «para determinar si los autos de ejecución se han apartado del significado y alcance de los pronunciamientos de la Sentencia de la que traen causa es necesario partir del examen de tales pronunciamientos que, plasmados en el fallo o parte dispositiva, son consecuencia de la fundamentación jurídica de dicha resolución judicial, en una línea secuencial que une las alegaciones y pretensiones de la parte actora con la fundamentación jurídica y argumentación que funda la Sentencia, para desembocar en el fallo y concretos pronunciamientos contenidos en éste. La función jurisdiccional de decir el Derecho, presupuesto necesario de la ejecución, no permite una consideración aislada de cada uno de dichos momentos y actos procesales, sino que requiere su valoración unitaria o global, pues ésta es la que permite extraer, con mayor grado de certeza, el genuino alcance y significación de las determinaciones del órgano jurisdiccional y de los efectos jurídicos, de naturaleza formal o material, que deben producir aquéllas».

4. La aplicación de la doctrina expuesta al caso concreto obliga, así, a examinar los Autos de ejecución impugnados desde el prisma de la efectiva existencia de un apartamiento irrazonable, arbitrario o erróneo, en relación con el significado y alcance de los pronunciamientos del fallo de la concreta resolución a ejecutar y, a su vez, con la perspectiva y en el ámbito que circunscribe la fundamentación jurídica, sin otra reflexión sobre la legalidad ordinaria aplicada que la estrictamente necesaria para la comprobación de la correlación entre fundamentación jurídica, parte dispositiva y resolución de ejecución.

En el presente supuesto, el fundamento de Derecho único del Auto de ejecución deniega lo interesado por el demandante

de amparo razonando que en la Sentencia a ejecutar «se expresa que a partir del año de 1981 el derecho correspondiente habría quedado concretado “en la asunción por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario de la obligación del abono del 64 por 100 de las facturas de energía eléctrica generadas ...” que fue, a la postre, el derecho reconocido en la parte dispositiva de la resolución judicial de la litis». Dicha parte dispositiva de la Sentencia de 25 de marzo de 2002 condenaba a la Administración a «que abone al recurrente la parte proporcional del 64 por 100 de las facturas de energía eléctrica del caso, desde el momento en que se suprimió el correspondiente derecho, en la forma relatada en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución».

Así, lo que en ese fallo se establece es la remisión al fundamento cuarto de la propia Sentencia, a los efectos de detallar la forma y condiciones de la concreta condena de abono del 64 por 100 de las facturas eléctricas, «desde el momento en que se suprimió la prestación y hasta tanto quede extinguido el correspondiente derecho, en aplicación de la norma contenida en la D. Transitoria tercera antes aludida». Pero no abarca, como la parte pretende, la totalidad de un fundamento que, si bien recoge las dos actuaciones, de reposición en el uso gratuito de las diecinueve horas de agua, y de abono proporcional de las facturas, puede razonablemente interpretarse, como lo hace la Sala en el Auto de ejecución impugnado, en el sentido de que la forma en que la Administración venía satisfaciendo el derecho del recurrente a reponerle en su preexistente derecho al uso gratuito del agua era, precisa y exclusivamente, el abono de la parte proporcional del 64 por 100 de las facturas de energía eléctrica. Dicha intelección no se entiende irrazonable, arbitraria o errónea a la vista del propio fundamento y del fallo de la Sentencia, y la parte recurrente, en

el momento de la recepción de ésta, tampoco apreció oscuridad o error que le indujeran a solicitar, al amparo del art. 267.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la aclaración de la Sentencia, o a promover incidente de nulidad de actuaciones basado en incongruencia del fallo con las pretensiones, según la regulación vigente en el momento de dictarse la Sentencia de cuya ejecución se trata, contenida en el art. 240.3 LOPJ.

Esta falta de reacción ante el tenor de la Sentencia desde el punto de vista de su pretendida falta de claridad y congruencia, puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal, es en todo caso imputable a la parte demandante, e invariablemente revierte en el sentido del presente recurso de amparo, resaltando el hecho de que el defecto jurisdiccional, de existir, se hallaría en la propia intelección –y consecuente concepción– por la Sala de la pretensión originaria de la parte en el momento del dictado de Sentencia, pero no en la posterior fase de ejecución del fallo, ejecución que se limita a ratificar lo ordenado en el mismo y que, por ende, no adolece de vicio constitucional alguno.

En conclusión, este Tribunal no se puede pronunciar ex novo y en contravención de la necesaria subsidiariedad del recurso de amparo, sobre si los razonamientos de la Sentencia de única instancia pudieran haber sido más claros –oscuridad cuya denuncia es carga previa de las partes–, sino si concurre, en la ejecución de dicha Sentencia, un apartamiento tal cuya arbitrariedad, irrazonabilidad o error obligue a este Tribunal a pronunciarse corrigiendo la lesión, lo que, como ha quedado expuesto, no se ha producido en este caso, en el que la resolución dictada en la fase de ejecución resulta razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta, conclusión a la que se limita el control que este Tribunal puede ejercer sobre la potestad jurisdiccional de hacer

ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), lo que conlleva la denegación del amparo en los términos solicitados.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 94/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 171-2007. Promovido por doña Eugenia Babiano Pizarro frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que estimó el recurso de apelación en causa por delitos de malos tratos habituales y lesiones, así como por faltas de lesiones y amenazas. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Sentencia de apelación que no toma en cuenta los testimonios de la denunciante, cónyuge del acusado, y de la hija común de ambos, porque no se les había informado de que estaban legalmente exentas de la obligación de declarar. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don

Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 171-2007, promovido por doña Eugenia Babiano Pizarro, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Lourdes Amasio Díaz y asistida por el Letrado don Juan Carlos García Navarro, contra la Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 884/2006, de 30 de octubre, recaída en el rollo de apelación núm. 351-2006 contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona núm. 220/2006, de 23 de mayo, dictada en procedimiento abreviado núm. 129-2006 por delitos de malos tratos habituales y de lesiones y por faltas de lesiones y de amenazas. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 8 de enero de 2007, don Juan Carlos García Navarro, Letrado del turno de oficio, en nombre y representación de doña Eugenia Babiano Pizarro, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial a la que se ha hecho mención en el encauzamiento de esta Sentencia.

2. En la demanda de amparo se recoge la relación de antecedentes fácticos que a continuación se resume.

a) La demandante de amparo presentó diversas denuncias contra don J. P. V., padre de sus hijos, que dieron lugar a las diligencias previas núm. 709-2002 tramitadas ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Martorell y que, tras dictarse Auto de apertura de juicio oral, fueron remitidas al Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona, que dictó la Sentencia núm. 220/2006, de 23 de mayo, en el procedimiento abreviado núm. 129-2006. en la que se contiene el siguiente relato de hechos probados:

«Único.–De una valoración crítica y objetiva de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral han resultado probados y así se declaran los siguientes hechos:

[J. P.V.], con DNI [...], mayor de edad y sin antecedentes penales, en pleno proceso de separación de su esposa llevó a cabo los siguientes hechos:

El día 16/06/2002 sobre las 10.00 horas acudió al domicilio familiar sito en la calle [...] de la localidad de Sant Andreu de la Barca, donde tras registrar el domicilio se dirigió a Eugenia Babiano Pizarro y exhibiéndole un cuchillo, que previamente había cogido del interior de una caja, le requirió la entrega de dinero, consiguiendo que la Sra. Babiano le entregase una cantidad de dinero indeterminada y una tarjeta de crédito, ante el temor que los hechos le produjo al estar presente la hija común del matrimonio.

El día 18/06/2002 sobre las 14.30 horas el acusado acudió de nuevo al domicilio anteriormente indicado y encontrándose con la Sra. Babiano en el ascensor la empujó al interior del mismo, haciéndola caer al suelo al tiempo que trataba de quitarle las llaves del coche. Como consecuencia de estos hechos la Sra. Babiano sufrió contusiones en ambos brazos y en región cervical, que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa, tardando en curar

tres días, uno de los cuales se halló impedida para sus ocupaciones habituales.

Sobre las 2,30 horas del día 19/06/2002 el acusado se dirigió al “parquing” comunitario de la vivienda sita en la calle Urgel donde pinchó las cuatro ruedas del vehículo Audi A-6, matrícula [...], propiedad de la Sra. Babiano al tiempo que hacía suya la carátula del radiocassette y diversos discos compactos. Como consecuencia de tal acción el citado vehículo sufrió desperfectos que han sido pericialmente tasados en la cantidad de 560,26 euros.

En fecha 21/06/2002 el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Martorell dictó auto de alejamiento por el que prohibía al acusado aproximarse a Eugenia Babiano y a su domicilio y comunicarse con ella.

Asimismo la Sra. Babiano como legal representante de su hijo [A.], menor de edad en la fecha del 16/06/2002, denunció que el citado día el acusado acudió a su domicilio y hallando en el interior del mismo a su hijo le golpeó causándole lesiones que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa.

Tras la actividad probatoria no han quedado acreditados tales hechos.»

b) El Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona absolvió a don J. P. V. del delito de violencia doméstica habitual [art. 153.2 del Código penal (CP)] y de una falta de lesiones (art. 617.1 CP) de los que había sido acusado y le condenó como autor responsable de un delito de daños (art. 263 CP), de una falta de amenazas (art. 620.2 CP) y de otra falta de lesiones (art. 617.1 CP), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis meses de multa, por el delito de daños, un mes de multa, por la falta de lesiones, y diez días de multa, por la falta de amenazas, con una cuota diaria en todos los casos de seis euros y con la responsabilidad personal subsidiaria de

un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, así como al pago de la mitad de las costas procesales causadas en la instancia.

Por vía de responsabilidad civil se le condenó a indemnizar a la recurrente en amparo en la cantidad de 560,24 € por los desperfectos ocasionados en el vehículo de su propiedad, y en la cantidad de 1.000 € por el periodo de sanidad de las lesiones sufridas y los daños morales ocasionados.

c) Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación la demandante de amparo y don J. P. V. La demandante de amparo adujo, en síntesis, vicio de incongruencia omisiva, al haber omitido el Juzgado de lo Penal pronunciamiento sobre la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de robo con violencia (art. 242 CP), un delito de allanamiento (art. 202 CP) y otro delito de robo con fuerza (art. 238 CP); error en la valoración de la prueba, al no haber efectuado el Juzgado una valoración crítica de la prueba practicada, en concreto, la testifical del hijo del matrimonio; error en la valoración de la prueba, al no haberse apreciado la habitualidad exigida por el art. 153 CP; y, en fin, la insuficiencia de la cantidad fijada en concepto de responsabilidad civil, que en modo alguno compensaba la pesadilla padecida por la recurrente en amparo.

d) La Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó la Sentencia núm. 884/2006, de 30 de octubre, en la que, modificando el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia, estableció el siguiente relato fáctico:

«el día 29 de junio de 2002, el acusado se dirigió al “parquin” comunitario de la vivienda sita en la calle [...], donde se encontraba el vehículo Audi A-6, matrícula [...], que figura a nombre de la Sra. Babiano al tiempo que abrió el mismo con una copia de llaves e hizo suya la

carátula del radiocassette y diversos discos compactos. No ha quedado acreditada la autoría de los daños del vehículo y tampoco de manera concreta a quien pertenecían los cd's y radiocassette que se encontraban en el interior del mismo.»

La Sala, dictó Sentencia con el siguiente fallo:

«Fallamos, Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. [J. P. V.], contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de Barcelona, dictada en fecha 23 de mayo de 2006, en Procedimiento Abreviado número 129/2006 de los de dicho órgano jurisdiccional. Revocamos íntegramente la resolución dictada, y debemos absolver y absolvemos a D. [J. P. V.], de todos los delitos por lo que vino condenado con todos los pronunciamientos favorables.»

3. En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), se aducen las siguientes vulneraciones del referido derecho fundamental.

a) Se sostiene, en primer término, que la demandante de amparo, con base en una interpretación rigorista y formalista de la legislación procesal, no ha obtenido de la Audiencia Provincial una respuesta a sus legítimas pretensiones respecto a la denunciada incongruencia omisiva en la que habría incurrido la Sentencia del Juzgado de lo Penal en relación con la no tipificación de los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de robo con intimidación y otro de robo con fuerza. En el recurso de apelación había quedado meridianamente claro cuál era la infracción alegada y la voluntad de la recurrente de que se subsanara el evidente error puesto de manifiesto. La Audiencia Provincial ha vulnerado con su respuesta la reiterada

jurisprudencia de este Tribunal Constitucional sobre la finalidad de los requisitos procesales. Es obvio que, si lo que procede procesalmente es la nulidad de la Sentencia, que no del juicio, es lo que se está solicitando en el recurso, y el suplico del mismo debe ser integrado con el contenido de todo el recurso, sin que en ningún caso el pronunciamiento de la Audiencia Provincial implicara una vulneración del art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ya que no estaría declarando una nulidad de oficio sino a petición de parte.

Asimismo, en conexión con el denunciado vicio de incongruencia omisiva en el que habría incurrido la Sentencia del Juzgado de lo Penal, se sostiene en la demanda que en ningún momento se concreta ni se fundamenta en la Sentencia de apelación la afirmación de que en el caso actual no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para poder estimar el motivo alegado. Esta falta de motivación hace que la demandante no sepa si la desestimación de sus pretensiones viene determinada por cuestiones formales, que considera rigoristas, o de fondo, que califica de manifiestamente erróneas.

b) La Audiencia Provincial anula prácticamente la totalidad de lo practicado en la sesión del juicio oral por una supuesta vulneración del art. 416 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), al entender que no se había advertido a la demandante de amparo y a su hija de la posibilidad y del derecho a no declarar contra el denunciado.

Tras reproducir el art. 416 LECrím, se afirma que la LECrím no contiene ningún mandato que obligue al Juez enjuiciador, distinto del instructor, a realizar la advertencia a la que se hace referencia en aquel precepto. Advertencia que en este caso sí se llevó a cabo por el Juez Instructor, respecto de quien está ejerciendo de forma voluntaria la acusación parti-

cular, que disponía de un Abogado que le informó de tales extremos, y, en fin, que tiene un interés concreto en que se enjuicien los hechos denunciados. No puede olvidarse que en la Sentencia del Juzgado de lo Penal se consigna expresamente que “la actividad probatoria, que se ha circunscrito esencialmente a la declaración de la denunciante y de los hijos del acusado, quienes haciendo uso de la facultad que les confiere el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han manifestado su voluntad de querer declarar” (fundamento de Derecho primero).

De otra parte dicho argumento no fue alegado por la representación del acusado. En cualquier caso, aun en el supuesto de que no se hubiera informado del contenido del art. 416 LECrím, ello no supondría ninguna vulneración de una norma esencial del procedimiento, pues no se trata de ningún derecho del acusado, sino de una simple potestad de los testigos en beneficio único de éstos, no de los inculpaos.

c) La Audiencia Provincial, sin respetar el acertado y razonado criterio de la Sentencia de instancia, revoca ésta por dar plena credibilidad a la versión exculpatoria del acusado y considerar que los objetos que éste entregó a la policía eran de su propiedad, sin tener en cuenta que dichos objetos no fueron entregados, sino encontrados en el lugar de trabajo del acusado, entre los que figuraban, además de la radio y los cd's, la varilla de aceite del coche y otros documentos y objetos personales de la demandante. Lo que evidencia la ubicación del acusado en el lugar de los hechos, así como su voluntad de menoscabar el patrimonio y la tranquilidad de la demandante.

De otra parte, en la Sentencia, al referirse al supuesto delito de robo con fuerza, se afirma que los hechos serían antijurídicos en virtud del art. 268 CP al no constar si la separación ese día era de

hecho o legal, cuando el citado artículo no distingue entre una y otra separación.

Tales argumentaciones son arbitrarias e irracionales y, por ello, lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

d) En relación con el delito de violencia doméstica lo que la demandante de amparo pretendía con el recurso de apelación era que la Audiencia Provincial, con base en los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, valorase los razonamientos que había efectuado el Juzgado de lo Penal, pues se trataba simplemente de apreciar o no la habitualidad que en su momento exigía el art. 153 CP y que, a juicio de la demandante de amparo, concurría en los hechos declarados probados en la Sentencia del Juzgado de lo Penal.

Ello supone una vulneración del art. 24 CE, al no darse respuesta a lo que se pedía, que no era la revisión de la prueba, sino la calificación de los hechos probados.

Concluye la demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial, retro trayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado dicha Sentencia. Por otosí se interesó se librara el correspondiente oficio al Colegio de Procuradores de Madrid, a fin de proceder a la designación de representante causídico para la demandante, beneficiara del derecho de asistencia jurídica gratuita.

4. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2007, previamente a la designación de Procurador del turno de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se concedió a la recurrente un

plazo de diez días para que presentase escrito firmado por doña Eugenia Babiliano Pizarro, en el que manifestara su propósito de interponer recurso de amparo, o bien se ratificase en el escrito ya presentado por su Letrado, así como para que éste acreditara que había dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 4.3 del Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996 («BOE» de 19 de julio) sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, en relación con el art. 27 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, aportando copia del escrito de renuncia a percibir honorarios presentado ante los titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el Colegio en que se halle inscrito.

Acreditados los anteriores extremos mediante escrito presentado por el Letrado don Juan Carlos García Navarro en fecha 12 de febrero de 2007, con su correspondiente documentación adjunta, por nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 20 de febrero de 2007, se acordó dirigir atenta comunicación al Colegio de Procuradores de Madrid, a fin de que, conforme a lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y en el Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996 sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, se designara, si procediese, Procurador del turno de oficio que representara a la recurrente en amparo.

Por nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 24 de abril de 2007, se tuvo por designada por el turno de oficio como Procuradora a doña María Lourdes Amasio Díaz y como Abogado designado por la recurrente a don Juan Carlos García Navarro; se hizo saber a los mismos y a la demandante tales designaciones; y se le concedió un plazo

de diez días a la indicada Procuradora para que se ratificara en el escrito de interposición del recurso de amparo presentado en fecha 8 de enero de 2007.

Por escrito presentado en fecha 10 de mayo de 2007, doña María Lourdes Amasio Díaz, Procuradora de doña Eugenia Babiano Pizarro, se ratificó en el citado escrito de interposición del recurso de amparo.

5. La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, por providencia de 21 de mayo de 2008, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, en la redacción anterior a la aprobada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y con lo establecido en la disposición transitoria tercera de esta Ley, acordó conceder a la parte demandante y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales que tuvieran por conveniente, las alegaciones que procediesen en relación con el art. 50.1 LOTC.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 28 de octubre de 2008, admitió a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir sendas comunicaciones a la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona y al Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 351-2006 y al procedimiento abreviado núm. 129-2006, debiendo previamente el Juzgado emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la demandante de amparo, para que si lo desearan pudieran comparecer, en el plazo de diez días, en este recurso de amparo.

6. Doña María Lourdes Ramos Agundo, Letrada designada de oficio de

don J. P. V., mediante escrito dirigido a la Sala Segunda del Tribunal Constitucional y presentado en el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona, solicitó se le tuviera por comparecida en el recurso de amparo, así como se designara a don J. P. V. Abogado y Procurador del turno de oficio.

Por diligencia de ordenación de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 30 de diciembre de 2008, subsanada por posterior diligencia de ordenación de 19 de enero de 2009, previamente a solicitar la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio se acordó conceder a don J. P. V. un plazo de diez días para que presentase escrito suscrito y firmado por él en el que manifestara su propósito de personarse en el presente recurso de amparo, advirtiéndole que, de no atender a este requerimiento en el plazo indicado, la Sección podría acordar continuar la tramitación del recurso sin su intervención.

Presentado en fecha 30 de marzo de 2009 un escrito firmado por don J. P. V. en el que se ratificó en el escrito presentado por su Letrado, por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 27 de marzo de 2009, se dirigió atenta comunicación al Colegio de Abogados de Madrid a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y en el Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, se designara, si procediese, Abogado y Procurador del turno de oficio que le defendiera y representase, respectivamente, acompañando a dicha comunicación copia del escrito presentado.

En fecha 6 de julio de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del turno de oficio/asistencia jurídica gratuita del Colegio de

Abogados de Madrid en el que se comunicó al Tribunal Constitucional que, al no haberse cumplimentado el requerimiento efectuado por dicho Colegio, se procedió en fecha 23 de junio de 2009 al archivo de la solicitud de asistencia jurídica gratuita formulada por don J. P. V.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de julio de 2009, acordó incorporar a las actuaciones el anterior escrito y tener por decaído el derecho de don J. P. V. a personarse en este recurso de amparo, salvo que en el plazo de diez días compareciese con Abogado y Procurador de su libre designación y a su costa.

Por nueva providencia de 17 de septiembre de 2009 la Sala acordó tener a don J. P. V. por decaído en su derecho a personarse en el presente recurso de amparo, al no haber subsanado la falta de postulación en el plazo concedido.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 21 de octubre de 2009, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte demandante y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro del cual pudieron efectuar las alegaciones que tuvieron por conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

8. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 1 de diciembre de 2009, que, en lo sustancial, a continuación se extracta.

a) En relación con la obligada declaración de nulidad de la Sentencia de instancia que debería haber acordado la Audiencia Provincial por el vicio de incongruencia omisiva en el que aquélla incurría a juicio de la demandante, el Ministerio Fiscal sostiene que la respuesta de la Audiencia no puede considerarse vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues la imprecisión de la concreta pretensión deducida

(«subsanan en la forma que procesalmente establece nuestro ordenamiento») no permitía al órgano judicial conocer con la precisión debida cuál era la particular pretensión deducida, habida cuenta de la amplitud, generalidad y variedad de vías que procesalmente puede establecer el Ordenamiento jurídico, no siendo exigible al órgano judicial sustituir a las partes procesales, ni que realice una labor interpretativa de lo que efectivamente éstas hayan podido solicitar, asumiendo, en definitiva, una responsabilidad de impulso procesal que no le compete y de la que se derivarían consecuencias (nuevo enjuiciamiento del acusado e hipotética absolución –pues se ignora si lo que se pretende es la nulidad de la Sentencia o del juicio–) que, al no ser queridas por la actora, le llevarían sin duda a sostener entonces la extralimitación del órgano judicial en sus cometidos.

Pero además, la Audiencia Provincial ha resuelto la cuestión planteada rechazando expresamente la existencia de incongruencia omisiva, al señalar que tal incongruencia no existiría en tanto los hechos que constituyen la descripción de las figuras penales que se proponen se relacionan en su integridad y se emplean para configurar otras figuras penales diferentes por las que finalmente en la Sentencia de instancia se condena al inculgado. De este modo es evidente que el Juez de lo Penal responde tácitamente a las pretensiones de la acusación particular, pues, relatando las conductas y valorándolas ampliamente, llega a la conclusión de que integran un delito de daños y sendas faltas de amenazas y lesiones, desestimando así la realidad de los supuestos delitos de robo con violencia, allanamiento y robo con fuerza. En definitiva, el órgano de apelación ni siquiera estima procedente declarar la nulidad de la Sentencia de instancia –aunque fuera esto lo que se le pedía en el recurso–, pues entiende que los pro-

nunciamentos de aquélla son plenamente congruentes con lo pedido.

b) Respecto a la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por el supuesto error patente en el que ha incurrido la Audiencia Provincial en relación con el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 416 LECrim, el Ministerio Fiscal alega que el examen del acta del juicio y el visionado del primer cd en el que se registró videográficamente la vista oral celebrada el día 9 de mayo de 2006 obligan a estimar plenamente ajustada a la realidad la aseveración de la Sentencia de instancia de que tanto la esposa como los hijos del acusado hicieron uso de la facultad de declarar para la que les habilita el art. 416 LECrim.

Ciertamente, como se sostiene en la Sentencia de apelación, al inicio de la declaración de la esposa no se le advierte expresamente por el Juez de su derecho a no declarar, limitándose a preguntarle si está divorciada y contestando aquélla que su estado civil es el de separada. En la declaración de su hija se le pregunta si quiere declarar, contestando afirmativamente. La Sala de apelación deduce de tal modo de producirse las correspondientes testificales que no se habrían respetado escrupulosamente las exigencias del art. 416 LECrim.

Sea cual sea el fundamento legal de la dispensa que prevé el art. 416 LECrim y la postura del Tribunal Supremo acerca del mismo, el Ministerio Fiscal afirma que el Alto Tribunal ha venido reiterando que la excepción o dispensa de declarar al pariente procesado o al cónyuge que establece el citado precepto tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une al procesado. Dicha colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito que se

imputa al inculpado. La finalidad no puede ser otra que la de evitar el conflicto moral que al pariente se le plantea entre la alternativa de cumplir una obligación –decir la verdad– y el hecho de no perjudicar con ello a quienes mantienen con el declarante una relación afectiva. En esta tesitura decir, como se afirma en la Sentencia, que no consta la decisión de los testigos de eludir tal dilema moral y decantarse por la comunicación de la verdad es tanto como exigir un formalismo rituario y absolutamente enervante que no quiere aceptar la realidad de lo acontecido en el procedimiento judicial ahora examinado. Difícilmente puede sostenerse que la esposa no haya ejercitado voluntariamente esa opción cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, hallándose personada en la causa como acusación particular. Si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido, no habría tomado la importantísima decisión de postular una grave condena para él. Con respecto a la hija cabe decir que la misma renuncia a la dispensa del art. 416 LECrim cuando contesta afirmativamente en el juicio a la pregunta del Juez acerca de su deseo de declarar o no.

Lo que pretende la Audiencia Provincial es introducir un rigorismo excesivo e innecesario que carece de justificación. La actuación del órgano de apelación resulta por ello manifiestamente arbitraria en cuanto adopta una medida carente de la más elemental lógica, como es la de entender que la libérrima voluntad de la ex mujer, solicitando primero del Juzgado el nombramiento de letrado de oficio para personarse como acusación particular en el proceso, y actuando después como tal interesando la imposición de graves penas a su ex marido, puede entenderse desvinculada de su intervención en el proceso como testigo. Si la personación como acusación particular supone la libre decisión de posibilitar una grave

sanción penal, con ello se evidencia que no se conciben en el caso concreto perjuicios morales que se antepongan a la persecución de hechos de tanta gravedad como son los de la violencia de género. En esta tesitura exigir al Juzgador de instancia que introduzca formalmente en el juicio una manifestación de voluntad de la testigo por la que ésta exprese la inexistencia de tales escrúpulos morales para declarar la verdad y con ello originar un previsible perjuicio a su ex marido es tanto como pretender la reiteración innecesaria de un propósito más que evidente. Y lo mismo cabe decir en relación al testimonio de la hija, pues cuando en la vista se le pregunta si quiere declarar es obvio que se le está facultando para ello, pues de no ser la testigo pariente del acusado no tendría opción alguna de manifestar su voluntad al respecto. La pregunta del Juez encierra implícitamente la información acerca de la dispensa que prevé el art. 416 LECrim y que la testigo comprende perfectamente, tal y como se muestra en el registro videográfico del juicio.

Desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la decisión de la Audiencia Provincial de prescindir de los dos testimonios citados resulta, en opinión del Ministerio Fiscal, manifiestamente arbitraria e irracional, al derivar de un entendimiento rigorista carente de cualquier fundamento. Tal quiebra en la interpretación del art. 416 LECrim no supone sin más una irregularidad procesal que, denunciada por la recurrente, se considere como un mero obstáculo para el logro de la final imposición de una o varias penas. De conformidad con la doctrina de la STC 145/2009 la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona, sino que meramente es titular del *ius ut procedatur* o derecho a poner en marcha un proceso substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo en el que pueda obtener una respuesta razonable y

fundada en Derecho. Este derecho ha sido configurado por el Tribunal Constitucional como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción, no agotándose en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, en tanto que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales en su desarrollo.

Por tanto la función de este Tribunal debiera ceñirse a enjuiciar si la resolución judicial impugnada ha respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado la protección penal de los derechos que las leyes en vigor reconocen. Con esta perspectiva el Ministerio Fiscal entiende que la irrazonable decisión de prescindir del testimonio de las dos testigos rompe absolutamente el principio de equilibrio e igualdad de partes en el proceso, vulnerando el derecho de la actora a un proceso con todas las garantías.

c) Por lo que se refiere a la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por la respuesta de la Sala a la cuestión prejudicial referida al estado civil de los ex cónyuges y a la determinación de la ajeneidad o no de algunos objetos, el Ministerio Fiscal considera que la Audiencia Provincial efectúa una valoración jurídica de los hechos sosteniendo que en una fecha en concreto no se podía saber aún si los cónyuges estaban o no separados de hecho y, por lo tanto, si el vehículo pertenecía a uno u otro o a ambos conjuntamente. La Sala se ha inclinado por la interpretación más favorable al acusado, que es la única posible cuando en el ámbito del Derecho penal se están depurando responsabilidades, no pudiendo establecerse en modo alguno la presunción en contra del reo de que el dolo del sujeto activo de la infracción abarcaba el elemento de la ajeneidad del bien. Tal razonamiento no puede calificarse de arbitrario.

d) En cuanto a la supuesta infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haber fundado en la imposibilidad de la valoración de las pruebas personales de la instancia (STC 167/2002) una condena revocatoria de una previa absolución del órgano judicial inferior, el Ministerio Fiscal pone de relieve el interesado entendimiento de dicha doctrina, que se pretende utilizar precisamente para lo contrario, como es atacar la absolución que enmienda una previa condena y no una condena que corrige una previa absolución. Es obvio que ni el derecho del acusado a un proceso con todas las garantías, ni su derecho a la presunción de inocencia aparecen en modo alguno comprometidos.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado, se reconozca el derecho de la actora a un proceso con todas las garantías y se declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de su dictado, para que, partiendo del efectivo conocimiento de los testigos de su derecho a declarar o no se dicte la Sentencia que corresponde.

9. Por providencia de 11 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 884/2006, de 30 de octubre, que, revocando la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona núm. 220/2996, de 23 de noviembre, absolvió a don J. P. V. de un delito de daños [art. 263 del

Código penal (CP)] y de sendas faltas de amenazas (art. 620.2 CP) y lesiones (art. 617.1 CP) por los que había sido condenado en primera instancia.

La recurrente en amparo, esposa en el momento del proceso de don J. P. V., imputa a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), por considerar formalista y rigorista la respuesta dada a la denunciada incongruencia omisiva en la que habría incurrido la Sentencia del Juzgado de lo Penal; por tener por no realizada la Audiencia Provincial la prueba testifical de la demandante de amparo y de su hija al no haberles informado el Juzgado de lo Penal de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECRim); por haber dado credibilidad a la versión exculpatoria de éste en relación con el delito de daños por el que fue condenado en primer instancia; y, en fin, por no haber procedido a valorar la Audiencia Provincial la concurrencia o no de la habitualidad exigida por el art. 153 CP en relación con el delito de violencia doméstica por el que se había formulado también acusación.

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación de la demanda de amparo al considerar que la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical de la recurrente en amparo y de su hija incurre en un formalismo rituario y absolutamente enervante, que desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) resulta manifiestamente arbitraria e irracional, descartando la lesión del derecho fundamental invocado con base en el resto de los motivos aducidos en la demanda.

2. Con el fin de abordar la cuestión central de la presente demanda de amparo, esto es, si ha resultado lesionado o

no el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical de la recurrente y de su hija al no haber sido informadas de la dispensa de la obligación de declarar prevista en el art. 416 LECrim, hemos de examinar previamente los demás motivos de amparo aducidos en la demanda, que sin necesidad de un detenida y pormenorizada argumentación han de ser desestimados.

En efecto, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, la Audiencia Provincial ha rechazado expresamente, mediante un razonamiento fundado en Derecho que no cabe tildar de irrazonable o arbitrario, que la Sentencia del Juzgado de lo Penal hubiera incurrido en un vicio de incongruencia omisiva, por lo que por no puede estimarse vulnerado por el motivo denunciado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). De otra parte, bajo la invocación del mencionado derecho fundamental, la demandante de amparo se limita a discrepar de la valoración de las pruebas que en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.3 CE) ha llevado a cabo el órgano judicial de apelación en relación con el delito de daños por el que el acusado había sido condenado en primera instancia. Y, en fin, desde la óptica constitucional ningún reproche puede merecer la decisión de la Audiencia Provincial de rechazar la pretensión condenatoria reiterada en el recurso de apelación en relación con el delito de violencia doméstica fundada en la imposibilidad de valorar las pruebas personales practicadas en instancia.

3. También con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada es necesario referirnos, en cuanto la demanda de amparo se dirige contra una Sentencia penal absolutoria, al canon de control de constitucionalidad en materia

de recursos de amparo contra dicho tipo de Sentencias.

Como se recuerda en la STC 145/2009, de 15 de junio, recapitulando precedente doctrina constitucional, la víctima de un delito no tiene derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que es meramente titular del *ius ut procedatur*, es decir, del derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho de jurisdicción y que no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparación en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso. Por ende la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor reconocen.

En este sentido hemos precisado que, si la queja del recurrente en amparo que ha intervenido como titular del *ius ut procedatur* en un proceso penal en el que ha recaído un pronunciamiento absolutorio se fundamenta en la vulneración de derechos procesales garantizados en el art. 24 CE, es procedente, en caso del otorgamiento del amparo, declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquél en que se produjo la lesión estimada, pues la imposibilidad de que este Tribunal declare la nulidad de las Sentencias penales absolutorias no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las

partes, ya que toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales.

En aplicación de la doctrina reseñada este Tribunal ha estimado posible la anulación de Sentencias absolutorias y la retroacción de actuaciones por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración (STC 138/1999, de 22 de julio); por haberse producido una incongruencia extra petitum, al introducirse en la Sentencia de apelación un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre); por haberse dictado Sentencia absolutoria en apelación sin haber tenido lugar el juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa (STC 168/2001, de 16 de julio); o, en fin, por poder incurrir la Sentencia absolutoria en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, no satisfaciendo así las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 45/2005, de 28 de febrero, FJ 3) [FJ 4 y doctrina constitucional allí citada].

4. En este caso la Audiencia Provincial ha revocado la condena de don J. P. V. como autor de una falta de amenazas y otra de lesiones al considerar que debían tenerse por no realizadas las declaraciones testificales prestadas en el acto del juicio por la demandante de amparo y por su hija, al no haberles informado el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim, al ser cónyuge e hija, respectivamente, del acusado.

En relación con la declaración de la demandante de amparo, esposa de don J. P. V. en el momento del juicio, la Sala razona que «del visionado completo del CD de grabación, en la primera sesión del juicio no consta que se advirtiera a la

citada testigo de la dispensa de declarar contra su marido al amparo del art. 416.1 de la LECrim, que establece aquella dispensa para “los cónyuges”, al preexistir el vínculo entre ambos, puesto que no se encuentran divorciados, en puridad y legalmente la Sra. Babiano, a la sazón denunciante, debía ser advertida de dicha dispensa y de este modo, su declaración y valoración de la misma hubiese cumplido con todas las garantías legales. Sin embargo, la juzgadora preguntó: “se encuentra Vd. divorciada” a lo que la testigo contestó que no, que estaba separada. Seguidamente la juez a quo, le advirtió que comparecía en calidad de testigo, obligándola a decir la verdad y apercibiéndola que para el caso de no hacerlo incurría en el delito de falso testimonio».

La Sala estima asimismo que «tampoco se hizo la preceptiva y expresa información sobre la dispensa de declarar que tenía la hija con respecto a su padre [pues] en este caso, la juzgadora se limitó a decir ¿quiere Vd. Declarar?, procediendo después a advertirla de los apercibimientos para el caso de faltar a la verdad, en este caso concreto, el vínculo no es modificable (disolviéndose por anulación o divorcio) sino que nos encontramos ante un vínculo permanente, paterno-filial y pese a ello la juzgadora desoyó la obligación de informar a la hija del derecho a no declarar contra su padre, de manera clara y expresa y al amparo del precitado artículo 416 de la LECrim».

La falta de información a ambas testigos sobre la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim ha supuesto, a juicio de la Sala, «la vulneración de una norma esencial del procedimiento, infringiéndose consecuentemente, el derecho fundamental a un juicio con todas las garantías», por lo que concluye que procede «tener por no realizada la referida testifical de la hija y de

la esposa del acusado» (fundamento de Derecho segundo).

5. A la luz de la doctrina constitucional antes expuesta ha de ser examinada la queja de la recurrente en amparo, para quien dicha decisión vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Argumenta al respecto que el art. 416 LECrim no contiene mandato alguno que obligue al Juez enjuiciador, sino al Juez de instrucción, quien sí le advirtió de la dispensa de la obligación de declarar contra su marido. En todo caso considera que dicha falta de información no supone ninguna vulneración de una norma esencial del procedimiento, pues no se trata de ningún derecho del acusado, sino de una potestad de los testigos en beneficio de ellos.

El inciso final del art. 24.2 CE establece que «[l]a ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Con este mandato constitucional entronca el art. 416 LECrim, que dispensa de la obligación de declarar como testigos, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, a «1. [l]os parientes del procesado en línea directa ascendiente y descendiente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a los que se refiere el número 3 del artículo 261».

Es cierto, como se pone de manifiesto en la demanda y revela el propio tenor del precepto, que es al Juez instructor, no al órgano juzgador, a quien el art. 461 LECrim le impone la obligación de advertir al testigo comprendido en alguno de los supuestos mencionados de la dispensa de la obligación de declarar, debiendo el Secretario judicial consignar la contestación que diera a esta respuesta. No puede obviarse, sin embargo, que el

art. 707 LECrim viene a dispensar de la obligación de declarar en el acto del juicio oral, al establecer que «[t]odos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuera preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418 en sus respectivos casos». En esas circunstancias la consideración de si la exención de la obligación de declarar conlleva o no la advertencia para su posible ejercicio, y si esa advertencia, explícitamente referida en el art. 416 LECrim al Juez de instrucción, puede entenderse extensible al órgano juzgador, es una cuestión de legalidad ordinaria, a la que desde la óptica constitucional no puede dársele la transcendencia que se pretende en la demanda de amparo.

De otra parte, sin necesidad de entrar en otro tipo de consideraciones, no consta acreditado en las actuaciones, frente a lo que se afirma en la demanda, que la recurrente en amparo hubiera sido informada por el Juez de instrucción en las diversas declaraciones que prestó ante el mismo de la dispensa de la obligación de declarar contra el entonces imputado.

6. Sentado cuanto antecede, la tarea de este Tribunal con ocasión del presente recurso de amparo en el ejercicio de su jurisdicción no consiste, como es obvio, en interpretar o enjuiciar las interpretaciones efectuadas por los órganos judiciales de los preceptos legales que regulan la obligación de informar a determinados testigos de la dispensa de no estar obligados a declarar contra el denunciado (art. 261 LECrim), imputado o procesado (arts. 416 y 707 LECrim), al tratarse, en principio, de una cuestión de legalidad que compete a aquéllos en el ejercicio de la función jurisdiccional que les confiere el art. 117.3 CE, sino, más concretamente, en determinar si en el caso que nos ocupa la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de tener por no realizada la prueba testifical

de la demandante de amparo y de su hija al no haber sido advertidas por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los artículos 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el art. 416 LECrim, reputando nulas y, en consecuencias, no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia, al no haber sido prestadas con todas las garantías. En cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (SSTS, Sala de lo Penal, núms. 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; y 292/2009, de 26 de marzo).

En el caso que nos ocupa es preciso distinguir entre la declaración de la demandante de amparo y la de su hija. Por lo que se refiere a esta última ningún re-

proche cabe efectuar, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical al no haber sido expresamente advertida por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar. En efecto, en modo alguno cabe tildar de irrazonable, arbitraria o formalista la decisión del órgano judicial de apelación, pues ciertamente la hija de la recurrente en amparo, según resulta del acta del juicio y del visionado de la grabación del acto de la vista, no fue informada por el órgano judicial de dicha dispensa, quien se limitó a preguntarle si quería declarar, sin que exista dato o elemento alguno del que pueda inferirse que la testigo era conocedora de la posibilidad de aquella dispensa, ni conste actuación alguna por su parte que evidenciase de manera concluyente que renunciaba a la misma. A estos efectos ninguna objeción cabe efectuar con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva a la decisión del órgano judicial de considerar insuficiente el hecho de que la hija contestase afirmativamente a la pregunta del órgano judicial sobre si quería declarar y que efectivamente prestase declaración contra su padre, pues de este elemento fáctico, único existente respecto a dicha testigo, no puede inferirse de manera indubitada que conociera la facultad de dispensa que le confería el art. 416.1, en relación con el art. 707, ambos LECrim, y que renunciase a ella.

Sin embargo es distinta la valoración que ha de merecer la decisión de la Audiencia Provincial en relación con la prueba testifical de la recurrente en amparo. Aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente en-

tenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416 LECrim. En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim, lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificatorias y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim.

A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Au-

diencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el ius ut procedatur del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad.

7. En consecuencia, con base en las precedentes consideraciones, ha de estimarse que la Audiencia Provincial ha vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), en la medida en que ha tenido por no realizada como prueba testifical su declaración en el acto del juicio.

El restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho requiere que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la Sentencia de apelación para que se dicte una nueva 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 parcialmente la demanda de amparo promovida por doña Eugenia Babiliano Pizarro y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 884/2006, de 30 de octubre, recaída en el rollo de apelación núm. 351-2006, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de haberse pronunciado la mencionada Sentencia para que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

3.º Desestimar la demanda de amparo en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–*Elisa Pérez Vera*.–*Eugeni Gay Montalvo*.–*Ramón Rodríguez Arribas*.–*Pascual Sala Sánchez*.–Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 95/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 2112-2008. Promovido por don Juan Luis Castro Moreno y don Miguel Ángel Castro Moreno frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Madrid, que les condenaron por un delito contra la Hacienda pública. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 195/2009 (apreciación sobre la prescripción del delito inconstitucional; doctrina constitucional vinculante). Voto particular. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2112-2008, promovido por don Juan Luis Castro Moreno y don Miguel Ángel Castro Moreno, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Adela Gilsanz Madroño y asistidos del Letrado don Manuel Roque Vives Reus, contra la Sentencia núm. 144/2007, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid, el 19 de abril de 2007, que les condenaba como autores de un delito contra la Hacienda pública, y contra la Sentencia de la Sección Vigesimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 4 de febrero de 2008, dictada en el rollo de apelación núm. 309-2007, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la anterior. Ha sido parte el Abogado del Estado y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 13 de marzo de 2008, doña Adela Gilsanz Madroño, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Juan Luis Castro Moreno y de don Miguel Ángel Castro Moreno, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos más relevantes para la resolución de la presente demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) En fecha 7 de febrero de 2003 por el Juzgado de Instrucción núm. 20 de Madrid se dictó Auto de incoación de diligencias previas, que fueron registradas

con el núm. 60-2003. Dichas diligencias previas tienen su origen en la denuncia interpuesta contra los demandantes por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección de Delitos Económicos), por dos delitos contra la Hacienda pública, referidos al impuesto de sociedades y al impuesto sobre el valor añadido correspondientes al ejercicio de 1997, que fue presentada en fecha 3 de enero de 2003 ante el Juzgado Decano de Madrid.

b) Dicho procedimiento dio lugar a la Sentencia núm. 144/2007, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid, el 19 de abril de 2007, que condenó a los recurrentes como autores penalmente responsables de un delito contra la Hacienda pública, sin la concurrencia de circunstancias atenuantes, a la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de la condena y multa de 217.198,87 euros, con responsabilidad subsidiaria de cuatro meses, así como a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de cuatro años, imponiéndoles la obligación de indemnizar conjunta y solidariamente a la Hacienda pública con la cantidad de 217.198,87 euros.

La Sentencia desestima la cuestión previa de prescripción planteada por los recurrentes en el turno de intervenciones previsto en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con cita de la STC 63/2005, de 14 de marzo, indicando que el Auto de incoación de diligencias previas se dictó el 7 de febrero de 2003, «lo cual significa que habría transcurrido el plazo de prescripción de 5 años desde que finalizó el plazo para la declaración del último periodo impositivo». No obstante, argumenta que, según reiterada y pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo, la denuncia y la querella forman

parte del procedimiento a los efectos de interrupción del plazo de prescripción a que se refiere el artículo 132 del Código Penal (CP). Tras hacer suyas las argumentaciones expuestas por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 331/2006, de 24 de marzo, expone que dicho criterio no se opone al sostenido por la STC 63/2005 al tratarse en dicha Sentencia «un caso excepcional de presentación de querrela que permanece dormida en el juzgado durante dos años», ser «un precedente aislado, no dictado por el Pleno del TC y con la concurrencia de votos particulares», y no interponerse el recurso de amparo «ante una sentencia del T.S. sino frente a una resolución de la Audiencia Provincial». Prosigue indicando que el Tribunal Supremo, apoya una sólida línea interpretativa, emanada de las competencias que le confiere el art. 123 CE y la STC 63/2001, de 17 de enero, que «consideró que la apreciación en cada caso de la concurrencia o no de la prescripción es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios, careciendo por propio contenido de relevancia constitucional». Por último expone que el Ministerio Fiscal, tras tal Sentencia del Tribunal Constitucional, sigue manteniendo los mismos criterios que antes sostenía.

Tras detallar los presupuestos necesarios para la comisión del delito contra la Hacienda pública, infiere que los recurrentes tenían la dirección efectiva de la sociedad al ser ambos los que firmaban las declaraciones tributarias, estaban autorizados y disponían de fondos de la sociedad, y contactaron con el asesor fiscal. Considera acreditado el importe de la defraudación en virtud de informe pericial no impugnado. Dicho informe aplica el régimen de estimación indirecta al considerar la concurrencia de los presupuestos del art. 50 de la Ley general tributaria de 1963 y concluye que la cuota liquidada defraudada fue de 36.138.851 pesetas, es decir,

217.198,87 euros. Descarta, en la determinación del importe de la cuota defraudada, la aplicación del régimen especial de bienes usados, con sustento en el informe pericial, al incumplirse los requisitos formales necesarios para ello. (fundamento jurídico 3).

c) Mediante Sentencia dictada por la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, el 4 de febrero de 2008, se desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes de amparo. Interesa destacar de su fundamentación lo siguiente:

1.º En lo concerniente a la prescripción, reproduce en su fundamento jurídico segundo los argumentos expuestos en la Sentencia recurrida, que traen a su vez causa de la STS de 24 de marzo de 2006, recurso 1127-2004, a los que añade que «independientemente de tales motivaciones hay una fundamental en opinión de esta Sala y es que el caso de autos no contradice aquella doctrina del T. Constitucional, pues una iniciación del proceso de oficio, según actos de investigación, decididos por el Instructor (actos de interposición judicial) dirigidos contra personas bien delimitadas (nominaciones precisas y concretas) terminan por su citación en calidad de imputados. En ninguna parte de la sentencia del T.C. 63/05 se identifica el acto de interposición judicial o dirección de la investigación con respecto a determinadas personas, con la citación de las mismas en concepto de imputadas. Tampoco se requiere la realización de cualquiera acto formal de imputación, como citación en calidad de imputado, procesamiento, escritos de calificación, etc. Consecuentemente el motivo debe estimarse, no considerado prescrito el presunto delito de imprudencia punible con resultado de muerte atribuible a los acusados».

2.º Comparte los argumentos expuestos en la Sentencia apelada para inferir la autoría de los demandantes de

amparo y la procedencia del régimen de estimación aplicado por la Administración Tributaria, y en definitiva, «el importe de la cuota defraudada de acuerdo con el mencionado informe pericial que no fue impugnado y con el resto de la documental obrante en autos.» (FJ 3).

3. En la demanda de amparo se alega la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE). Consideran los recurrentes, que tanto la Sentencia del Juzgado de lo Penal como la Sentencia de la Audiencia, inaplican la doctrina constitucional establecida en relación con la prescripción del delito. Enlazando con ello, se examina si la aplicación o no de la institución de la prescripción tiene «relevancia constitucional» al objeto de que la cuestión planteada pueda ser analizada por el Tribunal Constitucional, resolviendo la cuestión afirmativamente con cita de la STC 29/2008, de 20 de febrero, al tratarse de «una cuestión de índole constitucional» ya que afecta al derecho fundamental a la libertad y puede ser tratada dentro del ámbito del recurso de amparo. Tras ello considera que la mera interposición de la denuncia o querrela no significa la existencia de un procedimiento dirigido contra el culpable, por lo que es exigible un acto del órgano jurisdiccional para entender interrumpida la prescripción conforme al tenor del art. 132.2 CP. Indica que cuando el Juzgado de Instrucción núm. 20 dictó el Auto de incoación de diligencias previas, en fecha 7 de febrero de 2003, el delito se encontraba prescrito, al haber transcurrido el plazo de cinco años desde el 30 de enero de 1998, días a quo del periodo de cómputo del plazo de prescripción.

A continuación entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de incongruencia omisiva, por no haber dado respuesta la Sentencia de la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial de

Madrid a la tercera impugnación contenida en el recurso de apelación relativa a la infracción de precepto legal por no aplicar el régimen especial de bienes usados, en lugar del impuesto sobre el valor añadido, infracción relevante para el cálculo de la cuota defraudada, que hubiera determinado la atipicidad de la conducta.

Por medio de otrosí, la parte actora solicitó la suspensión de la ejecución de la pena de prisión así como de la pena de multa e igualmente de la condena de satisfacer en concepto de responsabilidad civil las cantidades fijadas en la Sentencia dictada, por cuanto dicha ejecución haría perder al amparo toda posible eficacia y finalidad.

4. Por providencia de 28 de septiembre de 2009, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo y, en aplicación de lo previsto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación a la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid, a fin de que en el plazo de diez días remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes, respectivamente, al rollo núm. 309-2007 y al procedimiento abreviado núm. 456-2005, interesándose al mismo tiempo que se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional, si lo estimasen pertinente.

Asimismo, de conformidad con lo instado por el actor, en la misma providencia, se acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión, en la que tras evacuar alegaciones el Ministerio Fiscal, por Auto de la Sala Segunda con fecha de 28 de octubre de 2009 se acordó conceder la suspensión solicitada únicamente en lo referente

a la pena privativa de libertad de un año de prisión impuesta a cada de uno de los demandantes, denegándose la suspensión de los restantes pronunciamientos condenatorios.

5. El Abogado del Estado, por escrito registrado en este Tribunal el día 16 de noviembre de 2009, solicitó que se le tuviese por personado en el presente procedimiento constitucional, lo que así fue acordado mediante diligencia de ordenación de la Sala Segunda de este Tribunal de fecha 8 de febrero de 2010. Igualmente se acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que dentro del mismo pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. Por escrito registrado en este Tribunal el 24 de febrero de 2010, el Abogado del Estado formuló alegaciones considerando inadmisibles por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional las dos quejas planteadas, la desestimación de ambas por falta de especial trascendencia constitucional, y la inadmisión por falta de agotamiento de la vía jurisdiccional de la queja relativa a la incongruencia omisiva. Subsidiariamente entiende que esta última también debe desestimarse por no concurrir la vulneración alegada.

En primer lugar interesa que se declare inadmisibile la demanda de amparo por no haberse justificado la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1.b) LOTC] cuando llevaba casi diez meses en vigor la reforma de la LOTC. Entiende que la exigencia del precepto es perentoria y debe concurrir «en todo caso», sin que el Tribunal pueda dispensarla, o efectuar apreciaciones de grado, o suplir o paliar la falta de levantamiento de dicha carga favoreciendo al que no cumple la ley. Con cita de la STC 155/2009, FJ 2 y de los

AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3; 289/2008, de 22 de septiembre, FFJJ 2 y 3; 290/2008, de 22 de septiembre, FFJJ 2 y 3; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; 236/2009, de 7 de septiembre, FJ 2 y 240/2009, de 21 de septiembre, FJ 2, estima que la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo no puede identificarse con la verosimilitud de la lesión que lo fundamenta, exigiendo que el recurso de amparo contenga dos argumentaciones diferentes, ambas contenidas en el art. 49.1 LOTC, la relativa a la existencia de lesión del derecho fundamental y la destinada a justificar expresamente la especial trascendencia constitucional del recurso. Significa que la demanda está totalmente ayuna de argumentación sobre la especial trascendencia constitucional. Indica que cuando la demanda se refiere a que hay que «determinar si la aplicación de la institución de la prescripción tiene relevancia constitucional», sólo pretende recordar, con cita de la STC 29/2008, de 20 de febrero, que la prescripción de los delitos puede alcanzar dimensión constitucional, enmarcando el razonamiento en el ámbito de la vulneración constitucional. Añade además que respecto de la incongruencia omisiva guarda absoluto silencio de su especial trascendencia constitucional, que, por otra parte, juzga inexistente.

Expone a continuación que no concurren los supuestos típicos de la especial trascendencia constitucional enumerados en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2. Entiende inexistente el supuesto de «negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional». Considera que ni el Juzgado de lo Penal, ni la Audiencia Provincial rechazan el efecto vinculante de la STC 63/2005, «aunque entienden –quizá con no excesivo acierto– que no opera «automática e indefectiblemente» (Juzgado) o «implacablemente» (Audiencia) por concurrir circunstancias que ambas sentencias enuncian y argumentan». No

existe «negativa manifiesta» al no existir una actitud de «resistencia desafiante frente a la doctrina constitucional o, por lo menos, la margine u orille sin motivación alguna», si bien indica que «sería negar la evidencia no admitir que las sentencias penales se han abstenido de dar aplicación a la doctrina 63/2005, aunque lo hayan hecho razonadamente». Considera que de concederse el amparo por este motivo, deberían devolverse las actuaciones a la Audiencia Provincial.

Aduce la inadmisibilidad del motivo basado en incongruencia omisiva por no haberse agotado los medios de impugnación en la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC en relación con el art. 50.1.1 LOTC], por no haber promovido el imperativo incidente de nulidad de actuaciones [art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)], pese a atribuir la lesión a la Sentencia de la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid. Con carácter subsidiario, considera que la incongruencia omisiva denunciada no existe, pese a que pueda dudarse que la motivación, por lo irrazonablemente escueta, pueda satisfacer el mínimo constitucional, pero el defecto de motivación no ha sido denunciado, sin que proceda la reconstrucción de oficio de las demandas.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 15 de marzo de 2010, el Ministerio Fiscal interesó el otorgamiento del amparo, en el sentido de reconocer al actor su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, declarándose la nulidad de la Sentencia de fecha 19 de abril de 2007 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid y de la Sentencia de fecha 4 de febrero de 2008, dictada por la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid.

Tras sintetizar los hechos que han dado lugar al planteamiento del recurso de amparo y las alegaciones efectuadas por los

demandantes, el Fiscal comienza precisando con relación al cómputo del plazo de prescripción de los delitos y faltas que la determinación del dies ad quem y la virtualidad de determinados actos procesales en orden a la interrupción o no del plazo de prescripción, son cuestiones que ya han sido resueltas por la STC 63/2005, reiterada por las SSTC 29/2008 y 147/2009, en el sentido de negar relevancia alguna al hecho de la interposición de la querrela o denuncia, al carecer tales actos de virtualidad interruptiva del plazo prescriptivo. El único acto procesal con capacidad interruptiva es la correspondiente resolución judicial. La aplicación de esta doctrina al asunto analizado supone que al haberse presentado el escrito de denuncia en fecha de 3 de enero de 2003 y no haberse incoado el proceso hasta el 7 de febrero de 2003, la infracción correspondiente al ejercicio fiscal del año 1997 había prescrito, pues el día inicial del cómputo correspondía al 30 de enero de 2003, superándose el plazo de prescripción al dictarse el Auto de incoación. Se ha lesionado, entonces, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo con relación a dicho ejercicio.

En relación al segundo de los motivos aducidos en la demanda, esto es, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de incongruencia omisiva, considera que el órgano judicial dejó de contestar la pretensión del recurrente consistente en la normativa aplicable –impuesto sobre el valor añadido o régimen especial de bienes usados–, al basarse en la escueta y apodíctica afirmación de que la Sentencia no admite enmienda al basarse en un informe pericial. Tal falta de respuesta considera que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

8. La parte actora evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 15 de marzo de 2010 en el que daba por reproducidas

las mismas alegaciones formuladas en su escrito de demanda.

9. Por providencia de 11 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia núm. 144-2007, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid, el 19 de abril de 2007, que condenaba a los demandantes como autores de un delito contra la Hacienda pública, y contra la Sentencia de la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 4 de febrero de 2008, recaída en el rollo de apelación núm. 309-2007, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la anterior.

Como ha quedado expuesto con más detalle en los antecedentes, consideran los demandantes que se ha lesionado, en primer lugar, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), al haber inaplicado los órganos jurisdiccionales la doctrina constitucional sobre la interrupción del cómputo de la prescripción de los delitos y faltas expuesta en la STC 63/2005, de 14 de marzo, y, en segundo lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de incongruencia omisiva, al no dar respuesta al tercer motivo alegado en el recurso de apelación.

El Abogado del Estado, por su parte, ha solicitado la inadmisión de la demanda de amparo por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional, al considerar que las alegaciones efectuadas sobre la relevancia constitucional se encuadran en la vulneración del primer derecho invocado o por no efectuar razonamiento alguno en lo tocante a la segunda de las vulneraciones. Indicando además

que esta última incurre en falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], al no haber interpuesto la recurrente incidente de nulidad. Subsidiariamente, en cuanto al fondo, considera que la demanda carece de especial trascendencia constitucional, al no concurrir ninguno de los supuestos mencionados en la STC 155/2009, de 25 de junio y, finalmente, solicita la desestimación de la segunda de las quejas invocadas.

Por último, el Ministerio Fiscal, ha solicitado la estimación de la demanda. En relación con la primera de las quejas, al considerar que la interpretación sobre la interrupción del cómputo de la prescripción se opone a las SSTC 63/2005, de 14 de marzo; 29/2008, de 20 de febrero, y 147/2009, de 15 de junio, pues ninguna relevancia tiene la interposición de la querrela o denuncia en plazo, al carecer tales actos de virtualidad interruptiva del plazo prescriptivo, ya que no puede entenderse que con tales escritos el procedimiento se haya dirigido contra el culpable. Y, en lo concerniente a la segunda, por no haber dado respuesta al motivo contenido en el recurso de apelación relativo a la aplicación del régimen especial de bienes usados en lugar del impuesto sobre el valor añadido.

2. Suscitadas por el Abogado del Estado como óbices procesales sendas causas de inadmisión de la demanda de amparo, debemos pronunciarnos sobre las mismas antes de entrar a analizar, en su caso, el fondo de las quejas planteadas.

Comenzando por la falta de agotamiento de la vía judicial previa, en referencia a la incongruencia omisiva invocada, por no plantear el preceptivo incidente de nulidad de actuaciones, debemos indicar que el art. 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) establece que las violaciones de derechos fundamentales por actos u omisiones de órganos judiciales podrán dar lugar al re-

curso de amparo constitucional si, entre otros requisitos, se cumple el de haber agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales. Tal exigencia responde, como reiteradamente ha indicado este Tribunal desde sus primeras resoluciones, en aparecer configurado el amparo como un medio último y subsidiario de garantía de los derechos y libertades fundamentales (STC 31/1981 de 28 de julio, FJ 1). Por lo que su tutela general se encomienda a los Tribunales ordinarios, conforme al art. 53.2 CE (STC 185/1990, de 15 de noviembre, entre otras). Es constante la doctrina que incluye entre los remedios procesales que los demandantes de amparo han de intentar, el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), cuando, naturalmente, resulta adecuado para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado (STC 105/2001, de 23 de abril, FJ 3, entre otras). Es claro que en el presente caso se daban las condiciones establecidas en el art. 241.1 LOPJ –en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, vigente a la fecha de interposición de la demanda de amparo–, para promover el incidente de nulidad de actuaciones. En efecto, fue la Sentencia de la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial la que supuestamente no dio respuesta a uno de los motivos invocados en el recurso de apelación, o, en términos del art. 241.1 LOPJ, la alegada violación del derecho a la tutela judicial efectiva tendría su origen inmediato y directo en dicha Sentencia, y no en otra resolución anterior. Dicha Sentencia no era susceptible de recurso alguno, en virtud del art. 792.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal. El incidente de nulidad de actuaciones era, pues, un remedio procesal que habría permitido a la Audiencia Provincial reparar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, preservando de tal modo el recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional el carácter subsidiario que le ha

atribuido la Constitución (STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 2). Por tal razón debe apreciarse el óbice procesal de falta de agotamiento respecto de la incongruencia omisiva.

3. A continuación procede examinar la pretensión de inadmisibilidad de la demanda planteada por el Abogado de Estado con base en la falta de justificación de la especial trascendencia constitucional de la demanda, conforme al art. 50.1.b) LOTC. Tras citar en su apoyo resoluciones de éste Tribunal que configuran la carga de justificar la especial trascendencia constitucional, considera que la demanda incumple dicho presupuesto procesal. Alega que cuando la demanda se refiere a que hay que «determinar si la aplicación de la institución de la prescripción tiene relevancia constitucional», sólo pretende recordar, con cita de la STC 29/2008, de 20 de febrero, que la prescripción de los delitos puede alcanzar dimensión constitucional, enmarcando el razonamiento en el ámbito de la vulneración constitucional. Por otra parte descarta la existencia de mención alguna relativa a la justificación de la especial trascendencia constitucional vinculada a la segunda de las vulneraciones alegadas.

El recurso de amparo, comienza la exposición de la primera de las quejas con la cita los derechos vulnerados. Tras ello, indica que las Sentencias impugnadas desestiman la existencia de la prescripción del delito, «basándose para ello en la inaplicación al caso que nos ocupa de la doctrina dictada al efecto por parte del Tribunal Constitucional», planteando si la aplicación o no de la institución de la prescripción por las Sentencias impugnadas tiene «relevancia constitucional», resolviendo la cuestión afirmativamente con cita de la STC 29/2008, de 20 de febrero. En un segundo momento analiza si en el «caso que nos ocupa se ha producido la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la libertad por la inaplicación de la prescripción».

Ciertamente la demanda no presenta una acabada exposición del presupuesto procesal indicado, sin embargo puede señalarse, que pese a la fecha de interposición de la demanda de amparo, anterior a que se dictara la primera resolución que aborda por vez primera la carga de justificar la especial trascendencia constitucional (ATC 188/2008, de 21 de julio), el demandante expone, con adelanto, el que será uno de los supuestos en los que éste Tribunal (STC 155/2009, de 25 de junio), reconocerá la concurrencia de la especial trascendencia constitucional, esto es, la negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional [FJ 2, letra f)], satisfaciendo en tal sentido la demanda, la carga de justificar «la especial trascendencia constitucional del recurso» (art. 49.1 LOTC), como «algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2).

4. Rechazado el anterior óbice procesal, no sería necesario examinar la objeción de fondo también planteada por el Abogado del Estado sobre la no concurrencia de ninguno de los supuestos de especial trascendencia constitucional enumerados en la STC 155/2009, de 25 de junio, ni siquiera del referido a la «negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional», toda vez que ésta fue una cuestión objeto de especial examen por parte de este Tribunal en el momento de admitir a trámite el recurso de amparo, de acuerdo con lo exigido por el art. 50.1 LOTC. No obstante, comoquiera que nos encontramos aún en un momento inicial de aplicación de la reforma de la LOTC operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, en lo relativo a la nueva concepción del recurso de amparo, nos detendremos aquí a analizar la objeción del Abogado del Estado sobre el fondo de la demanda.

Tal y como hemos adelantado anteriormente la demanda ha sido interpuesta tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Hemos indicado que la «caracterización más distintiva» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3 y STC 155/2009, 25 de junio, FJ 2) de la nueva regulación del recurso de amparo es «el requisito sustantivo o de fondo de la “especial trascendencia constitucional” que impone el art. 50.1.b) LOTC para la admisión del recurso», «toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su “especial trascendencia constitucional”, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1.b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1.b) LOTC].», siendo «a este Tribunal a quien corresponde apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”; esto es, cuándo, según el tenor del art. 50.1.b) LOTC, “el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional”, atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto se enuncian: “a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determina-

ción del contenido y alcance de los derechos fundamentales”» (STC 155/2009, 25 de junio, FJ 2). En la precitada Sentencia, también señalamos, que la especial trascendencia constitucional concurre, entre otros supuestos, «en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)» [FJ 2 letra f)]. Y tal circunstancia es la que concurre en el presente caso, tal y como se desprende del examen de la vulneración del derecho alegada por los demandantes.

5. A tenor de lo expuesto, nuestro análisis debe circunscribirse a la queja de que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), al inaplicar la doctrina constitucional establecida en relación a la prescripción del delito, según la cual es necesario un acto del órgano jurisdiccional para entender interrumpida la prescripción conforme al tenor del art. 132.2 CP, no bastando la mera interposición de la denuncia o querrela. El Ministerio Fiscal comparte el criterio de los demandantes al considerar que las Sentencias impugnadas se oponen a la STC 63/2005, con doctrina reiterada posteriormente en las SSTC 29/2008 y 147/2009. Y el Abogado del Estado conviene que «sería negar una evidencia no admitir que las sentencias penales se han abstenido de dar aplicación a la doctrina de la STC 63/2005, aunque lo hayan hecho razonadamente».

Supuestos similares al ahora planteado, en los que también se denunciaba el incumplimiento por los órganos jurisdiccionales de la doctrina constitucional relativa a la interrupción del cómputo de la prescripción expuesta en la STC 63/2005, de 14 de marzo, han sido extensamente resueltos por esta Sala en las SSTC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2;

195/2009, de 28 de septiembre, FFJJ 2 a 5; y 206/2009, de 23 de noviembre, FFJJ 2 a 4. Tal y como indicábamos en la primera de ellas, «[s]in necesidad de entrar en las consideraciones que las Sentencias impugnadas realizan con respecto a la oposición existente entre el criterio de este Tribunal Constitucional y una de las líneas interpretativas de la prescripción de las infracciones penales que ha seguido el Tribunal Supremo, oposición que, en todo caso, queda resuelta en aplicación de la previsión del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), lo cierto es que para resolver la cuestión planteada basta con acudir a doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 63/2005, de 14 de marzo, y 29/2008, de 20 de febrero, relativas al cómputo de la prescripción penal y, más concretamente, a la eficacia interruptiva de las denuncias o querellas, para apreciar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo (art. 24.1 CE). En efecto, el art. 132.2 del Código penal (CP) dispone que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable” y es doctrina de este Tribunal que la querrela o denuncia de un tercero “es una solicitud de iniciación del procedimiento” (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8; y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), “no un procedimiento ya iniciado” (precisa la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), razón por la cual, no tiene por sí sola eficacia interruptiva del cómputo del plazo de prescripción, para lo cual es necesario un “acto de interposición judicial” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.c) o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5).» (STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2).

En tal sentido referíamos en la STC 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 2, que «la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconsti-

tucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo.» Refiriendo en el mismo fundamento, con transcripción de la STC 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2, citando la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10, que por ello, «la expresión “[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable” (art. 132.2 CP) no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable—cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado—, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez». Concluyendo a continuación que «la exégesis del citado precepto que, frente a la acabada de mencionar, considera interrumpida la prescripción con la presentación de denuncia o querrela, sin necesidad de ningún acto de interposición judicial, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad.». Además «la referida interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi, puesto que—en el actual estado de la legislación— dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales» (STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 3, y STC 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 2).

De la mera lectura de la argumentación seguida por las resoluciones impugnadas, extensamente detallada en los antecedentes, se evidencia que las Sentencias objetivan dispares circunstancias con el común objetivo de inaplicar la doctrina de este Tribunal reflejada en la STC 63/2005 de 14 de marzo, invocada por los demandantes, y en consecuencia apartarse del valor vinculante de la doctrina de este Tribunal establecido en los artículos 5.1 y 7.2 LOPJ. Ello basta para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Por una parte la interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad criminal por el citado ejercicio con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal, es lesiva del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto que dicha interpretación abrió paso a la condena a los demandantes por un delito contra la Hacienda pública afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad de los recurrentes ex art. 17 CE, (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10; STC 147/2009, FJ 2; y STC 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 4). Y, en segundo lugar, porque no existe correlato en las actuaciones que dé cobertura a la argumentación expuesta en la Sentencia recurrida, consistente en la existencia de acto de interposición judicial, decidido por el instructor, anterior al Auto de incoación de diligencias previas.

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 parcialmente el recurso de amparo interpuesto por don Juan Luis Castro Moreno y don Miguel Ángel Castro Moreno y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) de los demandantes de amparo.

2.º Restablecerlos en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid, de fecha 19 de abril de 2007, y de la Sentencia de la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 4 de febrero de 2008, recaída en el recurso de apelación núm. 309-2007.

3.º Inadmitir el recurso en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugení Gay Montalvo.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, RESPECTO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 2112-2008

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que formalizo por remisión a los Votos particulares que formulé a las Sentencias dictadas en el recurso de amparo núm. 6819-2002, en los acumulados 1097-2003 y 1911-2003, en el núm. 8817-2006, y en el 3600-2008 y por su especial aplicación al caso reproduzco los dos últimos párrafos de los ci-

tados en último lugar en que dije lo siguiente:

«La insistencia en mantener mi criterio sobre la interpretación del instituto de la prescripción, partiendo de la base de que es materia reservada, con carácter general, a la jurisdicción ordinaria, especialmente a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y solo caso por caso a este Tribunal, aplicando nuestro canon sobre la tutela judicial efectiva, aunque sea con la exigencia de motivación reforzada, obedece a la esperanza de que alguna vez podamos modificar la doctrina que últimamente se viene sentando.»

Ahora bien, ello no es obstáculo para reconocer que esa doctrina ha de ser respetada y aplicada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en acatamiento a lo dispuesto en el art. 5 de la LOPJ, sin que sea admisible, como sucede en el caso a que este recurso de amparo se refiere, que se prescinda de ella o se la discuta para no obedecerla.»

Madrid a quince de noviembre de dos mil diez.—*Ramón Rodríguez Arribas.*—
Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 96/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 2392-2008. Promovido por la Plataforma 8 de marzo de Sevilla respecto a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestimó su recurso contra la Junta Electoral Provincial de Sevilla sobre manifestación conmemorativa del día internacional de la mujer. Vulneración del derecho de reunión y manifestación: prohibición de una manifestación, convocada en período electoral, que carecía de la intención de captar sufragios (STC 170/2008). («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Ji-

ménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Eugeni Gay Montalvo, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2392-2008, promovido por Plataforma 8 de marzo de Sevilla, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díaz y asistida por la Abogada doña Rosario Carracedo Bullido, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de febrero de 2008, que desestimó el recurso contencioso núm. 90-2008-R, interpuesto contra la resolución de 15 de febrero de 2008 de la Junta Electoral Provincial de Sevilla. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 27 de marzo de 2008 la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díaz, en nombre y representación de Plataforma 8 de marzo de Sevilla, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos que fundamentan la demanda de amparo son resumidamente los siguientes:

a) Mediante escrito registrado el 8 de febrero de 2008 en la Subdelegación de Gobierno de Sevilla, doña Soledad Granero Toledano, en nombre de varias aso-

ciaciones de mujeres integrantes de la Plataforma 8 de marzo de Sevilla, comunicó a esa Subdelegación la celebración en Sevilla de una manifestación para el siguiente día 8 de marzo con motivo de la conmemoración del día internacional de la mujer. La citada comunicación advertía del recorrido y horario previstos y del servicio de orden ideado para garantizar la seguridad de la marcha.

b) Mediante resolución de 15 de febrero de 2008 la Junta Electoral Provincial de Sevilla, luego de advertir que el acto convocado coincidía con las jornadas de reflexión previa y de celebración de las elecciones generales y autonómicas convocadas para el siguiente día 9 de marzo de 2009, y de alertar sobre el riesgo de que la marcha pudiera afectar a la tranquilidad y sosiegos deseables en el día anterior al ejercicio del derecho al sufragio activo, acordó proponer a las asociaciones convocantes la modificación de la fecha prevista para la celebración de la manifestación.

c) Contra esta resolución la plataforma recurrente en amparo interpuso recurso contencioso-administrativo denunciando la lesión de su derecho fundamental de reunión y manifestación (art. 21 CE), al considerar que la decisión recurrida, además de carecer de la imprescindible y suficiente motivación, era irrazonable y desproporcionada por no des-cansar en una correcta ponderación de los bienes constitucionales en juego, habida cuenta que la manifestación prevista no era de contenido político ni, por lo mismo, podía incidir en la necesaria neutralidad propia de la jornada de reflexión.

d) Mediante Sentencia de 25 de febrero de 2008 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, desestimó el recurso interpuesto al considerar que la resolución de la Administración electoral había efectuado una ponderación adecuada de los distintos intereses y

valores constitucionales en conflicto, pues, lejos de prohibir el acto de la manifestación, había propuesto simplemente en su lugar la modificación de la fecha prevista para su celebración. Más aún si se tiene en cuenta que, entre las asociaciones convocantes, integrantes de la plataforma recurrente, figuraba el área provincial de la mujer de Izquierda Unida-Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, fuerza política concurrente a las elecciones.

3. En su demanda de amparo la plataforma recurrente argumenta, como ya hiciera antes en la vía judicial, que la resolución de la Junta Electoral y la Sentencia impugnadas son decisiones irrazonables y desproporcionadas que no descansan en una adecuada ponderación de los valores y bienes en conflicto y sí sólo, en cambio, en meras apelaciones a la eventual incidencia sobre la neutralidad política que debe presidir la jornada de reflexión, pero que están huérfanas de la necesaria demostración y, por tanto, son insuficientes para limitar con los efectos pretendidos el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE). Añade también que la modificación de la fecha prevista para la celebración de la manifestación no es tampoco una decisión proporcionada y respetuosa con el ejercicio del citado derecho fundamental, toda vez que el 8 de marzo es precisamente la fecha elegida desde hace más de un siglo para conmemorar el día internacional de la mujer trabajadora, por lo que la citada modificación implica vaciar literalmente de contenido y privar de su genuino sentido a la manifestación prevista.

4. Por providencia de 4 de mayo de 2010 la Sala Segunda de este Tribunal acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), admitir a trámite el presente recurso de amparo. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, acordó dirigir atenta comunicación a la Junta Electoral provincial de Sevilla a fin de que remitiera certificación o copia

adverada de las actuaciones correspondientes a la resolución impugnada de 15 de febrero de 2008. Igualmente, en la misma providencia, acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a fin de que remitiera certificación o copia verdadera de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso núm. 90-2008-R, y emplazase a quienes hubieran sido parte en ese procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional de amparo.

5. Mediante escrito registrado el 6 de mayo de 2010 el Abogado del Estado solicitó que se le tuviera por personado y parte en el presente procedimiento. Por diligencia de ordenación del siguiente 10 de junio se acordó tener por personado y parte al Abogado del Estado y, con arreglo a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, conceder a todas las partes personadas y al Ministerio Fiscal plazo común por veinte días para que, con vista de las actuaciones recibidas, formularan alegaciones.

6. El 6 de julio de 2010 el Abogado del Estado presentó sus alegaciones interesando, de modo principal, la inadmisión de la demanda de amparo por no contener ningún razonamiento específico destinado a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso y, por tanto, incumplir el requisito del art. 49.1 LOTC. Y, subsidiariamente, su desestimación, por entender que efectivamente, como declararon las resoluciones impugnadas, en el presente asunto existían razones fundadas para entender que la reunión o manifestación programada podía quebrar la necesaria neutralidad política propia de la denominada jornada de reflexión. A su juicio así lo probaría, en primer lugar, el que una de las asociaciones integrantes de la plataforma convocante fuera precisamente el área provincial de la mujer de Izquierda Unida-Los Verdes-Convocatoria por Andalucía,

fuerza política concurrente a las elecciones. Y, en segundo lugar, el que la conmemoración del Día Internacional de la Mujer Trabajadora tuvo durante buena parte de la primera mitad del siglo pasado un destacado componente o «tinte socialista y comunista, [del que] no puede decirse que se haya desprendido totalmente en la visión popular más difundida» y, por tanto, el que la celebración de ese día esté ligada a las fuerzas políticas de izquierda, de modo que la manifestación convocada, aun sin confesarlo, podía equipararse a un acto de campaña por su efecto persuasivo sobre el elector «en favor del voto de izquierda y, especialmente, de IULV-CA, miembro de la Plataforma».

7. Con fecha 14 de julio de 2010 la plataforma recurrente presentó su escrito de alegaciones ratificándose en las ya formuladas en su escrito de demanda de amparo constitucional.

8. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 7 de septiembre de 2010, presentó sus alegaciones interesando el otorgamiento del amparo solicitado. Tras resumir los antecedentes del caso el Fiscal recuerda a continuación, sirviéndose de la STC 37/2009, de 9 de febrero, la doctrina consolidada de este Tribunal sobre el contenido y límites el derecho de reunión (art. 21 CE). Teniendo en cuenta esa doctrina constitucional el Fiscal concluye que las resoluciones administrativa y judicial impugnadas no acreditan suficientemente la existencia de ninguna razón ni circunstancia que permita apreciar justificadamente el riesgo de que la manifestación considerada pudiera incidir en la jornada de reflexión. Considera, en consecuencia, que las decisiones recurridas en amparo se fundan en meras sospechas y, en cuanto tales, son insuficientes para limitar legítimamente el ejercicio del derecho de manifestación en periodo electoral.

9. Por providencia de 11 de noviembre de 2010, se señaló para deliberación y

votación de la presente Sentencia el día 15 de noviembre del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La plataforma recurrente impugna la resolución de la Junta Electoral Provincial de Sevilla de 15 de febrero de 2008 y la posterior Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de febrero de 2008, que confirmó su legalidad, por considerar que vulneraron su derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE). En su criterio esa resolución de la Junta Electoral, luego confirmada por el órgano judicial, que acordó no autorizar la manifestación convocada para el 8 de marzo de 2008 en conmemoración del día internacional de la mujer y propuso la modificación de la fecha prevista para la manifestación, a fin de impedir que su celebración coincidiera con la jornada de reflexión previa a las elecciones generales y autonómicas convocadas para el día siguiente 9 de marzo de 2008, es una decisión irrazonable y desproporcionada que no descansa en una adecuada ponderación de los valores y bienes en conflicto y sí sólo, en cambio, en meras apelaciones a la eventual incidencia sobre la neutralidad política que debe presidir la jornada de reflexión, pero que están huérfanas de la necesaria demostración y, por tanto, que son insuficientes para limitar con los efectos pretendidos el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE).

El Abogado del Estado interesa la inadmisión de la demanda de amparo por entender que la plataforma recurrente no ha cumplido con la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso ex art. 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y, subsidiariamente, su desestimación por considerar que la resolución de la Administración electoral, luego confirmada en

vía judicial por la Sentencia también impugnada en el presente proceso constitucional, es una decisión proporcionada y justificada en razones suficientes para limitar el derecho de reunión.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la estimación del amparo por considerar que, efectivamente, como defiende la plataforma recurrente, las resoluciones administrativa y judicial recurridas vulneraron su derecho de reunión.

2. Antes de examinar el fondo de la lesión constitucional denunciada debemos hacer dos precisiones.

La primera para notar que, en contra de la mención que expresamente consta en la demanda de amparo, no estamos ante un recurso de amparo interpuesto por la vía del art. 44.1 LOTC, y ni siquiera tampoco, frente a la opinión que defiende el Ministerio Fiscal, ante un recurso de amparo de los que usualmente hemos denominado «mixtos», sino ante un recurso en el que la violación del derecho fundamental de reunión del art. 21 CE que se denuncia tiene su origen directo e inmediato en un acto de la Administración electoral y sólo mediata e indirectamente en la Sentencia que desestimó el previo recurso contencioso-administrativo, toda vez que la resolución judicial se limitó a confirmar la legalidad del acuerdo impugnado, pero sin incurrir al hacerlo en ninguna nueva y autónoma infracción constitucional. En consecuencia debemos concluir, como también hace el Abogado del Estado, que el presente recurso de amparo ha sido formulado por la vía del art. 43 LOTC, con consecuente aplicación del plazo de interposición de veinte días que previene el art. 43.2 LOTC para este tipo de casos, y que en todo caso, según conviene en reconocerlo el Abogado del Estado, ha sido correctamente observado por la plataforma recurrente.

Y la segunda para descartar la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado

del Estado en su escrito de alegaciones. Conforme con más detalle se ha recordado en los antecedentes, el Abogado del Estado considera que el presente recurso debiera ser inadmitido por considerar que la demanda de amparo no cumple con la carga de justificar, según es siempre obligado ex art. 49.1 LOTC (AATC 188/2008, de 21 de julio y 290/2008, de 22 de septiembre y STC 155/2009, de 25 de junio), la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo.

Al efecto, baste con subrayar ahora que la demanda formulada contiene esa específica mención a la especial trascendencia del recurso y que este Tribunal ha considerado que efectivamente concurre el mencionado requisito.

3. Sobre el contenido del derecho de reunión (art. 21 CE) y los límites a su ejercicio que forzosamente impone la protección de otros bienes o derechos constitucionales y, de modo particular, en lo que ahora más nos interesa, la limpieza o la pureza de los procesos electorales o los derechos de participación política, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en fechas recientes (últimamente, por todas, STC 170/2008, de 15 de diciembre, a la que siguen luego las SSTC 37/2009 y 38/2009, ambas de 9 de febrero).

Conforme entonces declaramos y conviene reiterar ahora, no hay duda de que el derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE «no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene límites, entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE—alteración del orden público con peligro para personas y bienes—, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales». Ahora bien, como también precisábamos entonces, «para que los poderes públicos puedan incidir

en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, tal y como acaba de señalarse, que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscribida en el art. 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución». Pero para ello «no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo el principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión ... de manera que solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad» (STC 170/2008, FJ 3).

Concretamente, en relación con las manifestaciones con posible repercusión negativa en la limpieza de los procesos electorales, que aquí particularmente nos interesa, en esa misma doctrina constitucional hemos declarado también que «no cabe duda que las opiniones derivadas de ese intercambio, exposición, defensa o reivindicación pueden llegar a influir en el ciudadano, pero dicha situación sólo puede ser contemplada como una mera sospecha o una simple posibilidad. De ahí que sólo cuando se aporten razones fundadas, en expresión utilizada por el art. 21.2 CE, sobre el carácter electoral de la manifestación, es decir, cuando su finalidad sea la captación de sufragios (art. 50.2 LOREG) ... podrá desautorizarse la misma con base en dicho motivo». En otro caso, esto es, en defecto de esa necesaria demostración, «debe favorecerse el ejercicio del derecho de re-

unión aun en detrimento de otros derechos, en especial los de participación política, no sólo por significarse como un derecho esencial en la conformación de la opinión pública, sino por la necesidad de su previo ejercicio para una configuración de la misma libre y sólida, base indispensable para el ejercicio de los mencionados derechos. Por este motivo, el ejercicio del derecho de reunión, del que el derecho de manifestación resulta una vertiente, debe prevalecer, salvo que resulte suficientemente acreditado por la Administración y, en su caso, por los Tribunales, que la finalidad principal de la convocatoria es la captación de sufragios» (SSTC 170/2008, FJ 4; 37/2009, FJ 3, y 38/2009, FJ 3).

4. Aunque los supuestos examinados por este Tribunal en las Sentencias que acabamos de recordar no sean exactamente idénticos al que ahora consideramos (toda vez que la presente controversia versa, no sobre los límites al ejercicio del derecho de reunión y manifestación durante la campaña electoral, sino a propósito de los límites constitucionalmente legítimos en relación con las manifestaciones a celebrar en la jornada de reflexión previa a la celebración de las correspondientes elecciones y, por tanto, una vez ya finalizada la respectiva campaña electoral) sí ilustran suficientemente, en todo caso, sobre el principio favor libertatis y favorable al ejercicio del derecho de reunión y manifestación que debe guiar las correspondientes decisiones de la Administración electoral y de los órganos judiciales, y, de otro, que este principio sólo puede ceder ante cualificados bienes o derechos dignos de protección constitucional, que en todo caso deberán ser debidamente acreditados, sin que a tal efecto puedan bastar las meras sospechas o la simple posibilidad de perturbación de esos bienes o derechos protegidos constitucionalmente.

Ciertamente el art. 53.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del ré-

gimen electoral general (LOREG), establece que, una vez legalmente finalizada la campaña electoral y, por tanto, con arreglo al art. 51.3, durante la jornada previa a la celebración de las elecciones, «no puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral».

No obstante, como bien se comprende, esta prohibición legal no significa naturalmente que durante la denominada jornada de reflexión previa a las elecciones no pueda celebrarse ninguna manifestación cuyo objeto tenga algo que ver con el debate político y, por tanto, pueda influir indirectamente en las decisiones de los electores. Pues teniendo en cuenta el carácter de exposición pública y colectiva de ideas, opiniones o reivindicaciones que es consustancial al ejercicio del derecho de reunión, es elemental que, por principio, toda reunión o manifestación puede conectarse en último término, y aunque sea remotamente, con el debate político y, por lo mismo, con las decisiones de los electores. De modo que, de aceptar semejante planteamiento, por esa vía llegaríamos al absurdo de admitir la prohibición de toda reunión o manifestación por el simple hecho de serlo y coincidir con la jornada de reflexión previa a unas elecciones; una conclusión que obviamente debe ser rechazada, sin embargo, pues, según hemos advertido en otras ocasiones, «la mera posibilidad de que una reivindicación ..., pueda incidir de una u otra forma en el electorado, se muestra como hipótesis insuficiente para limitar el derecho de reunión en periodo electoral» (STC 38/2009, de 9 de febrero, FJ 4).

De modo que, con arreglo a lo expuesto, el examen de la constitucionalidad de las decisiones aquí impugnadas sigue su cauce habitual. Lo que significa que serán legítimas si se fundan en la existencia de meritorias y fundadas razones que prueben el carácter electoral de la manifestación considerada. En otro

caso no superarían este test de control y, en consecuencia, deberán ser anuladas.

5. En el presente caso, conforme se ha recordado en los antecedentes, la Administración electoral propuso modificar la fecha prevista para la celebración de la manifestación en conmemoración del día internacional de la mujer por considerar que la misma podía repercutir negativamente, al coincidir con la jornada de reflexión previa a las elecciones generales y autonómicas del siguiente día 9 de marzo de 2008, «en el derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en [los] asuntos públicos[s], afectando a la tranquilidad y sosiego deseables en el día anterior al ejercicio del derecho de sufragio activo», pero sin ninguna motivación añadida.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la legalidad de esa decisión de la Administración electoral al entender que, «aunque en principio y a priori la manifestación convocada no tiene por finalidad directa la de intervenir en el debate político ni tratar de captar votos para ningún partido político, no puede descartarse que de modo indirecto pueda afectar al principio de neutralidad política que debe presidir dicha jornada de reflexión, coadyuvando o favoreciendo la captación de sufragios a favor de algunas opciones políticas». Para añadir a continuación que, «entre las convocantes, integrantes de la Plataforma 8 de marzo, se encuentra el Área Provincial de la Mujer de IULV-CA, formación política que concurre a las elecciones».

Con arreglo a esta motivación, no permitir la celebración en la fecha prevista de la manifestación convocada con el objetivo confesado de garantizar la pureza del proceso electoral es una decisión que no obedece a ninguna razón fundada y sí sólo, en cambio, a meras sospechas sobre la posibilidad de que la manifestación considerada pudiera perturbar la

deseable neutralidad política propia de la jornada de reflexión, ni tiene en cuenta tampoco el principio favor libertatis que debe guiar las decisiones de este tipo.

De un lado, habida cuenta de las propias dudas que despunta ya en la resolución de la Junta Electoral Provincial y confirma luego expresamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que reconoce el carácter en principio ajeno a la contienda electoral de la manifestación controvertida. Y, de otro, porque el hecho, subrayado en la Sentencia y que ha sido puesto también de relieve por el Abogado del Estado en el presente proceso constitucional, de que una de las asociaciones convocantes fuera precisamente el área provincial de la mujer de Izquierda Unida-Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, no es tampoco ninguna razón suficiente para concluir sencillamente que la manifestación es de contenido político y su celebración puede influir en la contienda electoral y, en último término, en la decisión de los electores. Ni siquiera en el sentido indirecto o subliminal que sugiere el Abogado del Estado por considerar que la conmemoración del día internacional de la mujer tenga, desde sus orígenes, un tinte o componente socialista y comunista y, por tanto, esté ligado a las fuerzas políticas de izquierda. Pues, como hemos afirmado en otras ocasiones semejantes, cuando la capacidad de influir en la decisión de los electores es simplemente remota o indirecta, como es el caso, «debe favorecerse el ejercicio del derecho de reunión aun en detrimento de otros derechos, en especial los de participación política, no sólo por significarse como un derecho esencial en la conformación de la opinión pública, sino por la necesidad de su previo ejercicio para una configuración de la misma libre y sólida, base indispensable para el ejercicio de los mencionados derechos» (STC 170/2008, de 15 de diciembre, FJ 4). La «Plataforma 8 de marzo de Sevilla» se

limitó a convocar una manifestación para conmemorar el día internacional de la mujer que mundialmente se celebra en esa fecha, objetivo perfectamente legítimo desligado de la contienda electoral y propio de una asociación de esa naturaleza, sin que la misma pueda ser prohibida, en defecto de la necesaria demostración, por el simple hecho de coincidir casualmente con la jornada de reflexión electoral o por la razón de que uno de los cuarenta y siete colectivos que integran la citada plataforma forme parte a su vez de una de las formaciones políticas concurrentes a las elecciones.

Por las razones expuestas debemos concluir que las decisiones administrativa y judicial impugnadas no han acreditado la existencia de razones fundadas que justifiquen que la manifestación convocada pudiera incidir o perturbar la neutralidad política propia de la denominada jornada de reflexión. En consecuencia procede otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho de reunión (art. 21 CE) y declarar la nulidad de la resolución de la Junta Electoral Provincial de Sevilla, así como de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. La resolución de la Administración electoral por vulnerar de manera directa el derecho fundamental citado y la judicial por no reparar la lesión constitucional entonces denunciada por ese motivo, si bien el fallo estimatorio habrá de tener un alcance meramente declarativo, por cuanto, como se desprende de los antecedentes de la presente Sentencia, es ya imposible que la manifestación convocada por la plataforma recurrente pueda tener lugar en la fecha inicialmente prevista.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTO-

RIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por la Plataforma 8 de marzo de Sevilla y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental de reunión y manifestación (art. 21 CE).

2.º Restablecer a la recurrente en su derecho y, a tal fin, anular el Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Sevilla, de 15 de febrero de 2008, y la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de febrero de 2008, en el recurso núm. 902008-R.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 97/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 1052-2010. Promovido por don José Manuel Tizón Crespo frente a los Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto dictados en ejecución de condena. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la libertad y a la legalidad penal: apreciación sobre prescripción de la pena que introduce causas interruptoras del cómputo del plazo de prescripción no previstas legalmente. («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Ji-

ménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1052-2010, promovido por don José Manuel Tizón Crespo, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Cendrero Mijarra y asistido por el Letrado don Francisco Javier Pérez Fernández, contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 18 de diciembre de 2009, confirmado en súplica por Auto de 15 de enero de 2010, por el que se acuerda continuar con la ejecución de la pena impuesta al demandante de amparo en ejecutoria núm. 63-2001 dimanante del sumario núm. 42/03/97. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 9 de febrero de 2010 doña Pilar Cendrero Mijarra, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don José Manuel Tizón Crespo, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. En la demanda de amparo se recoge la siguiente relación de antecedentes fácticos:

a) La Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto dictó Sentencia de fecha 21 de enero de 2000 en el sumario núm. 42/03/97, en la que condenó al demandante de amparo, como autor del subtipo agravado de un delito de desobediencia del art. 102.2 CPM (Código penal militar), a la pena de prisión de dieciocho meses, con las accesorias legales de suspensión de empleo y cargo público, así como del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

La Sala Quinta del Tribunal Supremo dictó Sentencia de fecha 9 de abril de 2001, en la que, estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandante de amparo, le condenó, como autor consumado de un delito de desobediencia del art. 102, párrafo primero, CPM, a la pena de nueve meses de prisión, con las accesorias legales de suspensión de empleo y cargo público, así como del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

b) El demandante de amparo, mediante escrito de fecha 15 de enero de 2002, solicitó la concesión de indulto, siendo suspendida la ejecución de la pena por Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 18 de febrero de 2002.

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de septiembre de 2002 fue denegado el indulto.

c) El ahora demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 2001.

El Tribunal Constitucional, por Auto de 18 de diciembre de 2002, acordó suspender la ejecución de la pena impuesta, en tanto no se resolviera el recurso de amparo. Por Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 19 de diciembre de 2002, se acordó la suspensión de la ejecución de la pena.

Por Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 2005 se denegó el amparo solicitado.

d) La Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, por providencia de 10 de diciembre de 2009, confirió al demandante de amparo un plazo de tres días para que alegase lo que estimare oportuno sobre la prescripción de la pena impuesta.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala, por Auto de 18 de diciembre de 2009, acordó continuar con la ejecución de la pena impuesta al demandante de amparo al no estar prescrita.

e) El demandante de amparo interpuso recurso de súplica contra el anterior Auto, que fue desestimado por Auto de 15 de enero de 2010.

3. En la fundamentación jurídica de la demanda se invoca, frente a las resoluciones judiciales recurridas, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Tras referirse, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional, al fundamento constitucional de la prescripción y al canon aplicable a las decisiones judiciales dictadas en la materia, se afirma en la demanda que el art. 46 CPM únicamente regula los plazos de prescripción de las penas, lo que hace necesario acudir al art. 134 del Código penal (CP), que no menciona posibles causas de interrupción o suspensión de la prescripción, con la excepción del quebrantamiento de condena. Por su parte el art. 371 de la Ley procesal militar dispone que habrá de cumplirse la pena remitida condicionalmente, salvo que hubiera prescrito, si durante el tiempo de suspensión el reo cometiese nuevo delito doloso. Se colige de ello, a sensu contrario,

que la suspensión del cumplimiento de la pena por remisión condicional no interrumpe ni suspende el plazo de prescripción. Nada más se establece en nuestro Ordenamiento sobre el cómputo de los plazos de prescripción de la pena.

El razonamiento que el órgano judicial desarrolla en las resoluciones recurridas para denegar la prescripción de la pena no supera, a juicio del demandante, el canon reforzado de constitucionalidad, al ser manifiestamente incoherente con la norma que regula la prescripción de las penas (art. 134 CP) y con los fines de esta institución. La afirmación que hace de que «existen otras normas procesales con igual aptitud para interrumpir o dejar en suspenso dicha prescripción» no se apoya en normas legales, sino en jurisprudencia emanada tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales que extienden la doctrina sobre la prescripción del delito a la prescripción de las penas. El Tribunal Supremo admite que la suspensión de la pena durante la tramitación del indulto alcanza también a los plazos prescriptivos de la pena. Las Audiencias Provinciales van más allá y reconocen efectos suspensivos de la prescripción a la suspensión de la ejecución de penas de libertad (art. 80 CP) y de suspensión de la pena mientras se resuelve un recurso de amparo [art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)]. Por su parte el Tribunal Militar Territorial Cuarto niega que en esos casos se lleve a cabo una interpretación analógica de las causas interruptoras de la prescripción de los delitos al ámbito de la prescripción de las penas.

En la demanda se disiente de la argumentación expuesta, ya que el art. 134 CP sólo establece el dies a quo del cómputo del plazo de la prescripción, no previendo ninguna causa ni motivo de interrupción o suspensión de la misma, de modo que no pueden crearse por los Tribunales, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, causas de in-

terrupción de las prescripción no contempladas legalmente. Es más, aun cuando no se incurriese en una interpretación irrazonable o arbitraria de las normas que regulan dicho instituto, la consecuencia sería la misma, esto es, su inconstitucionalidad, ya que la dicción del art. 134 CP excluye cualquier causa de interrupción de la prescripción de la pena y la extensión analógica que efectúan los Tribunales es claramente perjudicial para el reo.

El Tribunal Militar Territorial Cuarto no se limita a extender al instituto de la prescripción de la pena la causa y los efectos de la interrupción del delito regulados en el art. 132 CP, sino que crea nuevas causas de interrupción de la prescripción no previstas legalmente (como son la suspensión de la pena durante la tramitación del recurso de amparo o del indulto) y les anuda los efectos establecidos para la única causa de interrupción de la prescripción del delito. Este proceder vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues falta el nexo lógico entre la norma y la decisión adoptada.

Es cierto que en los supuestos a los que el órgano judicial otorga eficacia interruptiva (tramitación del indulto y del recurso de amparo) existe una norma que faculta al Tribunal competente para ejecutar la pena y para resolver el amparo para suspender su ejecución. No se anuda sin embargo a dicha suspensión en las normas que regulan las materias (arts. 4.4 CP y 56 LOTC) el efecto que se le confiere en las resoluciones recurridas, esto es, interrupción de la prescripción de la pena. No es ésta una consecuencia prevista legalmente, ni tampoco se desprende del tenor literal de aquellos preceptos, por lo que su aplicación en este ámbito de la prescripción de las penas no supera el canon de constitucionalidad reforzado. Además la motivación expuesta choca frontalmente con los fines que justifican la institución de la prescripción de la pena (STC 63/2005), gene-

rando una situación contraria a dichos fines, ya que durante el periodo en que supuestamente estaría interrumpida la prescripción de la pena (durante la tramitación del indulto o del recurso de amparo), lapso que puede ser muy prolongado, no operaría ni la prescripción del delito (al existir una Sentencia firme) ni la de la pena (dado que el plazo comenzaría nuevamente a correr cuando se resolviesen esos procedimientos).

Ninguna causa de la interrupción de la prescripción de la pena se prevé en el Código penal vigente, a diferencia de lo que sucedía en el derogado. Los órganos judiciales no pueden convertirse en legislador e incorporar a nuestro ordenamiento causas de la prescripción no contempladas en el mismo. En este sentido la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Militar Territorial Cuarto constituye una exégesis extensiva contra reo. El modo de cubrir lo que los Tribunales consideran un vacío normativo sería recurrir al mecanismo del art. 4.2 CP, instando al legislador a yugular esa supuesta anomia, no pudiendo, entretanto no se regulen de forma expresa las causas de la interrupción de la prescripción de la pena, hollar el principio de legalidad penal. Tampoco cabe que se haga extensiva contra reo la regulación que en el CP se contiene de la prescripción de los delitos. En definitiva, la normativa legal no contempla causas o motivos de la interrupción de la pena, por lo que a los Tribunales les está vedado, so pena de hollar el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), efectuar interpretaciones praeter legem y contra el reo.

La demanda concluye suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de los Autos recurridos, cuya ejecución se solicita que se suspenda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 LOTC.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de mayo de 2010, acordó admitir a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación al Tribunal Militar Territorial Cuarto a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverbada de las actuaciones correspondientes a la ejecutoria núm. 63-2001, debiendo previamente emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que, si lo desearan, pudieran comparecer, en el plazo de diez días, en este recurso.

5. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por ATC 59/2010, de 25 de mayo, acordó suspender la ejecución del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 15 de enero de 2010, dictado en la ejecutoria núm. 63-2001, en lo que se refiere a la pena privativa de libertad impuesta y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 16 de junio de 2010, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro del cual pudieron presentar las alegaciones que estimaron pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

7. La representación procesal del recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 24 de junio de 2010, en el que se remitió íntegramente a las efectuadas en el escrito de demanda.

8. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 22 de julio de 2010, que, en lo sustancial, a continuación se resume.

Tras reproducir parcialmente la doctrina constitucional sobre la prescripción recogida en las SSTC 206/2009 (FJ 2), 63/2005 (FJ 5) y del ATC 15/2009 (FJ 1), el Ministerio Fiscal sostiene que en este caso el Tribunal Militar Territorial Cuarto se ha limitado, frente a lo que se afirma en la demanda, a tomar en consideración preceptos tanto del CP como de la LOTC, que han sido aplicados en la ejecución de la pena de que se trata y, además, a instancia del recurrente en amparo. Éste solicitó primero el indulto al Gobierno e instó al Tribunal competente de la ejecución la suspensión de la pena durante su tramitación, en aplicación del art. 4.4 CP, a lo que accedió el órgano judicial. Además interpuso recurso de amparo interesando que se suspendiera la ejecución de la condena penal, lo que acordó este Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el art. 56 LOTC. En suma, a instancia del recurrente se ha tramitado un expediente de indulto y un proceso de amparo constitucional, durante cuyo curso la ejecución de la condena penal ha estado suspendida por preverlo así normas de derecho material y procesal.

Es más, aun cuando en la tramitación del indulto en un hipotético alargamiento de la misma el Tribunal ejecutor tiene facultades para dejar sin efecto la suspensión a fin de evitar la prescripción de la pena, en el supuesto de la tramitación de un recurso de amparo carece de toda posibilidad legal de dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Militar Territorial Cuarto, en aplicación de una jurisprudencia abundantemente mayoritaria, ha interpretado que las incidencias procesales habidas en la ejecución de la pena, que por imperativo legal han determinado la imposibilidad legal de su ejecución, tienen efecto interruptivo de la prescripción de la misma, porque son incidencias que han sido instadas por el ahora demandante. Por consiguiente su postura de pretender

además la prescripción por falta de ejecución la ha considerado contraria a la buena fe procesal, porque, de haber culminado con éxito alguna de las vías emprendidas, la pena impuesta podría haber sido, ya reducida, ya dejada sin efecto, esto es, porque se está en presencia de trámites procesales que podrían modular la condena impuesta.

A juicio del Ministerio Fiscal las resoluciones judiciales recurridas superan el canon del art. 24.1 CE, ya que están basadas en una interpretación razonada de los preceptos legales de aplicación. También superan el canon de la motivación reforzada exigible en estos supuestos, puesto que en este caso no ha habido una renuncia al ejercicio del poder punitivo por el órgano judicial encargado de la ejecución mediante una inactividad procesal que se haya extendido durante un determinado periodo de tiempo, ni ha habido omisión judicial impositiva del ejercicio del poder punitivo del Estado, que es el fundamento último de la prescripción, sino imposibilidad de prosecución de dicha ejecución, de cualquier actuación judicial. Por estar así previsto legalmente, el Tribunal no podía, como lo hizo después de la denegación del amparo, y tras la rebeldía del recurrente, ordenar las pertinentes gestiones para su localización y cumplimiento de la pena.

Por lo demás, atribuir a los supuestos legales de suspensión de la ejecución los efectos interruptivos de la prescripción, esto es, que vuelvan a reanudarse los plazos íntegros, es atribuir los efectos que a la interrupción de la prescripción otorga, en general, el Ordenamiento jurídico y que también se producen en los casos contemplados en el art. 134 CP en que, iniciado el periodo de prescripción, el penado es hallado y empieza a extinguir la condena que ulteriormente quebranta, reanudándose íntegramente el plazo de prescripción. Lo que, en opinión del Ministerio Fiscal, tampoco merece reproche constitucional alguno.

El Ministerio Fiscal descarta también que el órgano judicial haya interpretado extensivamente el art. 134 CP, añadiendo supuestos de interrupción del plazo prescriptivo de las penas con base en criterios meramente jurisprudenciales. El Tribunal ha entendido que este precepto debe ser puesto en relación con otros preceptos legales que ordenan la suspensión de la ejecución de las penas de manera inequívoca y, ante ello, ha razonado que no puede empezar a correr el plazo de prescripción de las penas o que debe ser interrumpido o suspendido cuando por imperativo legal no pueda empezarse a ejecutar el cumplimiento de la pena o éste haya de dejarse sin efecto. Vedada legalmente la ejecución de la condena, en virtud de incidentes, ya anteriores, ya coetáneos al inicio del cumplimiento de la misma por disponerlo así el legislador, el Tribunal ha considerado que estos periodos de imposibilidad legal de que la pena pueda ser cumplida hasta la resolución de los expedientes o procesos por disponerlo así la normativa aplicable constituyen un supuesto de imposibilidad legal del cumplimiento de la pena, al que anuda el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la misma, que se reanuda o se inicia tras alzarse la suspensión legal y ser por tanto ejecutable la pena. Y ello lo ha hecho en una interpretación razonada de los supuestos legalmente previstos de necesaria suspensión de la ejecución de la pena en beneficio del penado atendiendo a principios constitucionalmente inobjectables.

Se trata en suma de una interpretación armónica de la legislación aplicable que tiende a facilitar que los penados insten cuantos expedientes permite la ley para que se reconsidere la pena impuesta y que puede sufrir modificaciones para ellos favorables y de impedir que con su tramitación se tornen inejecutables. Dicho modo de razonar no se aparta del tenor literal de los preceptos, se acomoda a criterios de interpretación aceptados por la comunidad jurídica y que son se-

guidos de forma casi unánime por la jurisprudencia.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia denegando el amparo solicitado.

9. Por providencia de 11 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 18 de diciembre de 2009, confirmado en súplica por Auto de 15 de enero de 2010, por el que se acuerda, al no estar prescrita, continuar la ejecución de la pena impuesta al recurrente en amparo por Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo 9 de abril de 2001, como autor de un delito de desobediencia [art. 102, párrafo primero, del Código penal militar (CPM)].

El demandante de amparo estima que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Aduce al respecto, en síntesis, que la decisión judicial de denegar la prescripción de la pena que le ha sido impuesta no supera el canon constitucional exigible, al ser manifiestamente incoherente con la norma que regula la prescripción de la pena [art. 134 del Código penal (CP)] y con los fines de la institución. El art. 134 CP no prevé ninguna causa de interrupción de la prescripción de la pena, de modo que no pueden crearse por los órganos judiciales, sin vulnerar los derechos fundamentales invocados, causas de interrupción de la prescripción no contempladas legalmente. En este

caso el Tribunal Militar Territorial Cuarto ha conferido efectos interruptivos de la prescripción a la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y durante la tramitación de un recurso de amparo, creando así nuevas causas de interrupción de la prescripción de la pena no establecidas legalmente, lo que supone, además, una interpretación extensiva de la legalidad en perjuicio del reo.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación de la demanda de amparo. Sostiene, en síntesis, que el Tribunal Militar Territorial Cuarto ha tomado en consideración preceptos tanto del Código penal como de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que han sido aplicados a la ejecución de la pena impuesta al recurrente a instancia suya, ya que primero solicitó el indulto, obteniendo durante su tramitación la suspensión de la ejecución de la pena, y después interpuso recurso de amparo contra la Sentencia condenatoria solicitando la suspensión de su ejecución durante la tramitación del recurso de amparo, a la que accedió el Tribunal Constitucional. El Tribunal Militar Territorial Cuarto, en aplicación de una línea jurisprudencial mayoritaria, ha entendido que estas incidencias procesales acaecidas durante la ejecución de la pena, que han determinado la imposibilidad legal de su cumplimiento, interrumpen el plazo de prescripción de la pena. Para el Ministerio Fiscal, en definitiva, las resoluciones judiciales recurridas superan el canon reforzado que se exige en estos supuestos, ya que están basadas en una interpretación razonable de los preceptos legales aplicables, no ha habido por parte del órgano judicial encargado de la ejecución una renuncia al ejercicio del poder punitivo, ni, en fin, llevan a cabo una interpretación extensiva del art. 134 CP.

2. Así pues la cuestión suscitada por la presente demanda de amparo se contrae a determinar si ha resultado vulnerado o no el derecho del recurrente en

amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), al no haber estimado el órgano judicial prescrita la pena que le ha sido impuesta por considerar interrumpido el plazo de prescripción de la misma como consecuencia de la suspensión de su ejecución durante la tramitación de una solicitud de indulto y durante la posterior tramitación de un recurso de amparo.

Procede, por tanto, traer a colación, a fin de enjuiciar la cuestión planteada, la doctrina constitucional sentada por este Tribunal acerca del alcance del control externo que nos corresponde ejercer sobre las resoluciones judiciales dictadas en materia de prescripción penal. Doctrina que, si bien ha sido elaborada en relación con la prescripción de las infracciones penales, resulta de aplicación, con los matices correspondientes, a la prescripción de la pena.

a) De acuerdo con la mencionada doctrina constitucional la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su contenido propio, de relevancia constitucional, lo que no significa, sin embargo, que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en el proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo, sino que, por el contrario, la aplicación de dicho instituto en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo. Y ello porque la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de

la pena y la situación del inculcado o condenado, su derecho a que no se dilate indebidamente esta situación o la virtual amenaza de la sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto en general encuentra su propia justificación en el principio de seguridad jurídica.

b) El canon aplicable para proceder, en su caso, a la revisión de una decisión judicial apreciando o denegando la existencia de prescripción es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente. Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal al que abre paso la decisión judicial desestimatoria de la prescripción de la responsabilidad criminal y su posible afectación, como ocurre en este caso, a los derechos fundamentales a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), hemos señalado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos supuestos, hablándose de una tutela reforzada que exige, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre o no el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. Por lo tanto la decisión por la que se desestima una pretensión de prescripción, al afectar, como aquí acontece, a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca la causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a la institución –que, por otra parte,

distan de ser diáfanas–, en el entendimiento de que esta interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal.

Por ello hemos declarado también que la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de la lesión de los derechos fundamentales en juego en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo (SSTC, por todas, 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 7 y 10; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2; 207/2009, de 23 de noviembre, FJ 2, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 2).

3. A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de ser examinada la queja del recurrente en amparo.

Según resulta del examen de las actuaciones, el demandante de amparo fue condenado por Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 2001, estimatoria en parte del recurso de casación que interpuso contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto, de 21 de enero de 2000, a la pena de nueve meses de prisión, con las accesorias legales de suspensión de empleo y cargo público, así como del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como autor de un delito de desobediencia (art. 102, párrafo primero, CPM).

La ejecución de la pena impuesta fue suspendida en dos ocasiones. Una pri-

mera vez, por Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto de 18 de febrero de 2002, durante la tramitación de una solicitud de indulto, finalmente denegado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de septiembre de 2002. La segunda vez, por Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional núm. 237/2002, de 18 de diciembre, y Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto de 19 de diciembre de 2002, durante la tramitación del recurso de amparo que el demandante interpuso contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que fue desestimado por STC 334/2005, de 20 de diciembre.

La Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto acordó por providencia de 10 de febrero de 2006 la continuación de la ejecución del sumario núm. 42/03/97, decretando por Auto de 24 de marzo de 2006 la detención del demandante de amparo al no haber podido ser localizado, siendo declarado en rebeldía por Auto de 5 de octubre de 2006. Abierto incidente relativo a la prescripción de la pena, en el que formularon alegaciones el Ministerio Fiscal y el ahora recurrente en amparo, la Sala, por Auto de 18 de diciembre de 2009, acordó continuar la ejecución de la pena impuesta al no estar prescrita.

En la fundamentación jurídica de dicho Auto la Sala comienza señalando que en este caso el plazo de la prescripción de la pena impuesta es de cinco años, de conformidad con el art. 46 CPM, y que, al limitarse este precepto a fijar los plazos de prescripción de las penas, resulta de aplicación el Código penal común, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 CPM. A continuación, tras reproducir el contenido de los artículos 133 y 134 CP, referidos a la prescripción de la pena, la Sala razona que, a pesar de que el CP sólo contempla la posibilidad de interrupción de la prescripción en relación con la prescripción del delito y no la

prevé expresamente en relación con la prescripción de la pena, sí recoge supuestos específicos de suspensión de la ejecución de la pena (arts. 4.4 y 80 CP), al igual que el art. 56 LOTC, que permite la suspensión de la ejecución del acto impugnado durante la tramitación del recurso de amparo. En este sentido la jurisprudencia, con base en dichas previsiones, «viene concediendo efectos paralizadores a dichas instituciones jurídicas que, por su propia naturaleza, suspenden la ejecución de la pena» (fundamento jurídico primero). En definitiva –se argumenta en el Auto– «la prescripción, por su propia naturaleza, admite la interrupción, y aunque para la prescripción de la pena no se hayan previsto causas concretas de interrupción, existen actuaciones procesales con aptitud para interrumpir el plazo de prescripción (así es admitido de forma pacífica por la jurisprudencia). No debe hacerse, por tanto, una interpretación tan literal... de entenderse prescrita la pena de forma automática una vez transcurrido el tiempo previsto a partir de la firmeza de la sentencia, sino que cuando se estén practicando actuaciones procesales respecto del culpable de las que llevan aparejadas la suspensión de la ejecución de la pena, se producirá la paralización de la prescripción de la pena, comenzando de nuevo el término desde que se removiera la causa interruptiva» (fundamento jurídico segundo). Vuelve a insistir la Sala en los efectos de la interrupción de la pena en los términos ya expuestos, señalando que en cuanto a la cuestión sobre «si la suspensión que llevó aparejada tanto la petición de indulto como la interposición del recurso de amparo interrumpe o suspende únicamente el plazo de prescripción de la pena, distintas sentencias se decantan por el efecto interruptivo, debiendo comenzar de nuevo a correr el término de la prescripción», de modo que «una vez interrumpido el plazo y habiendo cesado las causas que motivaron la interrupción comienza a correr

de nuevo el plazo de prescripción, quedando sin efecto el tiempo transcurrido» (fundamento jurídico cuarto).

La Sala estima con base en la doctrina expuesta que la pena impuesta al recurrente en amparo no ha prescrito, pues durante la tramitación de la solicitud de indulto y del recurso de amparo «quedaron paralizados los efectos de la prescripción de la pena por sendas resoluciones judiciales desde el momento en que estas fueron dictadas, iniciándose un nuevo cómputo en el momento en que fueron resueltos los incidentes que las ocasionaron, es decir, en el primer caso, desde que se denegó el indulto y, en el segundo caso, desde que se denegó el amparo. Siendo éste el último en el tiempo, sería la fecha de 20 de diciembre de 2005 la que marcaría el inicio del cómputo de un nuevo plazo de prescripción, no habiéndose producido, desde entonces, ninguna actuación procesal susceptible de interrupción del mismo, por lo que debe entenderse que la pena impuesta a don José Manuel Tizón Crespo por sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001, no quedará prescrita hasta el 20 de diciembre de 2010» (fundamento jurídico quinto).

El Auto de 18 de diciembre de 2009 fue confirmado en súplica por Auto de 15 de enero de 2010, en el que, en síntesis, se reitera la fundamentación del Auto recurrido.

4. Con la perspectiva de control que nos corresponde, ciñendo nuestro pronunciamiento exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, a la consideración o no de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción de la misma, ha de señalarse que el criterio interpretativo mantenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto en las resoluciones recurridas no

puede estimarse constitucionalmente aceptable, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 2, al no satisfacer la exigencia constitucional de que toda decisión judicial adoptada en esta materia manifieste un nexo de coherencia con la norma que le sirve de fundamento.

En efecto, como se reconoce en los Autos recurridos, el Código penal de 1995 únicamente contempla de manera expresa la existencia de causas de interrupción de la prescripción penal en relación con la prescripción de las infracciones penales (art. 132 CP), no en relación con la prescripción de las penas. Por lo que se refiere a éstas, el CP 1995, tras enunciar como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal la prescripción de la pena (art. 130.7 CP), se limita a señalar los plazos de prescripción de las penas impuestas por Sentencia firme, así como a declarar la no prescripción de las penas impuestas por la comisión de determinados delitos (art. 133 CP) y a determinar el dies a quo del cómputo de dichos plazos (art. 134 CP). Al respecto este último precepto dispone que «el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebramiento de la condena, si ésta hubiera comenzado al cumplirse». Aunque el precepto se circunscribe a establecer dos momentos del inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción. Ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto. Regulación que contrasta con la del precedente Código penal de 1973, cuyos artículos 115 y 116 estaban dedicados a la prescripción de las penas. En tanto que el art. 115 CP de 1973 establecía los

plazos de prescripción de las penas, el art. 116 constaba de dos párrafos, dedicado el primero a disponer el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción, que sustancialmente no difiere del art. 134 CP de 1995, y el segundo a prever los efectos de la interrupción de la prescripción de la pena y contemplar expresamente como causa de interrupción de la prescripción la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción. Así pues el legislador del CP de 1995 en la regulación de la prescripción de las penas mantiene el dies a quo del cómputo de su plazo que aparecía ya contemplado en el art. 116 CP de 1973, aunque variando su redacción en algún aspecto puntual, pero no sustancial en lo que ahora nos interesa, y omite cualquier referencia a los efectos de la prescripción de las penas y a la comisión de otro delito como causa de interrupción, entonces regulados en el párrafo segundo del art. 116 CP de 1973.

De otra parte el art. 4.4 CP de 1995 faculta al Juez o Tribunal a suspender la ejecución de la pena mientras se resuelve sobre el indulto cuando de ser ejecutada la Sentencia la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria. Y el art. 56 LOTC, en la redacción anterior a la dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que era la aplicable al supuesto ahora considerado, facultaba a la Sala del Tribunal Constitucional que conozca de un recurso de amparo a suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Ni en uno ni en otro supuesto, esto es, ni en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de un indulto o como consecuencia de la tramitación de un recurso de amparo, la normativa reguladora otorga a dichas suspensiones la condición o la

cuales de causas interruptivas de la prescripción de la pena suspendida.

5. A partir de las precedentes consideraciones en torno a los preceptos legales aplicables resulta evidente que el criterio interpretativo mantenido por el Tribunal Militar Territorial Cuarto en los Autos recurridos, aunque no puede ser calificado como arbitrario, no satisface el canon constitucional reforzado exigido en supuestos como el que ahora nos ocupa, pues excede el propio tenor literal de los preceptos legales aplicables, que, de un lado, no contemplan la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción (art. 134 CP de 1995), ni, de otro lado, confieren a dicha suspensión en uno y otro caso la referida condición o cualidad (arts. 4.4 CP de 1995 y 56 LOTC), con los efectos que se les ha otorgado el órgano judicial. La interpretación judicial plasmada en los Autos impugnados excede, por tanto, del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos, careciendo, en definitiva, de cobertura legal.

En este contexto en modo alguno resulta ocioso recordar que este Tribunal tiene declarado en relación con la prescripción de las infracciones penales, lo que resulta trasladable a la prescripción de las penas, que «es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso Coëme c. Bélgica, § 146), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción», así como que «la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, es decir, que queda deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución» (STC 29/2008, de 20 de fe-

brero, FJ 7, con cita de la STC 63/2001, de 17 de marzo). Lo que, proyectado al caso que ahora nos ocupa, supone que necesariamente ha de estarse al régimen de la prescripción de las penas establecido por el legislador en el ejercicio de la potestad de la que es titular. En tal régimen la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no está configurada como causa de interrupción de su prescripción con el alcance que les ha conferido el órgano judicial en la resoluciones impugnadas; esto es, en tanto que causa de interrupción de la prescripción, que ha de comenzar de nuevo a correr el término de la prescripción desde que se removiera la causa interruptiva.

La contemplación de nuevas causas de interruptivas de la prescripción de las penas distintas a las recogidas en los preceptos legales reguladores de dicho instituto no es un supuesto que, lógicamente, teniendo en cuenta los precedentes del CP de 1995, pudiera haber pasado inadvertido al legislador al regular dicha materia, lo que «desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites» (SSTC 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; 57/2008, de 28 de abril, FJ 6), permite entender que si el legislador no incluyó aquellos supuestos de suspensión de ejecución de la pena como causas de interrupción de la prescripción de las mismas fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable y, a partir de él, no resulta constitucionalmente aceptable una interpretación de los preceptos legales aplicables que excede de su más directo significado gramatical.

Además resulta también una interpretación constitucionalmente no aceptable, en cuanto es una interpretación que no se compadece en este caso ni con el de-

recho a la libertad (art. 17.1 CE) ni con el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al carecer del necesario rigor con el tenor literal de los preceptos legales que le sirven de fundamento. En este sentido es necesario recordar que, en supuestos como el que nos ocupa, la prescripción en el ámbito punitivo está conectada con el derecho a la libertad (art. 17 CE) y por ende sin posibilidad de interpretaciones in malam partem (art. 25.1 CE) (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), resultando conculcado el derecho a la libertad «tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

En este caso las resoluciones judiciales recurridas, al haber denegado la prescripción de la pena impuesta al recurrente en amparo con base en una interpretación que no se adecua al significado directo de los preceptos legales aplicables y, en concreto, a los que regulan la prescripción de las penas, han lesionado también el derecho del recurrente en amparo a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

6. Con base en las precedentes consideraciones hemos de concluir que el criterio interpretativo mantenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto en los Autos recurridos sobre la prescripción de la pena impuesta al recurrente en amparo, al estimar como causas interruptivas de la prescripción la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo, no

satisface el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial en materia de prescripción penal, habiendo vulnerado, en consecuencia, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

No corresponde a este Tribunal en un planteamiento abstracto y preventivo determinar los posibles efectos o la incidencia de los supuestos legalmente previstos de suspensión de la ejecución de la pena, en concreto, en lo que a este caso interesa, los derivados de dicha suspensión por la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo, sobre el cómputo del plazo de la prescripción de la pena, por tratarse, en principio, de una cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional. Nuestro enjuiciamiento debe detenerse aquí y, en consecuencia, los efectos del otorgamiento del amparo para restablecer al recurrente en la integridad de los derechos fundamentales vulnerados han de conducir a anular las resoluciones judiciales recurridas, en la medida en que están fundadas en la aplicación de una interrupción de la prescripción sin base legal, retrotrayendo las actuaciones para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales lesionados.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Manuel Tizón Crespo, y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerados el derecho del recurrente en amparo a la tutela judi-

cial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2.º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto de 18 de diciembre de 2009 y de 15 de enero de 2010, recaídos en la ejecutoria núm. 63-2001 dimanante del sumario 42/03/97, retrayendo las actuaciones al momento anterior al de haberse dictado los referidos Autos para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugeni Gay Montalvo.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 121/2010, de 29 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 3988-2001. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona respecto del artículo 28.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Derecho a la legalidad de las sanciones administrativas y garantías del procedimiento administrativo sancionador: validez del precepto legal que impone a las mutuas de accidentes de trabajo un recargo único del 20 por 100 para ingresos fuera de plazo. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente; don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez

Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3988-2001, promovida por el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona respecto del art. 28.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por supuesta vulneración de los artículos 24 y 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. El 12 de julio de 2001 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal oficio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona por el que eleva testimonio de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo núm. 367-2000, en cumplimiento del Auto del mismo órgano jurisdiccional de 20 de junio de 2001, que se acompaña, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 28 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por supuesta vulneración de los artículos 24 y 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución.

2. El planteamiento de la cuestión tiene su origen en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Mutua de Accidentes de Trabajo de Tarragona contra la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social que desestimó su solicitud de condonación del recargo de mora que le había sido impuesto por no haber ingresado dentro del plazo reglamentariamente fijado la aportación que le correspondía al capital coste de la pensión de incapacidad permanente total de un concreto trabajador. Tal solicitud de condonación se planteó en el marco de lo dispuesto en los entonces vigentes artículos 59.3, del Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, y 50 de su Orden de desarrollo, de 26 de mayo de 1999, siendo así que la Tesorería General de la Seguridad Social, al desestimarla, afirma que el importe correspondiente al recargo «viene fijado en el art. 28.1 de la Ley general de la Seguridad Social».

Concluido el proceso, con fecha 1 de junio de 2001 el órgano judicial dictó providencia en la que acordó literalmente lo siguiente: «De conformidad con lo establecido en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y ante las manifestaciones de las partes que consideran que el recargo controvertido en los presentes autos tiene su fundamento legal en el art. 28 LGSS y ante la eventualidad de que el mismo tenga naturaleza de sanción y no de estímulo o compensación y siguiendo la doctrina que establece el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 276/2000 (BOE 14-XI-2000) y en la núm. 23/2001 (BOE 1-III-2001) y otras precedentes concédase un plazo de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo que deseen respecto de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad».

Con fecha 8 de junio de 2001 el Fiscal presentó escrito en el que llama la aten-

ción sobre el hecho de que la providencia del Juzgado no indica explícitamente cuál es el precepto constitucional posiblemente vulnerado, si bien afirma que «de manera implícita se deduce que son los artículos 24, 25.1 y 9.3 de la Constitución», para concluir que, «sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión», no se opone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El 18 de junio de 2001 la Mutua de Accidentes de Trabajo de Tarragona presentó escrito en el que afirma que en aplicación del art. 28 LGSS se le ha impuesto un recargo que supone una sanción «encubierta», por lo que estima que dicho precepto vulnera los artículos 24.2 y 25 de la Constitución, a efecto de lo cual cita las SSTC 164/1995 y 276/2000, si bien afirma que «debe tenerse en cuenta la posibilidad de que no sea el art. 28 LGSS el que se muestre contrario a la Constitución, sino solamente su concreción en materia de capitales de coste de pensiones de los que deben responder las Mutuas patronales, plasmada en el art. 90 del Reglamento General de Recaudación», en cuyo caso estima que el Juzgado podría resolver por sí mismo inaplicando la norma reglamentaria. La Tesorería General de la Seguridad Social, por su parte, mediante escrito de la misma fecha, descarta que sea pertinente plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto, ya que considera que no establece una sanción, sino un recargo, ya que no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente, sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones de cotización, así como una indemnización por el incumplimiento en plazo, siendo así que no se podría afirmar, como hace la Mutua, que el art. 29.2 del texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social tipifique como falta muy grave el «no contribuir en la medida en que proceda al sostenimiento económico de los servicios comunes de la Seguridad Social», ya que el capital coste no podría ser considerado

como aportación para el sostenimiento de aquellos servicios comunes, en los términos del art. 4 del Reglamento general de recaudación, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre (posteriormente sustituido por el aprobado mediante Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio).

El titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona, mediante Auto de 20 de junio de 2001, decidió plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 28 LGSS por entender que dicho precepto contradice los artículos 24 y 25.1, en relación con el art. 9.3, de la Constitución Española.

3. Comienza el Auto afirmando que el pronunciamiento de este Tribunal sobre la pretendida contradicción entre el art. 28 LGSS y los artículos 24, 25.1 y 9.3 de la Constitución es determinante del fallo del recurso contencioso en el que se dicta, ya que si el recargo en cuestión «tiene una verdadera naturaleza sancionadora, habrá que decretar la nulidad de la resolución, al haberse prescindido de cualquier tipo de procedimiento sancionador y tratarse, en suma, de una sanción de plano». Según afirma, la resolución recurrida se basa en el art. 90 del Reglamento general de recaudación del sistema de Seguridad Social, aprobado en desarrollo del art. 28 LGSS, que transcribe en sus dos párrafos.

El Auto se detiene en desgranar, sucesivamente, las razones en función de las cuales considera que la «naturaleza sustancial» del recargo regulado en el precepto cuestionado «coincide con la de las sanciones». Con cita de las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, y 276/2000, de 16 de noviembre (esta última trascrita literalmente en varios de sus fundamentos jurídicos), advierte que es preciso dilucidar si tiene carácter sancionador o meramente disuasorio el recargo del 20 por 100 establecido por el

precepto cuestionado sobre las deudas con la Seguridad Social distintas de las cuotas que fueran ingresadas fuera de plazo, planteamiento al que da respuesta advirtiendo, en primer lugar, que el recargo no es un «interés legal» por retraso (a cuyo efecto cita la STC 76/1990), ni el tributo al que se refiere la STC 37/1987, ni tampoco una mera compensación de unos hipotéticos daños producidos a la Administración por el retraso en los ingresos «pues la norma», «ni prevé ni regula su cálculo ni procedimiento de compensación». Descarta igualmente que se trate de una de las multas coercitivas previstas en el art. 96.c) y 99 de la Ley 30/1992 (con cita de la STC 239/1988) o de un «supuesto de autotutela administrativa de ejecución forzosa o medida reparatoria» (con referencia a la STC 119/1991 y varias Sentencias del Tribunal Supremo). Tampoco, entiende, se trataría de un recargo con función resarcitoria, ya que falta el requisito «previo y sine qua non» de la fijación del daño y de la prueba del nexo causal. Ni un «estímulo positivo», puesto que su cuantía (cuatro millones de pesetas por un retraso de quince días respecto de una deuda de dieciocho millones), según cabe concluir con apoyo en la STC 164/1995, tendría «valor indiciario» sobre el sentido de la medida, «máxime cuando en este caso no se refiere ni a intereses ni a distintos módulos sino de un módulo único que se impone por un incumplimiento», lo que resultaría por sí mismo ajeno a todo principio de proporcionalidad. De este carácter de recargo único deduce el órgano judicial, «por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto del art. 61.2 LGT», la conclusión de que el art. 28 LGSS es inconstitucional.

Se cierra el Auto con la transcripción literal del Auto de la Sala lo de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por el que se planteó cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 61.2 de la Ley General Tribu-

taria, que entiende «es absolutamente aplicable al presente supuesto». En dicho Auto razona el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre la vulneración por el precepto en ese caso cuestionado de las garantías del art. 24 y del 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución, afirmando que a pesar de tratarse de un «recargo único», configurado legalmente como medida disuasoria de naturaleza no sancionadora, su aplicación «encubre una auténtica sanción administrativa no prevista como tal en la ley, con contravención de los principios constitucionales mencionados, de obligada aplicación en el ámbito del Derecho administrativo y tributario sancionadores».

4. La Sección Cuarta de este Tribunal, mediante providencia de 16 de septiembre de 2003, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones al Congreso de Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. En la misma providencia se acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se produjo el 1 de octubre de 2003.

5. Con fecha 2 de octubre de 2003 tuvo entrada en este Tribunal escrito de la Presidenta del Congreso de los Diputados por el que traslada el acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara en el que se decide comunicar al Tribunal Constitucional que el Congreso de los Diputados no se personará en la presente cuestión de inconstitucionalidad ni formulará alegaciones, si bien pone a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pueda precisar. El Presidente del Senado, por su parte, mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal en la misma fecha, pone en su conocimiento el

acuerdo de la Mesa de la Cámara por el que se decide dar por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

6. El 2 de octubre de 2003 el Abogado del Estado presentó ante este Tribunal escrito de alegaciones que concluye suplicando se dicte Sentencia desestimatoria de la cuestión.

El Abogado del Estado comienza su escrito advirtiendo que el Auto de planteamiento de la cuestión habría incurrido en una doble deficiencia de identificación. No habría identificado, en primer lugar, el precepto cuestionado, toda vez que el art. 28 se cita indiferenciadamente, por más que sus dos apartados regulan distintos recargos: el de mora y el de apremio, respectivamente, siendo así que sólo el primero fue el aplicado por la Administración y discutido en el proceso. A ello se suma la falta de identificación de los preceptos constitucionales vulnerados, vicio en el que habría incurrido la providencia que abrió el trámite de previa audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal evacuado en aplicación del art. 35.2 LOTC –que habría quedado, por ello, irregularmente cumplido– y que se mantiene, a juicio del Abogado del Estado, en el Auto de planteamiento de la cuestión, toda vez que su argumentación se limita a significar la naturaleza sancionadora del recargo único cuestionado, «buscando afinidades con las sentencias anulatorias del recargo de demora aplicado a las deudas fiscales». Concluye, con todo, el Abogado del Estado que «a la relevancia de la ley cuestionada nada se debe objetar, puesto que el acto impugnado es aplicativo del art. 28 de la Ley general de la Seguridad Social», por más que lo pedido por la Mutua recurrente fuera la condonación del recargo y no su invalidez, ya que (a su juicio) «obviamente la validez del acto está condi-

cionada por la legitimidad de la norma».

Entrando en el fondo, y advertido que la cuestión se plantea por referencia a los supuestos en los que este Tribunal ha anulado determinados recargos, el Abogado del Estado recuerda que en las SSTC 164/1995, FJ 3, y 276/2000, FJ 4, la caracterización constitucional de los recargos viene supeditada a la función que éstos desempeñan en el sistema tributario. Sentado lo anterior el escrito llama la atención sobre el hecho de que (según lo interpreta) el Auto de planteamiento de la cuestión infiera la inconstitucionalidad del recargo regulado en el art. 28 LGSS (frente al regulado en el art. 27) de su carácter de recargo único, no de la cuantía en sí, como llamaría a valorar la doctrina constitucional de referencia. Así planteada la cuestión considera el Abogado del Estado que no hay razones para calificar como sanción el recargo cuestionado más allá del dato meramente formal en el que repara el Auto de planteamiento, que considera, por otra parte, irrelevante. En su opinión se debe atender a la finalidad perseguida con el establecimiento del recargo, lo que supone, en el caso del recargo cuestionado, reconocer que las deudas impagadas sobre las que se impone son deudas referidas a una prestación individualizada que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales deben materializar a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social en virtud de la responsabilidad por ellas asumida, prestación individualizada que no se corresponde, pues, con eventos dañinos futuros o inciertos, sino con daños ya producidos, de modo que la satisfacción al beneficiario no admite demora alguna. De ahí que el retraso en el pago genere un daño real y mensurable, «que por afectar a capitales de cierta cuantía viene a agravar más las situaciones de morosidad, injustificada en entidades que asumen unos riesgos calculados con estimaciones específicas». Ra-

zonamiento este que concluye el Abogado del Estado apelando al paralelismo entre este supuesto y los de establecimiento de cláusulas penales onerosas en los de retraso en el pago de sumas aseguradas, por más que en este caso sea la propia Ley la que, tratándose de relaciones de Derecho público, imponga una «cláusula penal que tienda a recomponer la situación y disuadir de retrasos que serían beneficiosos para las Mutualidades, si no se estableciera de antemano una corrección de sus efectos».

Concluye el Abogado del Estado rebatiendo los argumentos del Auto de planteamiento de la cuestión acerca del carácter desproporcionado del recargo, lo que haría dudar de su función disuasoria o de «estímulo positivo». Recuerda a este respecto que lo que se dilucida en el proceso a quo es, precisamente, la aplicación por la Tesorería General de la Seguridad Social de la facultad de condonación, siendo así que el hecho mismo de que se contemple esta facultad es «una previsión de moderación absolutamente acorde con la naturaleza disuasoria del recargo y en armonía con el hecho de consistir en una fracción proporcional de la deuda retrasada».

7. El Fiscal General del Estado formuló alegaciones mediante escrito registrado el 14 de octubre de 2003.

Llama en él, en primer lugar, la atención sobre el hecho de que en la cuestión no concurrirían todas las condiciones procesales para su admisión, particularmente en lo referido al juicio de relevancia. Estima, en definitiva, que no se hace necesario que este Tribunal se pronuncie sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado para resolver el proceso en el cual se suscitó la cuestión, dado que en él el objeto procesal no es otro que una resolución denegatoria de la condonación del recargo solicitada en virtud de lo dispuesto en el art. 59.3 del Reglamento general de recaudación de

los recursos de la Seguridad Social, con lo que, «en el concreto supuesto que motiva el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, resulta perfectamente posible la acomodación constitucional del art. 28 de la LGSS en su relación con el art. 59.3 del Reglamento a través de la vía interpretativa, impidiendo de ese modo la imposición de un desproporcionado recargo, cuya condonación es susceptible de lograrse mediante el uso del arbitrio judicial dirigido a modular los rigurosos efectos de una norma, sobre los que no obstante su propio desarrollo reglamentario permite la cesación».

Sin perjuicio de lo anterior el escrito del Fiscal General del Estado se pronuncia sucesivamente sobre el fondo de la cuestión planteada. Asumiendo como referente las SSTC 164/1995 y 276/2000 para determinar si el recargo en cuestión tiene o no carácter sancionador y, consecuentemente, si le son aplicables las «garantías materiales y procesales recogidas en los artículos 24 y 25.1 CE», se plantea la aplicación de un doble criterio para el escrutinio de los «rasgos externos» del recargo y de su función, descartando un criterio cuantitativo que, en su opinión, «resultaría profundamente injusto al fundamentarse en ponderación tan subjetiva e imprecisa como es la de determinar a partir de qué momento exacto se produce una sustancial incidencia patrimonial y, en consecuencia, pueda afirmarse sin dudas la naturaleza sancionatoria del recargo».

Atendiendo al primer criterio (el de los «rasgos externos» del recargo), afirma que la conducta que devenga el recargo en los términos del art. 28 LGSS constituye, en principio, un ilícito tipificado como infracción muy grave en el art. 21.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social. A ello se suma que la medida, en cuanto que consiste en la imposición del pago de una cantidad, incide negativa-

mente en el patrimonio del obligado, traduciéndose, como las sanciones, en la restricción de un derecho, siendo así que para las sanciones muy graves la Ley 8/1988 establece en su art. 40.1.c), como límites mínimo y máximo de las correspondientes multas, los de 500.000 y 15 millones de pesetas, respectivamente, si bien para las sanciones impuestas en grado mínimo la cuantía no podrá exceder los 2 millones de pesetas.

Atendiendo al criterio de la finalidad perseguida entiende el Fiscal General del Estado que no puede afirmarse que el recargo cuestionado obedezca a la finalidad de procurar un mero estímulo positivo para favorecer el pago puntual, ya que (en aplicación de lo dispuesto en los tres primeros apartados del art. 90 del Reglamento de recaudación) el recargo pervivirá aun después de haberse producido el ingreso. De ello deduce «el evidente carácter sancionador» del recargo, «en cuanto no se busca sin más estimular el pago, sino retribuir o castigar un retraso en el pago y ello con independencia de que al tiempo de imponerlo haya sido ya efectivamente abonada la cantidad debida», a lo que suma el dato de que la cuantía del recargo aplicado supera incluso el grado mínimo de la sanción prevista en el art. 40.1.c) de la Ley 8/1988, de manera que la aplicación de la medida del recargo «no supone otorgar al infractor un trato muy distinto del que le correspondería si se aplicaran las medidas previstas» en esta última Ley. Resultaría así infringido el art. 24.2 de la Constitución, al imponerse, por la vía del art. 28 de la LGSS, una sanción sin las garantías procesales consagradas en aquel precepto. Conclusión ésta que no se puede extender, a su juicio, en relación con la alegada vulneración del art. 25.1 de la Constitución, en conexión con el 9.3, porque, amén de carecer en el Auto de planteamiento de un «mínimo desarrollo argumental», dicha alegación no evidencia base alguna, toda vez que

el recargo se impone precisamente en la norma con rango de Ley cuestionada, en la que se especifican suficientemente tipo y sanción.

A partir de los argumentos que preceden concluye interesando que se dicte Sentencia de inadmisión de la presente cuestión por considerar defectuosamente cumplido el requisito del juicio de relevancia, o, subsidiariamente, Sentencia estimatoria por estimar que el precepto cuestionado es contrario al art. 24.2 de la Constitución.

8. Mediante providencia de 24 de marzo de 2009 el Pleno acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.c) LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir a la Sala Segunda, a la que por turno objetivo le ha correspondido, el conocimiento de la presente cuestión.

9. Con fecha 25 de noviembre de 2010 se dictó providencia por la que se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución la presente cuestión de inconstitucionalidad ha sido promovida por el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona respecto del art. 28 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Entiende el proponente que el precepto cuestionado podría resultar vulnerador de los artículos 24 y 25.1 en relación con el art. 9.3 de la Constitución por cuanto contemplaría una «sanción encubierta» en forma de recargo único impuesto sobre las deudas con la Seguridad Social distintas de las cuotas que fueran ingresadas fuera de plazo. Este

planteamiento es rechazado por el Abogado del Estado, que pide la desestimación de la cuestión, mientras que el Fiscal General del Estado solicita su inadmisión, por resultar defectuosamente cumplido el juicio de relevancia, o, subsidiariamente, su estimación, por entender que el precepto cuestionado incurre en vulneración del art. 24.2 de la Constitución.

2. La resolución de la presente cuestión requiere hacer una precisión previa sobre su objeto, toda vez que el Auto por el que se plantea identifica el precepto contra el que se dirige, tanto en su parte dispositiva como en sus razonamientos jurídicos, con «el artículo 28 de la Ley General de la Seguridad Social», sin ofrecer mayor precisión sobre cuál de sus dos apartados sea el cuestionado, siendo así que, como pone de manifiesto el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, ambos apartados se refieren a recargos diferentes (de mora el primero y de apremio el segundo) y sólo el primero de ellos fue el aplicado a la entidad recurrente en la resolución que dio origen a la solicitud de condonación cuya denegación fue recurrida en el proceso a quo.

En estos términos, y atendiendo a las exigencias del juicio de relevancia (asumido por el momento desde un plano meramente formal, sin perjuicio de lo que diremos en un fundamento sucesivo sobre el cumplimiento de dicho requisito en el concreto supuesto sometido a nuestro enjuiciamiento), hemos de concluir que la cuestión planteada queda ceñida al primer apartado del art. 28 LGSS, que, en la redacción aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, establecía lo siguiente: «1. Las deudas con la Seguridad Social que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto esté constituido por recursos distintos a las cuotas, recargos o, en su caso, intereses sobre unas y otros, se incrementarán con un recargo de mora del 20 por 100 cuando se pa-

guen fuera del plazo reglamentario que tengan establecido». Siendo ésta la redacción del precepto vigente en el momento de dictarse la resolución objeto del proceso a quo, de cuya validez dependerá la decisión a adoptar en éste, no resultan relevantes sus modificaciones posteriores (incluso sustanciales), de conformidad con nuestra reiterada doctrina acerca de los efectos que sobre las cuestiones de inconstitucionalidad tiene la modificación o derogación de los preceptos cuestionados (por todas, SSTC 179/2006, de 13 de junio, FJ 2, y 14/2007, de 18 de enero, FJ 1).

3. Antes de hacer pronunciamiento alguno sobre el fondo de la cuestión planteada cumple, en efecto, pronunciarse sobre ciertos óbices procesales apuntados por el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, óbices que, de hecho, para éste último determinan la petición de inadmisión de la presente cuestión.

Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de la presente resolución el Abogado del Estado ha puesto de manifiesto que el trámite de audiencia a las partes exigido por el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) habría sido cumplido de forma defectuosa, por cuanto la providencia dictada a tal efecto no habría identificado los preceptos constitucionales vulnerados. Este vicio se mantendría, a su juicio, en el sucesivo Auto de planteamiento de la cuestión, si bien no pone en duda que se cumpla materialmente con el juicio de relevancia, puesto que en, su opinión, el acto impugnado (por más que se refiera a la condonación del recargo y no al recargo mismo, solicitando su invalidez) es aplicativo del precepto cuestionado, por cuanto «obviamente la validez del acto está condicionada por la legitimidad de la norma». Este extremo (el de que el objeto del proceso a quo sea la resolución que denegó la condonación del recargo, y no la resolución misma por

la que se impuso) es, sin embargo, determinante para el Fiscal General del Estado, ya que, a su juicio, en ese concreto contexto procesal el Juzgado promotor podría «a través de la vía interpretativa» lograr «la acomodación constitucional del art. 28 de la LGSS en su relación con el art. 59.3 del Reglamento ... impidiendo de ese modo la imposición de un desproporcionado recargo», con lo que se incumpliría el juicio de relevancia.

4. Es preciso, en primer lugar, descartar que los defectos que, como el Abogado del Estado señala, se produjeron, efectivamente, en el trámite de audiencia a las partes exigido por el art. 35.2 LOTC sean determinantes de la inadmisión de la presente cuestión. Bien es verdad que, como hemos recordado recientemente en el ATC 124/2009, de 28 de abril (FJ 2), con cita expresa del ATC 33/2009, de 27 de enero (FJ 2) y de la STC 140/2008, de 28 de octubre (FJ 2), «la importancia de la audiencia del art. 35.2 LOTC no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas». Resulta, sin embargo, que respecto de este último extremo (la exigencia de especificación de los preceptos constitucionales de contraste) hemos introducido ciertos márgenes de flexibilidad al reconocer que «a falta de una cita concreta de los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados [la providencia que cumpla con el trámite del 35.2 LOTC] ha de identificar mínimamente la duda de constitucionalidad ... ante quienes han de ser oídos para que sobre la misma puedan versar las alegaciones, exigiendo en todo caso tal indeterminación relativa que las partes hayan podido

conocer el planteamiento de la inconstitucionalidad realizado por el órgano judicial y, atendiendo a las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él» (STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 6).

Como se puede comprobar en el antecedente segundo de esta resolución, en el que ha quedado trascrita, en su literalidad, la providencia por la que se dio cumplimiento al trámite del art. 35.2 LOTC, en ella no se identifican específicamente los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados por el art. 28.1 LGSS, pero sí se invoca expresamente «la doctrina que establece el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 276/2000 (BOE 14-XI-2000) y en la núm. 23/2001 (BOE 1-III-2001) y otras precedentes», referencia ésta que bastó a las partes para reconocer perfectamente, siquiera sea (como significa el Fiscal General del Estado) «de manera implícita», que los artículos supuestamente vulnerados eran «los artículos 24, 25.1 y 9.3 de la Constitución». La Mutua de Trabajo recurrente afirmó expresamente la incompatibilidad del precepto cuestionado con los artículos 24 y 25 de la Constitución, mientras que la Tesorería General de la Seguridad Social se opuso al planteamiento de la cuestión por considerar que el precepto no establece una sanción, sino un recargo, de modo que, por más que no se especificaron en la providencia los preceptos constitucionales de contraste, la referencia expresa a las Sentencias de este Tribunal Constitucional que, a juicio del órgano judicial proponente serían relevantes al caso vino a suplir ese defecto, permitiendo que el trámite de audiencia contemplado en el art. 35.2 LOTC cumpliera de su finalidad, identificada últimamente en el ya citado ATC 33/2009, de 13 de febrero (FJ 2), con cita expresa de los AATC 47/2004, de 10 de febrero, y 202/2007, de 27 de marzo, no sólo con el aseguramiento de la intervención de las partes en el proceso a quo y del Mi-

nisterio Fiscal «con carácter previo a la posible adopción de una decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional», sino también con la puesta a disposición del órgano judicial de «un medio que le permita conocer, con rigor, la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso».

5. Si los defectos detectados en el trámite de audiencia no son determinantes de la inadmisión de la cuestión, tampoco conduce a tal conclusión la constatación de ciertas incoherencias en el Auto por el que se plantea, quedando, en todo caso, descartado que incurra en los defectos formales que le imputa el Abogado del Estado. Un simple repaso del texto del Auto de planteamiento de la cuestión que nos ocupa permite, en efecto, descartar que (como afirma, sin extraer de ello mayores consecuencias, el Abogado del Estado) haya omitido especificar los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados. Si bien el Auto no destaca por su claridad, basta con dirigirse a su parte dispositiva para comprobar que en ella (además de en otras partes de la resolución) se ha hecho expresa mención a los artículos 24 y 25.1, en relación con el 9.3, de la Constitución como preceptos supuestamente vulnerados por el art. 28 LGSS.

No mayor alcance tienen las dudas planteadas acerca del cumplimiento del requisito del juicio de relevancia por el Fiscal General del Estado, para quien, teniendo en cuenta que el objeto procesal con el que se enfrenta el Juzgado a quo es la resolución que denegó la condonación del recargo, y no la resolución misma por la que se impuso, el órgano judicial podría, por vía interpretativa, lograr «la acomodación constitucional del art. 28 de la LGSS en su relación con el art. 59.3 del Reglamento» sin necesidad de plantear la cuestión, «impidiendo de

ese modo la imposición de un desproporcionado recargo». Es éste un razonamiento que, sin embargo, no desvirtúa la concurrencia del requisito que nos ocupa, ya que (aparte de que supone adelantar la consideración que sobre el fondo del asunto expresa sucesivamente el Fiscal General del Estado y en función de la cual solicita, subsidiariamente, la estimación de la cuestión, por considerar que el recargo cuestionado tiene, en efecto, naturaleza sancionadora) no niega, sino que confirma, la aplicabilidad al caso del precepto cuestionado.

Obsérvese que lo que el Fiscal General del Estado pretende es que, en la revisión judicial de la resolución de la Tesorería de la Seguridad Social que denegó la solicitud presentada por la Mutua recurrente para lograr la condonación del recargo impuesto en aplicación del art. 28.1 LGSS, se reduzca el monto del recargo definitivamente exigido, lo que bastaría, en su opinión, para descartar que el recargo resultara inconstitucional por desproporcionado. De modo que de su propio razonamiento se desprende la confirmación de que en el caso concurre (como, por otra parte, afirma taxativamente el Abogado del Estado) el juicio de relevancia, ya que no cabe duda de que, por más que el acto recurrido sea la resolución denegatoria de la condonación y no la que impuso el recargo, la misma solicitud de condonación tiene como presupuesto la imposición de un recargo contemplado en el precepto cuestionado, de modo que el resultado del proceso a quo está radicalmente condicionado por lo que este Tribunal resuelva acerca de las dudas de constitucionalidad vertidas sobre el precepto en el que se basó, primero, la resolución que impuso el recargo, y, posteriormente, la que denegó su condonación: de hecho, tal y como significamos expresamente en el antecedente segundo de esta resolución, la Tesorería General de la Seguridad Social, al desestimar la solicitud de condonación,

afirma que el importe correspondiente al recargo «viene fijado en el art. 28.1 de la Ley General de la Seguridad Social». En definitiva, de declararse inconstitucional el precepto que impone el recargo faltaría el presupuesto mismo en el que la Tesorería General de la Seguridad Social sustentó la denegación de la condonación: la legitimidad de la imposición original del recargo.

Confirmado, pues, que en la presente cuestión no concurre ninguno de los óbices procesales denunciados por las partes personadas, debemos pasar a valorar la consistencia de las dudas de constitucionalidad planteadas respecto del art. 28.1 del texto refundido de la LGSS aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

6. El precepto cuestionado prescribe, en sus términos literales, que «las deudas con la Seguridad Social que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto esté constituido por recursos distintos a las cuotas, recargos o, en su caso, intereses sobre unas y otros, se incrementarán con un recargo de mora del 20 por 100 cuando se paguen fuera del plazo reglamentario que tengan establecido». En la consideración del órgano judicial promotor de la cuestión este precepto, en la medida en que impone un recargo único del 20 por 100 en los casos de retraso en el pago de determinadas deudas con la Seguridad Social, estaría contemplando una sanción encubierta que, como tal, resultaría lesiva de los derechos garantizados en los artículos 24 y 25.1, en conexión con el 9.3, de la Constitución, conclusión que apoya en la doctrina sentada por este Tribunal, particularmente en las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, y 276/2000, de 16 de noviembre. En este planteamiento viene a coincidir el Fiscal General del Estado, en lo que hace a la alegada vulneración del art. 24.2 (y no del 25.1) de la Constitución en consideración a los «rasgos externos» del recargo y a su función, mien-

tras que el Abogado del Estado descarta que se haya producido vulneración alguna de los preceptos invocados en la medida en que, a la vista de la naturaleza peculiar de la deuda sobre la que se aplica el recargo, éste vendría, propiamente, a equipararse a una cláusula penal onerosa impuesta por la Ley para, en último término, disuadir de los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las Mutuas.

No deja de sorprender que el órgano judicial promotor de la cuestión pretenda acogerse a las citadas Sentencias para justificar que el precepto cuestionado vulnera los preceptos constitucionales de contraste por él identificados. Mientras que en la STC 164/1995 rechazamos que el art. 61.2 de la Ley general tributaria, en la redacción derivada de la disposición adicional trigésimo primera de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, vulnerara los artículos 24, 25, 14 y 31 de la Constitución al imponer un interés de demora cuantificado en un mínimo del 10 por 100, por los ingresos tributarios realizados fuera de plazo, en la STC 276/2000 se estimó que el inciso primero del mismo artículo, según la redacción dada por la disposición adicional decimocuarta apartada 2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, resultaba vulnerador del art. 24 de la Constitución, pero no del 25.1, al establecer un recargo único del 50 por 100 para los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo; doctrina que ha sido reiterada en varias Sentencias dictadas en diferentes recursos de amparo (SSTC 307/2000 y 312/2000, de 18 de diciembre; 23/2001, 25/2001, 26/2001, las tres de 29 de enero; 93/2001, de 2 de abril, y 127/2002, de 23 de mayo). Resulta, con todo, evidente que, a falta de un desarrollo argumentativo más depurado en el Auto de planteamiento de la cuestión que nos ocupa, el órgano judi-

cial promotor duda de la constitucionalidad del precepto cuestionado por entender que, bajo los parámetros establecidos en las citadas Sentencias, el recargo que contempla «encubre una auténtica sanción administrativa no prevista como tal en la ley», particularmente en cuanto su condición de «recargo único» resulta ajena a todo principio de proporcionalidad.

Son dos, en definitiva, los argumentos en los que basa el órgano judicial cuestionante sus dudas de constitucionalidad, argumentos íntimamente vinculados: el del carácter materialmente sancionador del recargo y el de su desproporción, asumiendo como premisa su carácter sancionador. Argumentos ambos que, a la vista de la generalidad con la que se formula el precepto recurrido y por respeto al juicio de relevancia, no se pueden desligar del supuesto concreto que da ocasión al planteamiento de la cuestión, es decir, la imposición a una concreta Mutua de Accidentes de Trabajo del recargo del 20 por 100 por haber ingresado la aportación que le correspondía al capital coste de la pensión de incapacidad permanente total de un concreto trabajador con siete días de retraso sobre un plazo fijado en quince días, tal y como precisa la propia resolución de denegación de la condonación del recargo que es objeto del proceso a quo, incorporada a las actuaciones.

7. Así planteada la cuestión debemos analizar, en primer lugar, si el recargo cuestionado tiene, efectivamente, carácter sancionador a la luz de la doctrina constitucional citada en el Auto de planteamiento de la cuestión. Esta doctrina, tal y como hace notar, sistematizando la doctrina anterior, la STC 276/2000, FJ 3, después de recordar la «improcedencia de extender indebidamente la idea de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del

ius puniendi del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos», se concentra en analizar «la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse (SSTC 239/1988, FJ 3; 164/1995, FJ 4; ATC 323/1996, FJ 2)», de modo que, «en concreto, si halláramos en el instituto de referencia la presencia de la ‘finalidad represiva, retributiva o de castigo’ que hemos venido destacando como específica de las sanciones (SSTC 239/1988, FJ 2; 164/1995, FJ 4), habrá que concluir que el recargo tiene sentido sancionador; si, por el contrario, la medida desfavorable careciese de tal función represiva no estaríamos en el ámbito punitivo y, por ende, habría que descartar la aplicación de los artículos 24.2 y 25 CE».

La proyección de esta doctrina, dictada en relación con recargos tributarios, sobre el precepto cuestionado en el seno del proceso a quo obliga a destacar, una vez más, que el recargo aplicado en el supuesto objeto de aquel proceso se impuso por el retraso en el ingreso por parte de una Mutua de Accidentes de Trabajo de la aportación que le correspondía al capital coste de la pensión de incapacidad permanente total de un concreto trabajador. Nos encontramos, pues, en un supuesto de retraso en el ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social de un peculiar recurso de los que corresponde ingresar a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, distinto a las aportaciones para el sostenimiento de los Servicios comunes y sociales de la Seguridad Social a los que se refería el apartado 1.c) del art. 4 del Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, en su versión vigente en el momento de planteamiento de la presente cuestión. Se trata de los «capitales coste de renta» mencionados en el art. 4.1.d) del mismo Reglamento, que (como bien advierte el Abogado del Estado) se corres-

ponden con deudas referidas a una prestación individualizada que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en virtud de la responsabilidad asumida en aplicación del art. 201.1 LGSS, deben materializar a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social en función de daños, no hipotéticos, sino ya efectivos desde el momento en que el trabajador incurre en situación de incapacidad.

En los términos del art. 89.1 del Reglamento general de recaudación, en la redacción vigente en el momento de plantearse la presente cuestión, la Tesorería General de la Seguridad Social recaudará de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales declaradas responsables de prestaciones por resolución de las entidades gestoras el valor actual del capital coste de las pensiones o el importe de las demás prestaciones que se causen por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el porcentaje de riesgos asumidos por las mismas, así como los intereses de capitalización hasta el día en que se efectúe el ingreso del capital y los recargos que procedan. El artículo 90, apartado 1, del mismo Reglamento, fija en quince días el plazo de ingreso de los capitales coste de pensiones a cargo de las Mutuas, plazo computado desde el día siguiente a aquél en el cual la Tesorería les notifique su importe mediante la correspondiente reclamación de deuda. Si las Mutuas incumplen la obligación de ingresar en dicho plazo los capitales coste de renta la deuda se incrementará con el recargo cuestionado, sin mediar previo requerimiento de la Tesorería.

Resulta, así, que el retraso por las Mutuas en el pago de las aportaciones por ellas asumidas para hacer frente a prestaciones individualizadas ya devengadas a favor de los afiliados incurros en la contingencia de que se trate genera a la Tesorería General de la Seguridad Social un daño real y cuantificado, de lo que cabe

deducir que en la imposición en estos casos, por aplicación del art. 28.1 LGSS, de un recargo por retraso en el pago no existe finalidad represiva alguna, sino la meramente resarcitoria y, en último término, disuasoria del incumplimiento de una obligación concreta asumida frente a la Tesorería General de la Seguridad Social. Como en el caso enjuiciado por la STC 164/1995, FJ 4, el recargo ahora cuestionado «no tiene un verdadero sentido sancionatorio porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones en la STC 239/1988»; en suma, «la funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente, sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento Y al propio tiempo ... opera estimulando un pago que, aunque es tardío, se trata de adelantar en el tiempo para que se produzca antes del requerimiento. Es decir, el recargo estimula negativamente el pago puntual ante la amenaza de que, en caso de inobservancia del plazo, la deuda se incremente».

Esta conclusión no puede ser desvirtuada por la apelación hecha por el Fiscal General del Estado a los «ragos externos» del recargo, que basa en la consideración de que el mismo constituiría un ilícito tipificado como infracción muy grave en el art. 21.2 de la Ley 8/1988 sobre infracciones y sanciones en el orden social, siendo así que la cuantía del recargo impuesto en el caso enjuiciado en el proceso a quo excedería incluso de la cuantía del grado mínimo de la sanción aplicable en función del art. 40.1.c) de la misma Ley. Y ello por la sencilla razón de que, tal y como tuvo ocasión de destacar la

Tesorería General de la Seguridad Social en el trámite de audiencia previo al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en contestación a un argumento al respecto de la Mutua demandante (tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución), el supuesto de no ingreso en plazo de la aportación correspondiente a una Mutua por el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total de un concreto trabajador no encaja en el supuesto tipificado como infracción muy grave en el precepto de referencia (sucesivamente integrado como art. 29.2 del texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto): el precepto tipificador se refiere a la conducta de «no contribuir en la medida en que proceda al sostenimiento económico de los servicios comunes de la Seguridad Social», si bien el capital coste se identifica por el art. 4.1.d) del entonces vigente Reglamento general de recaudación como un recurso distinto a las «aportaciones para el sostenimiento de los Servicios Comunes y Sociales de la Seguridad Social», mencionados en el apartado 1.c) del mismo artículo, tal y como ya hemos tenido ocasión de aclarar previamente.

En definitiva, el recargo por mora cuestionado carece de naturaleza sancionadora, ya que responde más propiamente a la naturaleza de compensación financiera, cuya función es tanto reparadora o indemnizatoria para la Tesorería General de la Seguridad Social como preventiva o disuasoria del posible retraso en el pago por parte de la Mutua responsable de las aportaciones a las que se hubiera obligado en relación con el capital coste de las prestaciones derivadas de las contingencias en que incurran sus afiliados.

8. Una vez ha quedado descartado que en el recargo regulado por el precepto cuestionado concorra naturaleza sancionadora, nada habría que ponderar

ya acerca de la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad en materia sancionadora que derivaría de su carácter de recargo único, argumento éste que el Auto de planteamiento ofrece, una vez más, de forma imprecisa. Cumple advertir, en todo caso, que de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior se desprende que se salvaguarda la proporcionalidad entre el fin público perseguido (el puntual cumplimiento por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de sus obligaciones de colaboración) y los medios utilizados al efecto (la imposición del recargo cuestionado), y ello sin perjuicio de la previsión de su posible condonación, total o parcial, en el art. 59.3 del Reglamento general de recaudación en la redacción vigente al tiempo de plantearse la presente cuestión de inconstitucionalidad, que da, precisamente, cobertura al acto que es objeto del proceso a quo. A través de esta facultad de condonación (tal y como apuntan el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado) se hace posible atenuar los rigores del recargo siempre y «cuando concurran circunstancias excepcionales que justifiquen razonablemente el retraso en el ingreso de los recursos correspondientes y se trate de sujetos obligados que viniesen ingresando sus deudas con regularidad», conforme a los términos literales del citado precepto reglamentario.

De todo lo cual se deduce que la presente cuestión de inconstitucionalidad debe ser desestimada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad 3988-2001, promovida por el

titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona respecto del art. 28.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 122/2010, de 29 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 6925-2004. Promovido por don Sebastián Luque Jiménez respecto de las Sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y del Tribunal Militar Territorial Primero, que desestimaron el recurso contencioso disciplinario militar frente a la sanción impuesta en aplicación del régimen disciplinario de la Guardia Civil. Vulneración del derecho a la libertad personal en relación con la prohibición de que la Administración civil imponga sanciones privativas de libertad: sanción privativa de libertad impuesta por inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas en el desarrollo de una actividad policial y no estrictamente militar (STC 73/2010). («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6925-2004, promovido por don Sebastián Luque Jiménez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ana de la Corte Macías y asistido por el Letrado don Luis Santamaría Ortiz, contra la Sentencia de 27 de septiembre de 2004, de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación planteado frente a la Sentencia de 5 de junio de 2003, del Tribunal Militar Territorial Primero, que, a su vez, había desestimado el recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario, interpuesto por el recurrente contra la Resolución sancionadora dictada por el teniente comandante del puesto principal de Altea (Alicante). Ha sido parte el Abogado del Estado, y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 19 de noviembre de 2004 el demandante interpuso recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El demandante, guardia civil, fue sancionado mediante Resolución del teniente comandante del puesto principal de Altea (Alicante), de 14 de septiembre de 2000, a tres días de arresto, sin perjuicio del servicio, como autor responsable de una infracción leve, prevista en el art. 7.10 de la Ley Orgánica de régimen

disciplinario de la Guardia Civil, por «inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas». Resumidamente, los hechos imputados consistían en una inspección paralela a la realizada por el jefe de pareja, amparándose en una supuesta incompetencia de éste, así como descalificaciones vertidas en contra del mismo. Interpuestos los correspondientes recursos en vía administrativa, la sanción fue confirmada por resoluciones del capitán jefe de la Cuarta Compañía de Calpe, de 26 de octubre de 2000, y del coronel jefe de la Comandancia de Alicante, de 13 de diciembre de 2000.

El recurrente interpuso recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario, al considerar que la sanción impuesta vulneraba su derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) en relación con el principio de legalidad penal (art. 25 CE), y la lesión de su derecho a la libertad por haber sido sancionado por la Administración a una pena privativa de libertad en contra de lo preceptuado en el art. 25.3 CE y violándose por ello el art. 5 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH); por último, alegó la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al haber sido sancionado sin prueba de cargo, habiendo sufrido indefensión material, por no haber sido informado del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, ni haber sido instruido de la posibilidad de tener asistencia letrada.

El Tribunal Militar Territorial Primero, mediante Sentencia de 5 de junio de 2003, confirmó las resoluciones impugnadas. Consideró el Tribunal ajustada a Derecho la sanción impuesta sin que se lesionara el art. 25.3 CE, ya que dicho precepto permite a la Administración militar, en determinados supuestos, imponer sanciones privativas o restrictivas de libertad. Respecto a la vulneración de su derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), al defender el demandante que el

contenido de la sanción disciplinaria es una privación de libertad y no una mera restricción de la misma, consideró el Tribunal, con cita de abundante jurisprudencia, que, de la legislación aplicable se deduce una clara diferenciación entre las sanciones por faltas leves y por la comisión de las calificadas como graves, ya que, mientras éstas comportan un arresto de uno a tres meses, que constituye una clara privación de libertad, aquéllas conllevan el arresto de uno a treinta días, configurándose como una restricción de la libertad, ya que se cumple en el domicilio del sancionado continuando en la actividades de su unidad.

b) El demandante interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de septiembre de 2004. En relación con la supuesta indefensión sufrida por no haber sido informado del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, ni haber sido instruido de la posibilidad de tener asistencia letrada, considera el Tribunal Supremo que se le anunció por el jefe de pareja la presentación del parte al teniente comandante del puesto, habiendo sido oído y habiendo podido alegar en su descargo, todo ello dentro del procedimiento oral previsto para la corrección de las faltas leves; tampoco consideró lesivo de su derecho el que no se le informara sobre la posible asistencia letrada, puesto que no resulta preceptiva. Respecto a la alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia fue desestimada al considerar que la prueba consistente en el parte disciplinario cursado por el jefe de pareja ratificado ante el teniente y el reconocimiento parcial de los hechos por el recurrente ha resultado suficiente. Tampoco fue acogida la queja planteada sobre el principio de legalidad. Por último, el Tribunal Supremo desestimó la alegación sobre la supuesta vulneración del art. 17 CE en relación con el art. 25.3 CE al haberle sido impuesta una sanción privativa de libertad por la Administra-

ción. Afirma que, emanada la sanción de la Administración militar, que, a sensu contrario del art. 25.3 CE, tiene potestad y competencia para imponer sanciones que impliquen privación de libertad, no cabe apreciar lesión alguna. La Sentencia contiene un Voto particular en el que se considera que, si bien la sanción privativa de libertad ha sido impuesta por una Administración, la naturaleza militar de la misma no contradice el tenor del art. 25.3 CE. No obstante, aun asumiendo la legalidad de la sanción, entiende que el procedimiento previsto en el art. 38 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil carece de las mínimas garantías constitucionales, y, además, en el caso concreto del demandante, han existido irregularidades que le causaron indefensión material, vulnerándose también su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

3. En su demanda, el recurrente denuncia las siguientes vulneraciones:

a) En primer lugar la lesión de su derecho a la libertad personal, art. 17.1 CE, en relación con el art. 25.3 CE, por cuanto se le ha impuesto una medida privativa de libertad por la Administración que, por mandato constitucional, no puede imponer este tipo de sanciones. Rebatiendo la argumentación empleada por el Tribunal Supremo en su Sentencia, considera vulnerado el art. 5 CEDH, en el que se establecen las garantías para que una persona pueda ser privada de libertad; asimismo, considera que la reserva que el Estado español realizó a dicho artículo en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no afecta a la Guardia Civil, que no pertenece a las mismas.

b) En segundo término, alega la vulneración del art. 17 CE por ser de aplicación directa las garantías procesales del art. 24.2 CE al procedimiento sancionador tramitado.

Considera que el procedimiento previsto en el art. 38 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil para depurar faltas leves está muy alejado de las garantías jurídicas de procedimiento que la misma ley prevé para sancionar faltas graves. Acogiendo los argumentos del Voto particular de la Sentencia dictada en casación, entiende que la sanción de arresto, al conllevar una privación de libertad, ha sido impuesta a través de un procedimiento que no goza de las garantías constitucionales, ya que no ha podido contar con asesoramiento de abogado militar, y, por otra parte, el derecho a conocer la acusación se realiza en estos procedimientos sólo de manera genérica.

c) En tercer lugar alega la lesión de su derecho de defensa contenido en el art. 24 CE. Estrechamente ligado a la anterior, continúa defendiendo que el procedimiento previsto en la norma no contiene las mínimas garantías exigibles para la efectividad del derecho de defensa. Considera que ha sufrido indefensión material, ya que cuando se le preguntó por los hechos no se le informó de que las preguntas se le realizaban como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador y tampoco se le advirtió de la posibilidad de ser asistido por letrado; tampoco es cierto que reconociera los hechos imputados en relación con la inspección paralela, negándosele, según afirma, la prueba de testigos que solicitó al instructor. Haciendo nuevamente suyos los argumentos del Voto particular estima que sufrió indefensión.

d) Por último alega la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE. Argumenta el recurrente que no ha quedado probado el hecho que se le imputa, ya que, siendo la infracción sancionada el «defectuoso cumplimiento de una orden», debería haber quedado acreditada la existencia previa de una «orden» y no ha sido así. Relata los hechos acaecidos en la noche de autos y

pone de manifiesto que en ningún momento el jefe de pareja le trasladó ninguna orden en sentido formal, por tanto, no pudo cumplir defectuosamente una orden inexistente. Tampoco las supuestas descalificaciones referidas al jefe de la pareja han quedado acreditadas; en ningún momento se reconocieron por el demandante dichas descalificaciones. En definitiva, recogiendo nuevamente los argumentos esgrimidos en el voto particular de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el recurrente considera que el instructor del procedimiento sancionador no practicó verificación alguna de los hechos imputados, no permitiéndole llevar a cabo prueba de descargo y vulnerando, así, su derecho a la presunción de inocencia.

4. Por providencia de 24 de abril de 2007, la Sala Segunda de este Tribunal, acordó admitir a trámite el presente recurso de amparo y, en virtud del art. 51 LOTC, se requirió al Tribunal Supremo y al Tribunal Militar Territorial Primero para que remitieran testimonio de las actuaciones y emplazasen a quien hubiera sido parte en dicho proceso para que en el plazo de diez días pudieran comparecer. El Abogado del Estado se personó a través de escrito de 26 de abril de 2007. Mediante diligencia de ordenación de 3 de septiembre de 2007 se tuvo por personado al Abogado del Estado y, conforme el art. 52.1 LOTC, se dio vista de las actuaciones por término de veinte días para que las partes presentaran alegaciones.

5. El Abogado del Estado en escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 16 de octubre de 2007 solicitó la desestimación del recurso.

Respecto a la supuesta vulneración del art. 17 CE en relación con el 25.3 CE alegada por el recurrente, la representación procesal del Estado considera, sin discutir la naturaleza del arresto asumiéndola como una verdadera privación de libertad, que carece de consistencia el

argumento esgrimido por el recurrente en relación a la pérdida de vigencia de la reserva del Estado español a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma, puesto que aquella reserva, para permitir las medidas disciplinarias impuestas por la Administración militar que conlleven sanciones privativas de libertad, sigue plenamente vigente en la actualidad; aclara que la reserva se llevó a cabo en relación con el régimen disciplinario del personal, en aquel instante, sujeto el Código de Justicia Militar, donde se incluía el Cuerpo de la Guardia Civil, considerando que el hecho de regularse tal régimen en un texto concreto, vigente en el momento de la adhesión al Tratado, no implica la congelación de la eficacia de la reserva a ese preciso texto impidiendo su renovación. Lo que es objeto de reserva, en opinión del Abogado del Estado, son unas determinadas normas o materias y no un concreto texto cuya pervivencia formal condicione la eficacia de la reserva. Además recuerda que los tratados internacionales no constituyen canon de constitucionalidad para el enjuiciamiento de las normas españolas.

Por otra parte, el argumento del recurrente acerca de que la sanción ha sido impuesta por la Administración civil, vulnerándose el art. 25.3 CE, es rechazada por el Abogado del Estado, citando las Sentencias de este Tribunal 270/1994 y 25/1995, que aplicaron la Ley Orgánica 11/1991, sin cuestionar en absoluto su constitucionalidad; recuerda también cómo el Tribunal en la STC 194/1989, ha reconocido la libertad de configuración del legislador en orden al régimen disciplinario de la Guardia Civil, bien como simple cuerpo de seguridad, bien como instituto militar, hipótesis esta última a la que correspondía un régimen de excepción a la regla prohibitiva general prevista en el art. 25.3 CE, y es que los mandos militares pueden acordar medidas privativas de libertad por no estar comprendidos en la Administración civil a que se

refiere el mencionado precepto. Concluye constatando que la Ley Orgánica 11/1991 establece un régimen disciplinario para la Guardia Civil, caracterizada en dicha ley como «Instituto Armado de carácter militar», y encomienda el control de legalidad exclusivamente a la jurisdicción militar, como consecuencia de su naturaleza militar.

En segundo lugar rechaza el Abogado del Estado las críticas que el recurrente realiza al procedimiento sancionador, demasiado simple y sumario, previsto en la ley, que, sin embargo, implica una sanción privativa de libertad. Para el Abogado del Estado la disciplina es esencial en el funcionamiento de la Guardia Civil y por ello este valor debió ser asumido por el demandante, así como los procedimientos legales para su salvaguarda.

Por último, analiza las quejas relativas a las vulneraciones del art. 24.2 CE, en concreto la presunción de inocencia. No resulta creíble, a juicio del Abogado del Estado, la queja relativa al desconocimiento de la acusación, ya que el jefe de pareja le comunicó que daría parte de los hechos y el recurrente fue escuchado por el Comandante; tampoco la no advertencia de la posibilidad de ser asistido por letrado lesionó ningún derecho del recurrente, puesto que no era preceptiva su intervención, ni la autoridad sancionadora estaba obligada a indicar esta posibilidad.

En relación con la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, considera el Abogado del Estado que nada explica el demandante para poder deducir tal vulneración.

6. El recurrente formuló sus alegaciones el 10 de octubre de 2007, remitiéndose a su escrito de demanda.

7. El Ministerio Fiscal en escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 8 de noviembre de 2007 formuló las alegaciones correspondientes, solicitando la estimación del recurso de amparo.

Considera que todas las quejas planteadas por el recurrente están íntimamente ligadas, siendo el núcleo de las mismas la privación de libertad sufrida como consecuencia de una decisión administrativa, vulnerándose así los artículos 17 y 25.3 CE y el art. 5 CEDH.

En este punto estima que la clave es determinar si los órganos judiciales podrían haber interpretado la norma aplicada de manera que no vulnerara el art. 5 del Convenio europeo, no limitándose a la constatación de la aplicación del procedimiento establecido en la ley; en su opinión, debería haber un plus de motivación en las resoluciones impugnadas. Afirmar que la lectura constitucional del art. 10.1 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil en relación con el art. 17 CE y el art. 5 CEDH, debió llevar a los tribunales a la opción menos gravosa de sanción, por ejemplo la pérdida de haberes o la reprobación, y nunca al arresto; de esta manera se respetaría una aplicación no extensiva del art. 25.3 CE, que ha sido interpretado a contrario sensu para posibilitar la sanción bajo la consideración del carácter militar de la Guardia Civil, máxime cuando, a su juicio, esta concepción ha sido parcialmente descalificada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 20 de julio de 1994. En este sentido, reprocha a las resoluciones impugnadas el análisis superficial efectuado sobre la alegación relativa al art. 17 CE.

En cuanto a las garantías procedimentales vulneradas por el procedimiento tramitado, regulado en el art. 38 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil, considera que no es objetable la regulación legal si realmente se enfocara a depurar infracciones leves, pero el arresto como privación de libertad que es, no puede calificarse sino de sanción grave, en relación con la cual, en opinión del Ministerio Fiscal, el procedimiento previsto no reúne las garantías mínimas exigibles desde el punto de vista

constitucional; tan es así, afirma, que la nueva Ley Orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil de 22 de octubre de 2007, que deroga la regulación anterior, ha eliminado del catálogo de sanciones el arresto, fijando asimismo un reforzamiento de las garantías para el expedientado.

Por último, sobre la alegación relativa a la presunción de inocencia, para el Ministerio público la conculcación del mencionado derecho fundamental estaría condicionada por la inconstitucionalidad del procedimiento seguido para la obtención de las pruebas; si este procedimiento no observa las mínimas garantías –ausencia de instructor diferente al sancionador, ausencia de asistencia letrada y limitación de la prueba–, se concluye que se ha vulnerado el citado derecho.

8. Mediante Auto de 28 de octubre de 2008, la Sala Segunda de este Tribunal acordó elevar al Pleno cuestión interna de inconstitucionalidad, con suspensión del plazo para dictar sentencia, en relación con el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, por la posible vulneración del art. 25.3 CE.

Por providencia de 9 de diciembre de 2008, el Pleno de este Tribunal tuvo por planteada la cuestión interna de inconstitucionalidad, acordando deferir su conocimiento a la Sala Segunda, a la que por turno objetivo le había correspondido.

La Sala dictó Sentencia en dicha cuestión con fecha 18 de octubre de 2010, declarando que el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, no es inconstitucional interpretado en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad sólo procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora.

9. Por providencia de 25 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugna en el presente recurso de amparo la Resolución sancionadora de 14 de septiembre de 2000, dictada por el teniente comandante del puesto de Altea (Alicante), confirmada en vía administrativa por sendas resoluciones del capitán jefe de la Cuarta Compañía de Calpe y del coronel jefe de la Comandancia de Alicante, así como por la Sentencia de 27 de septiembre de 2004 de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación planteado frente a la Sentencia de 5 de junio de 2003 del Tribunal Militar Territorial Primero, que, a su vez, había desestimado el recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario, interpuesto por el recurrente contra la resolución administrativa citada.

Ante todo, debe precisarse que, aunque en la demanda se solicita la anulación de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de la lectura de su fundamentación jurídica se desprende que el recurso de amparo ha de entenderse formulado por el cauce del art. 43 LOTC, ya que las infracciones constitucionales que se denuncian se imputan directamente a la resolución recaída en el procedimiento administrativo sancionador, y sólo indirectamente, en la medida en que no las han reparado, a las resoluciones judiciales dictadas posteriormente.

2. Como se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, el demandante alega, en primer lugar, la lesión de su derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) en relación con el art. 25.3 CE, por cuanto se le ha impuesto una medida privativa de libertad por la Administra-

ción, vulnerándose además con ello el art. 5 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH). En segundo término, alega la vulneración del art. 17 CE por ser de aplicación directa las garantías procesales del art. 24.2 CE al procedimiento sancionador tramitado. En tercer lugar, alega la lesión de su derecho de defensa contenido en el art. 24 CE, aduciendo que ha sufrido indefensión material al carecer el procedimiento de las mínimas garantías exigibles. Por último denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), argumentando que no ha quedado probado el hecho que se le imputa.

Por su parte el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso, alegando, de un lado, además de la vigencia de una reserva del Estado español a los artículos 5 y 6 CEDH, que el art. 25.3 CE permite a los mandos militares acordar medidas privativas de libertad por no estar comprendidos en la Administración civil a que se refiere el mencionado precepto. De otro, rechaza las quejas relativas a las vulneraciones del art. 24.2 CE por no haberse producido indefensión y por existir suficientes pruebas válidas de cargo para determinar la sanción, lo que excluye la lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

El Ministerio Fiscal entiende que todas las lesiones de derechos fundamentales denunciadas están íntimamente ligadas, siendo el núcleo de las mismas la privación de libertad sufrida como consecuencia de una decisión administrativa, vulnerándose así los artículos 17 y 25.3 CE y el art. 5 CEDH. Afirma que la lectura constitucional del art. 10.1 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil en relación con el art. 17 CE y el art. 5 CEDH, debió llevar a los tribunales a la opción menos gravosa de sanción, por ejemplo, la pérdida de haberes o la reprobación, y nunca al arresto.

En cuanto a las garantías procedimentales vulneradas, considera que no es objetable la regulación legal si realmente se enfocara a depurar infracciones leves, pero el arresto como privación de libertad que es, no puede calificarse sino de sanción grave, por lo que el procedimiento previsto no reúne las garantías mínimas exigibles desde el punto de vista constitucional. Por último, la conculcación de la presunción de inocencia estaría condicionada por la inconstitucionalidad del procedimiento seguido para la obtención de las pruebas.

3. Como punto de partida en el análisis de las quejas planteadas por el demandante de amparo, se ha de indicar que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, todas se encuentran imbricadas entre sí, y giran en torno a la primera de ellas, en virtud de la cual denuncia el actor la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), en relación con la prohibición de que la Administración pueda imponer sanciones que impliquen la privación de libertad (art. 25.3 CE), por habersele impuesto una sanción administrativa de arresto.

Ante todo se hace preciso recordar que esta Sala acordó en el presente recurso de amparo plantear cuestión interna de inconstitucionalidad con respecto al art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, por la posible vulneración del art. 25.3 CE. En dicha cuestión recayó la STC 73/2010, en la que se declaró que dicho precepto «sólo resulta acorde con la Constitución si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad (según el procedimiento previsto en la Ley) procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora».

Para llegar a esta conclusión parte la citada Sentencia, de un lado, de que la

sanción de arresto contemplada en el precepto cuestionado no es una simple restricción de la libertad, sino una verdadera privación de aquella (entre otras, SSTC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3, y 14/1999, de 22 de febrero, FJ 9), y, de otro, de la doble naturaleza de las funciones que realiza la Guardia Civil, pues desarrolla unas de carácter policial, como parte de las fuerzas de seguridad del Estado (art. 9 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), actuando también como fuerza armada, si bien de manera excepcional, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden (art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/1986) (FJ 4). El corolario que se sigue de estos dos aspectos es que, con la perspectiva del art. 25.3 CE, en conexión con los artículos 5 y 6 CEDH, no es posible que las autoridades o mandos de la Guardia Civil a que se refiere el art. 19 de la Ley Orgánica 11/1991 impongan «sanciones que impliquen privación de libertad cuando se trate de actuaciones desarrolladas dentro del ámbito de las funciones policiales que la ley les encomienda». O, lo que es igual, «el art. 25.3 CE no permite, a la luz de la singular configuración de la Guardia Civil que, previendo el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 para la misma categoría de infracciones sanciones de diferente naturaleza jurídica –que pueden ser de contenido económico, referidas a la carrera de los sancionados, y otras privativas de libertad—, se imponga una sanción de arresto sin que haya quedado acreditado y motivado en la resolución sancionadora que la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una función militar» (STC 73/2010, de 18 de octubre, FJ 5).

4. A la luz de la conclusión alcanzada en dicho fallo, debemos examinar ahora la queja sometida a nuestra consideración. Según consta con más extensión en los antecedentes de esta resolu-

ción, al demandante de amparo se le impuso la sanción de tres días de arresto domiciliario, sin perjuicio del servicio, por el Teniente Comandante del puesto principal de Altea, por la comisión de una infracción leve prevista en el art. 7.10 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil, por «inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas» en el desarrollo de una inspección ocular realizada en un inmueble para la investigación de un hecho delictivo. Es evidente, por tanto, que al recurrente se le impuso una sanción privativa de libertad por una actuación desarrollada en el ámbito de su actividad policial y no de carácter estrictamente militar, y que dicha sanción fue impuesta por la Administración, en concreto por uno de sus superiores, sin intervención de órgano judicial alguno. Esto es, se le impuso administrativamente la sanción más gravosa para su libertad de las previstas en el art. 10.1 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil. Consiguientemente, y de acuerdo con la interpretación que de este último precepto se realizó en la STC 73/2010, esa actividad disciplinaria, en cuanto supuso una privación de la libertad del actor, vulneró lo dispuesto en el art. 17.1 del texto constitucional en relación con el art. 25.3 CE.

5. La estimación de la anterior queja nos excusa del análisis de las restantes lesiones invocadas en la demanda, debiendo ahora, de conformidad con el art. 55.1 LOTC, determinar el alcance del amparo otorgado. Alcance que no puede ser otro que el reconocimiento al recurrente del derecho vulnerado, y la anulación de la resolución sancionadora del teniente comandante del puesto de Altea, así como la de las resoluciones que la confirmaron en vía administrativa y las resoluciones judiciales posteriores que no restablecieron al demandante en el ejercicio de su derecho a la libertad (art. 17 en relación con art. 25.3 CE), sin

que proceda ordenar la retroacción de las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse el primero de ellos, dado que el recurrente en amparo ya cumplió la sanción de arresto que le fue impuesta.

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 Sebastián Luque Jiménez y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la libertad (art. 17 en relación con art. 25.3 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Resolución sancionadora de 14 de septiembre de 2000, dictada por el teniente comandante del puesto de Altea (Alicante), así como la resolución del capitán jefe de la Cuarta Compañía de Calpe, de 26 de octubre de 2000, la resolución del coronel jefe de la Comandancia de Alicante de 13 de diciembre de 2000, la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero de 5 de junio de 2003, y la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2004.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugenio Gay Montalvo*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 123/2010, de 29 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 7402-2005. Promovido por la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Alcalá de Henares estimatoria de reclamación en concepto de cobro de canon por reproducción de copia privada. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al proceso): legitimación de una entidad de gestión de derechos de autor para personarse en un litigio civil sobre devolución del importe cobrado por el canon por copia privada previsto en la Ley de propiedad intelectual (STC 196/2009). («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente; don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7402-2005 promovido por la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), representada por el Procurador de los Tribunales don Alfonso Blanco Fernández y asistido por el Letrado don José Ramón Mayo Álvarez, contra la Sentencia del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Alcalá de Henares, de 15 de junio de 2005, recaída en juicio verbal de reclamación de cantidad por cobro de canon por reproducción de copia privada. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado el 21 de octubre de 2005 el Procurador de los Tribunales don Alfonso Blanco Fernández, en nombre y representación de la Sociedad General de Autores y Editores de España, interpuso demanda de amparo contra la resolución de la que se deja hecho mérito en el encabezamiento.

2. Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada son los siguientes:

a) El 19 de octubre de 2004 don Reynaldo Cordero Corro presentó demanda de juicio verbal contra la mercantil Batch-PC, con domicilio en Alcalá de Henares, en reclamación de la cantidad de un euro con setenta y dos céntimos (1,72 €) que aquél había tenido que abonar en el establecimiento propiedad de la demandada, en concepto de canon del art. 25.1 de la Ley de propiedad intelectual (LPI), para la compra de una caja de diez unidades de cd-rom; aportando al efecto factura de la operación, cuyo importe total ascendía a la suma de seis euros (6 €).

La demanda fundamentó la pretensión deducida en que el canon del art. 25.1 LPI, por el que se introdujo en nuestro Ordenamiento en 1987 el derecho de los autores, editores, productores de fonogramas y videogramas, artistas intérpretes y artistas ejecutantes a ser compensados por la realización de toda copia privada que de su obra realicen los usuarios, resulta aplicable en realidad a multitud de situaciones, como por ejemplo el registro de las bases de datos del Consejo General del Poder Judicial y la grabación de las vistas orales en los procesos civiles, resal-

tando con ello la importancia del «soporte digital como soporte de registro de la civilización del siglo XXI». Tras descalificar la imposición de lo que califica como tasa a favor de una «minoría» (los titulares del derecho al canon, a la sazón «acreedores» de éste), se cuestionan las atribuciones otorgadas por la LPI a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual para la recaudación, control, gestión y reparto del importe del derecho mencionado; planteando luego de manera directa y extensa las «posibles causas de inconstitucionalidad del derecho a remuneración por copia privada». Así, y de manera separada, se va motivando el por qué el llamado canon por copia privada del art. 25.1 LPI infringe los artículos 9.3, 33.2, 133, 136 y 157 de la Constitución española, incluyendo al final un apartado dedicado a la «inconstitucionalidad de los sujetos gestores del derecho», en referencia una vez más las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, engarzando todo al final con una solicitud para que el Juzgado competente plantee cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional, y en todo caso dictara Sentencia ordenando la devolución del importe del canon satisfecho.

b) Por Auto del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Alcalá de Henares, de 17 de noviembre de 2004, se admitió a trámite la demanda (juicio verbal núm. 726-2004), sin ordenarse la notificación de la apertura del proceso a ninguna entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, siguiéndose por tanto el litigio con las partes ya identificadas, sin que compareciera representación alguna de la mercantil demandada a la vista oral de la causa, celebrada el 20 de enero de 2005.

Por providencia de 20 de enero de 2005 se acordó oír a las partes por plazo de diez días en relación con la solicitud de planteamiento de cuestión de

inconstitucionalidad formulada por el actor, reiterándose en ella este último por escrito de 31 de enero, mientras que el Ministerio Fiscal presentó informe el 6 de junio de 2005 contrario a dicho planteamiento. El órgano judicial resolvió, mediante Auto de 15 de junio de 2005, que «no ha lugar a promover cuestión de inconstitucionalidad de los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual relacionados por el actor en su petición».

Ese mismo día el Juez dictó Sentencia por la que estimó la demanda presentada, condenando a la mercantil demandada a abonar al actor la cantidad de «un euro con setenta y dos céntimos y con imposición de las costas causadas». Como fundamento de su decisión, y tras hacer cita de lo dispuesto en el art. 25 LPI, el órgano judicial señala que, siendo presupuesto de dicha remuneración compensatoria la realización de reproducciones, cabe presumir que éstas se efectúan sobre algunas de las obras definidas por los artículos 25.1 y 31.2 LPI «cuando teleológicamente no cabe otra finalidad, pero en el caso de autos, el material adquirido, o sea, diez cd-rom en blanco, tiene un campo de posibilidades que no viene necesariamente circunscrito a servir de soporte a obras literarias, artísticas o científicas de ajena pertenencia. Por tanto, la repercusión de remuneración por copia privada verificada por el demandado no es conforme al art. 25 de la LPI y procede, por tanto, la estimación de la demanda pues estamos en presencia de un supuesto de cobro de lo indebido».

La Sentencia no fue impugnada por ninguna de las partes, deviniendo firme.

c) La recurrente en amparo dedujo escrito ante el Juzgado el 28 de julio de 2005 señalando: «Que, teniendo mi poderdante interés legítimo en el resultado de este proceso en su condición de entidad gestora de la recaudación de la remuneración compensatoria por copia privada prevista en el art. 25 de la LPI, por

medio del presente escrito me persono y solicito que me sea notificada la Sentencia recaída en este juicio con el fin de poder ejercitar los derechos y acciones legales que a mi representada pudieran corresponder». Solicitud que fue denegada por providencia de 29 de julio de 2005, «atendiendo lo dispuesto en el artículo 13.1 de la LEC y resultando del examen de las actuaciones que la sentencia recaída en éstas ha devenido firme».

Por escrito registrado el 9 de septiembre de 2005 la entidad recurrente planteó incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia firme de 15 de junio de 2005 al haber tenido conocimiento de ella por su difusión en internet. Denunció para ello la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no haber sido llamada al proceso ya finalizado y no haber dispuesto por tanto de acceso a éste, a pesar de que en el mismo se debatió, según advierte su representación procesal, «sobre el contenido y alcance de una obligación legal –cual es la remuneración compensatoria por copia privada– de la que mi mandante es legítima acreedora, en virtud de lo dispuesto en el art. 25.7 LPI». Añadiendo que conoció la Sentencia a través de los medios de comunicación.

El órgano judicial, por providencia de 20 de septiembre de 2005, no sólo no admitió a trámite el incidente, sino que incluso ordenó la devolución de «los escritos» presentados con sus copias respectivas, «atendido que tales entidades [se refiere a SGAE y EGEDA, esta última en relación con otra petición similar presentada] no tienen la condición de parte ni de tercero interviniente en el presente procedimiento; resultando firme la sentencia recaída en las presentes actuaciones». Del escrito de 9 de septiembre de 2005, en efecto, no quedó constancia en los autos, pero ha sido aportado por la

recurrente como documento núm. 7 de su demanda de amparo.

3. Dicha demanda se formalizó ante este Tribunal, a través de escrito de fecha 21 de octubre de 2005 (en el cual se alega la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE), «como reacción ante la situación de absoluta indefensión» en que le ha situado la Sentencia de 15 de junio de 2005 que puso fin al juicio verbal núm. 726-2004. Tal como había defendido previamente en su escrito interponiendo incidente de nulidad de actuaciones, afirma la demandante de amparo que la SGAE, en cuanto entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, tiene encomendada ex lege la tarea de hacer efectivo el derecho de remuneración por copia privada del art. 25.1 LPI; derecho de remuneración que deviene irrenunciable, «entre otras personas, para los autores», según señala este mismo precepto. De este modo, afirma, en el proceso de instancia «se ha debatido sobre el contenido y alcance» de aquella obligación legal, respecto de la que la recurrente aparece como «legítima acreedora» ex art. 25.7 de la citada LPI, «sin que se le haya dado la más mínima posibilidad de acceder al procedimiento judicial a fin de poder defender su interés legítimo en la cuestión». Con ello el órgano judicial ha incurrido en una omisión de emplazamiento en infracción del art. 25.7 LPI, puesto que no llamó «a ninguna» de las entidades de gestión, entre las que se encuentra ella, a fin de permitirles actuar en defensa de sus derechos e intereses legítimos, siendo así que, como consecuencia de la Sentencia estimatoria de la demanda interpuesta, el establecimiento condenado podría oponer tal resolución firme para exonerarse de la responsabilidad solidaria que le incumbe con base en el precepto antes citado. Situación que no ha reparado la providencia de 29 de julio de 2005, que denegó las solicitudes de notificación de la Sentencia y de tener por personada a

la entidad ahora demandante de amparo, ni la de 20 de septiembre de 2005, en la que el Juzgado no proveyó siquiera al escrito de nulidad de actuaciones (págs. 3 y 4 de la demanda de amparo).

La representación procesal de la entidad recurrente solicita en el suplico de la demanda el reconocimiento de que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y que, como efecto de ello, se declare la nulidad de la Sentencia dictada por el 15 de junio de 2005 en el juicio verbal de referencia, así como la de la nulidad de las «actuaciones anteriores seguidas sin audiencia de mi mandante, mandando reponer las actuaciones al momento de admisión a trámite de la demanda» a fin de poder intervenir en el proceso.

4. Antes de resolver sobre la admisión de la demanda presentada la Sección Tercera de este Tribunal acordó, mediante providencia de 31 de enero de 2008, conceder a la parte demandante y al Ministerio público el trámite de audiencia regulado en el art. 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) en relación con la posible concurrencia de algún motivo de inadmisión del recurso.

Por escrito de 28 de febrero de 2008 el representante de la entidad recurrente solicitó la admisión de la demanda de amparo presentada y dejó constancia de que en otro asunto idéntico, objeto del recurso de amparo número 10063-2006, interpuesto por la propia SGAE contra una sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, se había acordado ya la correspondiente admisión por la Sala Primera de este Tribunal.

El Ministerio Fiscal, por su parte, presentó escrito de alegaciones registrado el 24 de abril de 2008 interesando la inadmisión de la demanda de amparo por motivos formales. De un lado por dirigirse contra una resolución judicial que,

conforme a su criterio, no había privado a la recurrente de su derecho de acceso a la jurisdicción; de otro por considerar extemporánea la demanda, al estar presentada fuera del plazo establecido en el art. 44.2 LOTC, de 20 días contados desde la notificación de la providencia de 29 de julio de 2005 (lo que tuvo lugar el 2 de septiembre), toda vez que considera improcedente la interposición ulterior del incidente de nulidad de actuaciones.

5. Con fecha 4 de mayo de 2010 la Sala Segunda de este Tribunal dictó providencia admitiendo a trámite la demanda de amparo y, en consecuencia, ordenó dirigir comunicación al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Alcalá de Henares a efectos de que, de conformidad con el art. 51 LOTC, remitiera en el plazo de diez días certificación de las actuaciones del juicio verbal núm. 726-2004 y proveyera al emplazamiento a las partes del proceso para que, si así lo desearan, comparecieran en éste.

6. Por diligencia de ordenación de la Sala Segunda de 14 de julio de 2010 se concedió audiencia a todas las partes por plazo de veinte días para formular alegaciones (art. 52.1 LOTC).

La parte recurrente evacuó dicho trámite en escrito de 15 de septiembre de 2010, por el que se ratificó en la demanda presentada, «significando la analogía del presente supuesto con el ya decidido por la Excma. Sala Primera del Alto Tribunal a que tengo en honor de dirigirme, en Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2.009, dictada en el recurso de amparo núm. 10063-2006, promovido también por esta representación, y en el que se otorgó el amparo solicitado».

7. El Ministerio público presentó escrito de alegaciones registrado el 4 de octubre de 2010, por el que interesó la inadmisión del recurso [art. 50.1.a) en relación con el art. 44.1.a) LOTC] y, en

su defecto, el otorgamiento del amparo, bien que en tal caso formulando distintos interrogantes sobre el alcance de la eventual estimación de la demanda presentada.

Por lo que atañe a la inadmisión entendiéndolo el Fiscal que las resoluciones judiciales que negaron a la recurrente su personación en el proceso fueron sólo las dictadas con posterioridad a la Sentencia firme recaída, esto es, las providencias de 29 de julio y 20 de septiembre de 2005 que rechazaban sus peticiones de que se le notificara la Sentencia, se la tuviera por personada y finalmente se anularan actuaciones, de modo que el amparo tenía que haberse formalizado contra tales resoluciones y no contra la Sentencia previa, como ha hecho la recurrente, sin que quepa extender el recurso tácitamente a aquéllas al faltar entre éstas y la demandante de amparo «una relación lógico-causal y [ser] sus espacios decisionales ... autónomos y distintos».

Sentado esto, y ya entrando en el fondo del recurso, el Ministerio público advierte que, «no obstante, esta objeción podría entrar en crisis si atendemos finalmente al núcleo esencial de la doctrina establecida en la mencionada STC 196/2009», en la cual se estimó el amparo a la SGAE en un caso que «se presenta en términos sustancialmente idénticos, incluso denunciaba la inconstitucionalidad del canon por copia privada previsto en el art. 25 de la Ley de propiedad intelectual, así como el papel atribuido a las sociedades de gestión de los derechos de propiedad intelectual», resolución que sentó una doctrina conforme a la cual recae sobre el Juez la obligación «a pesar de que el demandante nada diga al respecto, de emplazar a la SGAE, a modo de tercero interviniente de carácter obligatorio, por tener interés legítimo en cuanto sociedad de gestión de los derechos de propiedad intelectual» en términos propios de un «litisconsorcio pasivo necesario».

Sin embargo, y a renglón seguido, plantea dudas el Fiscal sobre la aplicación al caso de la doctrina de la STC 196/2009, sosteniendo que la entidad recurrente invocó en su escrito ante el Juzgado de 28 de julio de 2005 la condición de «tercero con interés legítimo», y dicho título «no afecta necesariamente a la validez intrínseca de la relación jurídico-procesal» ex art. 13 Ley de enjuiciamiento civil (LEC), ni tiene por qué traer consigo la nulidad de todas las actuaciones, pues según dicho precepto, una vez personado el tercero con interés legítimo, «no se retrotraerán las actuaciones». Añade que la aplicación de la doctrina de la STC 196/2009 suscita en cuanto a los efectos de la estimación del amparo algunos interrogantes, que concreta en los siguientes: «¿el emplazamiento debe hacerse exclusivamente a la SGAE o debe extenderse a otras sociedades de gestión?; ¿qué sucedería si otra sociedad de gestión, distinta de la recurrente, que no intervino inicialmente pretende personarse una vez finalizado el proceso por sentencia firme?; ¿su no intervención inicial afectaría, también, a la validez de la constitución de la relación jurídico-procesal?; ¿cuál serían entonces los efectos constitucionales y procesales que derivarían de su no intervención?».

Finalmente, «de no admitirse las anteriores objeciones y planteamientos», la Fiscalía se decanta en último término a favor del otorgamiento del amparo por aplicación de la doctrina de la STC 196/2009, en cuanto cabría entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la entidad recurrente en su modalidad de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE); estimación cuyos efectos «deberían alcanzar a la totalidad de las actuaciones judiciales, acordando su nulidad y la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la admisión de la demanda».

8. Por providencia de fecha 25 de noviembre de 2010 se señaló para deli-

beración y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se interpone por la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual de autores, editores y sus derechohabientes respecto de la reproducción, distribución y comunicación pública de obras literarias, musicales, teatrales, cinematográficas y otras de carácter audiovisual y multimedia, según tiene acreditado procesalmente, para impugnar lo que considera su exclusión indebida del juicio verbal núm. 726-2004 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Alcalá de Henares, en el cual recayó Sentencia definitiva el 15 de junio de 2005 que se pronunció sobre la validez del llamado canon por derecho de reproducción de copia privada regulado en el art. 25.1 de la Ley de propiedad intelectual (LPI) y cuyo efectivo cobro, señala la recurrente, se encomienda a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual por el apartado 7 del mismo art. 25 LPI. El desconocimiento del interés legítimo que tiene atribuido ex lege habría producido de esta manera la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, al no poder ejercitar la defensa en juicio de los derechos de los titulares materiales del canon (los autores y editores de las obras explotadas) en cuyo nombre actúa. A criterio sin embargo del órgano judicial, explicitado en sus providencias de 29 de julio y 20 de septiembre de 2005, la entidad recurrente no posee la condición de parte ni de tercero interviniente del art. 13 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), por lo que no puede impetrar tutela a su favor dentro de dicho proceso, sea para la notificación de la Sentencia ya

firme y tenerla por personada, sea para instar la nulidad de las actuaciones practicadas.

Así planteados los términos del recurso ha de advertirse que su objeto coincide en términos esenciales con el que ya promovió la misma entidad gestora con el núm. 10063-2006, sustanciado ante la Sala Primera de este Tribunal, identidad apreciable, no sólo en la lesión constitucional denunciada (la falta de acceso al proceso por no haber sido llamada como parte demandada) y en la naturaleza del pleito del que trae origen el proceso constitucional (juicio verbal por reclamación de cantidad para la devolución de lo pagado por la adquisición de unidades de cd-rom en blanco o vírgenes en concepto de canon de reproducción de copia privada del art. 25 LPI), sino también en las pretensiones deducidas por la respectiva parte actora en cada uno de los recursos y en su argumentación jurídica. El recurso de amparo núm. 10063-2006 fue resuelto por Sentencia estimatoria núm. 196/2009, de 28 de septiembre, a la que por evidentes razones de unidad de doctrina hemos de seguir aquí, no sin antes despejar un óbice de procedibilidad que no se suscitó en aquel otro recurso por el Fiscal.

2. En efecto, el Ministerio Público plantea como causa de inadmisión formal por indebido agotamiento de la vía judicial previa [arts. 44.1.a) y 50.1.a) LOTC] el haber circunscrito la demanda de amparo su impugnación a la Sentencia y no referirla a las providencias posteriores que respondieron negativamente a la solicitud de la recurrente para que se la tuviera, según el Fiscal, como un «tercero con interés legítimo» en el proceso, ya que serían tales providencias en su caso, las que habrían originado la lesión del art. 24.1 CE que se denuncia; sin que pueda entenderse extensible tácitamente a ellas la impugnación planteada.

En los términos expuestos esta causa de inadmisión debe ser rechazada, porque, si bien es cierto que el suplico de la demanda de amparo se concreta expresamente por la representación procesal de la entidad recurrente en la declaración de la nulidad de la Sentencia de 15 de junio de 2005 y de las «actuaciones anteriores seguidas sin audiencia de mi mandante», no puede desconocerse que dicha demanda constituye un todo unitario, cuya lectura ha de acometerse con un criterio flexible y no formalista, importando sobre todo que el escrito permita conocer «la vulneración constitucional denunciada y la pretensión deducida» (por todas, STC 214/2005, de 12 de septiembre, FJ 2 y las que en ella se citan). Tal cosa es lo que aquí precisamente sucede, articulándose la denuncia de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en torno a la exclusión sufrida por la recurrente respecto de todo el juicio verbal de referencia, no de una fase o trámite del mismo. Esa exclusión, tal como se puntualiza en la demanda de amparo, arranca con la falta de emplazamiento ab initio a la SGAE que, lejos de repararse en la vista oral, culmina con una Sentencia dictada igualmente en situación de su marginación absoluta, y se prolonga después, como se alega en las páginas 3 y 4 de la misma demanda de amparo, cuando el órgano judicial provee de manera negativa a la triple solicitud de la SGAE de que se le notifique la Sentencia (que sólo conoce por su reseña en los medios de comunicación), se la tenga por personada y se acuerde la nulidad de actuaciones por falta de audiencia, todo lo cual se rechaza por las resoluciones de 29 de julio y 20 de septiembre de 2005 ya citadas.

De ello, afirma la demanda de amparo, se desprende una directa relación causal entre todas las actuaciones practicadas, las cuales no deben tratarse como compartimientos estancos en función de lo

actuado por el Juzgado «hasta la Sentencia» o «después» de ésta.

La recurrente funda su legitimación como parte en la existencia de un «interés legítimo», pero ello no implica en absoluto su confusión con la figura de un tercero procesal. Lo que quiere precisarse es que actúa en este ámbito para la defensa de un interés legítimo conferido por la ley para hacer efectivo el cobro del canon por reproducción de copia privada (art. 25.7 LPI), derecho éste de propiedad intelectual cuya titularidad corresponde a su vez a todos y cada uno de los autores y editores afiliados a la organización, quienes sin embargo no litigan directamente, sino que lo hacen a través de ella.

Tales son, pues, los términos de la demanda de amparo y, por tanto y en lo que ahora importa, no se aprecia defecto en su construcción formal ni tampoco en la tarea de agotamiento de la vía judicial cumplida por la recurrente. Que ésta tenga o no razón en la queja de fondo que plantea es, justamente, lo que procede resolver ahora.

3. A este respecto, y como antes hemos significado, ha de atenderse a la doctrina establecida por este Tribunal en supuesto sustancialmente idéntico al presente con la STC 196/2009, de 28 de septiembre. En ella se hace cita de nuestra reiterada doctrina sobre la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) proyectada sobre el derecho de acceso a la jurisdicción, subrayando la trascendental importancia de que los órganos judiciales velen por la correcta constitución de la relación jurídico procesal mediante el emplazamiento de quienes pueden actuar en la causa, cualquiera que sea su posición procesal, interpretando las normas que regulan los diversos títulos de legitimación de manera motivada, razonable y en sentido no restrictivo, con observancia así del principio pro actione, que rige con toda su intensidad en este plano del derecho fun-

damental. Esta doctrina reserva a la jurisdicción constitucional el control de las decisiones judiciales denegatorias de la legitimación invocada «que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia [respecto de alguno de los que estarían legitimados para ser parte en él] de cierre del proceso (por todas, STC 40/2009, de 9 de febrero, FJ 4; en sentido similar, entre otras, SSTC 154/2007, de 18 de junio, FJ 3; 166/2008, de 15 de diciembre, FJ 4; 12/2009, de 12 de enero, FJ 3).» (STC 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 2).

Sobre esa base ha de atenderse a los términos concretos en que se ha planteado el debate de instancia al que no fue llamada la entidad recurrente en amparo. Entonces, como ahora, el reclamante solicitaba la devolución del importe pagado por canon de reproducción de copia privada del art. 25.1 LPI en la compra de unas unidades de cd-rom en blanco o vírgenes «cuestionando el papel atribuido a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y solicitando del Juzgado que planteara cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 25 LPI» (STC 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 3).

Y también aquí, como entonces, la respuesta del órgano judicial en congruencia con lo alegado y pedido ha conllevado el pronunciarse sobre diversos aspectos de la validez del canon puesto en entredicho: De un lado, abriendo trámite a las partes personadas para efectuar alegaciones acerca de la posible inconstitucionalidad del art. 25 LPI, afirmada por el actor, y resolviendo por Auto de 15 de junio de 2005, tras analizar los argumentos de éste y los del Ministerio Fiscal, que no procedía elevar cuestión sobre

ello a este Tribunal. De otro lado, aseverando en su Sentencia de la misma fecha, en interpretación y aplicación de la norma referenciada, que el canon no se devenga por la mera compra del material de grabación, sino únicamente cuando se presuponga que «no cabe otra finalidad» en su destino que el de permitir la reproducción de obras literarias, artísticas o científicas; no en otro caso, como, a su vez, colige el titular del Juzgado que ocurre en el asunto de autos, razonando que los cd-rom en blanco que fueron objeto de compra tienen «un campo de posibilidades que no viene necesariamente circunscrito a servir de soporte» de aquellas obras.

Con esta perspectiva, y dados «los términos de la demanda rectora del proceso, su admisión a trámite conllevaba abrir un debate procesal en el que los derechos e intereses de la SGAE, como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, autorizada ante la Administración desde 1988 y cuyos estatutos prevén expresamente su intervención judicial para la defensa entre otros del derecho de los autores a la remuneración por copia privada del art. 25 LPI (según acreditó en el proceso judicial, cuando interpuso el incidente de nulidad de actuaciones), podían verse afectados. Por ello, no puede negarse a la recurrente prima facie un evidente interés legítimo en el objeto discutido en el proceso civil. En efecto, como recordábamos en la STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 6, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual se crean como un cauce especialmente establecido por el legislador para la gestión colectiva de los mencionados derechos de contenido patrimonial, entre los que se encuentra el relativo a la remuneración por copia privada del art. 25 LPI.» (STC 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 3).

La respuesta por tanto del Juzgado, tratando a la recurrente como un tercero sin interés legítimo que tutelar por hallarse el

pleito ya zanjado mediante Sentencia definitiva y firme, tras un debate en el que ni había sido emplazada ni se considera que debió serlo, prescindiendo así del título de legitimación indirecta (art. 10.2 LEC) que se le confiere expresamente por el art. 25.7 LPI, en cuanto entidad gestora del canon de reproducción por copia privada, para la defensa incluso en juicio (art. 150 LPI) de los titulares materiales afiliados a la organización, ha de entenderse que «vulneró el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al proceso, pues la decisión judicial que aprecia su falta de legitimación pasiva en el procedimiento se funda en una interpretación de las normas procesales aplicables al caso abiertamente restrictiva y rigorista, que conlleva una consecuencia desproporcionada, al haber sido excluida la SGAE de un procedimiento en el que prima facie resulta evidente la existencia de un interés legítimo, en cuanto entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Y ello porque, más allá de la reclamación al vendedor de la cuantía del canon correspondiente a una concreta operación de compraventa, se cuestionaba en el mismo el contenido y alcance de la remuneración compensatoria o canon por copia privada previsto en el art. 25 LPI, así como el papel atribuido por la ley a las sociedades de gestión de los derechos contra la propiedad intelectual, solicitando incluso el demandante el planteamiento por el órgano judicial de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 25 LPI, entre otras razones, por la inconstitucionalidad de los sujetos gestores del derecho: las entidades de gestión, “como las únicas encargadas de la exigencia, recaudación, control y gestión del canon”» (STC 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 3).

4. La aplicación de la mencionada doctrina lleva pues a la estimación del presente recurso, declarando vulnerado

el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la entidad recurrente. Resta por concretar el alcance de las medidas para el restablecimiento de su derecho, lo que exige formular una doble precisión, tanto subjetiva como objetiva.

En el primer aspecto, y saliendo al paso de las dudas que formula el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, resulta evidente que los efectos vinculantes de esta Sentencia sólo pueden predicarse a favor de quien ha sido la parte promotora del presente recurso de amparo, no de otras personas aludidas en escritos de alegaciones de las partes (por todas, STC 5/2009, de 12 de enero, FJ 3, y las que en ella se citan); por tanto en este caso únicamente la SGAE, quedando obligado el órgano judicial competente a dictar respecto de ella una nueva respuesta jurisdiccional que resulte respetuosa del derecho fundamental vulnerado. Sin perjuicio de que resulte un dato objetivo acreditado en autos el que la recurrente no es la única entidad gestora del canon de reproducción por copia privada que actúa en España, esta Sentencia no puede formular pronunciamiento sobre la legitimación procesal de otras entidades. En todo caso son los órganos judiciales los que han de solicitar a la Administración competente la relación de las entidades gestoras del derecho de propiedad intelectual que resulte objeto de controversia a fin de evitar situaciones de indefensión o de diferencia de trato procesal entre ellas.

En segundo lugar, y ya en cuanto al alcance procesal anulatorio de la Sentencia estimatoria de este amparo, al igual que dispusimos en el FJ 4 de la mencionada STC 196/2009, de 28 de septiembre, dicho alcance «exige retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la admisión a trámite de la demanda, con la consiguiente declaración de nulidad de todo lo actuado desde dicha fecha, a fin de que el

órgano judicial provea dicho trámite de forma respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, dando ocasión a la recurrente para que, mediante su personación en el proceso, pueda defender sus intereses». Sin que por tanto nos corresponda formular consideración alguna sobre el fondo controvertido, el cual deberá ser resuelto por el Juez con base en las normas del Ordenamiento interno, incluyendo el Derecho comunitario aplicable [últimamente, a este respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08, Decisión prejudicial planteada por Auto de 15 de septiembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, sobre el concepto de «compensación económica» previsto en el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, «Relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información», y su adopción por el Estado español a través justamente del sistema de canon por copia privada del art. 25 LPI].

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 la demanda presentada por la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la entidad recurrente en amparo.

2.º Restablecerla en la integridad de su derecho y, por tanto, declarar la nulidad de la Sentencia pronunciada por el titular del Juzgado de Primera Instancia

núm. 7 de Alcalá de Henares el 15 de junio de 2005 en juicio verbal núm. 726-2004, así como la de las providencias dictadas por el mismo órgano judicial en dicho procedimiento con fecha 29 de julio de 2005 y 20 de septiembre de 2005 y la de todo lo actuado a partir de la admisión a trámite de la demanda; retrotrayendo el procedimiento al momento inmediatamente anterior a proveerse sobre la admisión para que se proceda a su tramitación en términos respetuosos con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese la Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 124/2010, de 29 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3278-2006. Promovido por don Santiago Quirós Martínez frente a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que lo absolvió de los delitos de asesinato e incendio. Vulneración del derecho a la legalidad penal: Sentencia que impone una medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años, excluyendo su revisión durante los ocho primeros años. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3278-2006, promovido por don Santiago Quirós Martínez, representado por el Procurador de los Tribunales don Víctor E. Mardomingo Herrero y asistido por la Letrada doña Eva Aparici Barco, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 dictada en el recurso de casación 205-2005P, que absolvió al demandante de los delitos de asesinato e incendio. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el 23 de marzo de 2006 el Procurador de los Tribunales don Víctor E. Mardomingo Herrero, en nombre y representación de don Santiago Quirós Martínez, formuló demanda de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento. Por otrosí solicitó la suspensión de la ejecución de la medida de seguridad de internamiento impuesta por la resolución impugnada.

2. Los hechos más relevantes de los que trae causa la demanda de amparo son los siguientes:

a) El demandante fue condenado, por Sentencia de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de Sala 20-2004, como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, en concurso con un delito de incendio, con la concurrencia de la eximente incompleta de esquizofrenia paranoide y la agravante de parentesco, a la

pena única de siete años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por igual tiempo, debiendo observarse en su aplicación lo dispuesto en el artículo 99 del Código penal (CP), con prohibición de aproximarse a su madre a una distancia inferior a 500 metros durante cinco años, a computar desde que alcance su libertad, provisional o definitiva, o disfrute de un permiso, con abono del tiempo que estuvo privado de libertad en la causa para el cumplimiento de la pena.

b) El demandante de amparo interpuso recurso de casación contra dicha Sentencia, que fue estimado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la de fecha 31 de enero de 2006, que apreció en el recurrente la eximente completa por incapacidad de culpabilidad del art. 20.1 CP, absolviéndole libremente de los delitos de los que había sido acusado, con aplicación de la medida de seguridad prevista en el art. 101 CP por tiempo de veinte años, sin que pueda ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

3. La demanda de amparo, invocando los artículos 17, 24 y 25 CE, denuncia la vulneración del derecho del recurrente a la libertad, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías al incurrir la Sentencia recurrida en reforma peyorativa, y la infracción de los principios de legalidad penal y de orientación de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social.

Las vulneraciones denunciadas se concretan de la siguiente manera:

La referida al art. 17 CE, que consagra el derecho a la libertad, se sustenta en que, si bien el establecimiento de la medida de seguridad prevista en el art. 101 CP por la Sentencia recurrida es plenamente legítimo, no lo es la especificación de que «dicha medida no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de

internamiento», por ser contrario a lo dispuesto en el art. 97 CP y no respetar las garantías que la protección del derecho fundamental a la libertad exige en los supuestos de internamiento en establecimiento psiquiátrico de conformidad con la doctrina de este Tribunal, los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España y el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), que garantizan, todos ellos, que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada por la comisión de un hecho que la ley sanciona como delito.

La referida al art. 24 CE, que consagra la tutela judicial efectiva sin indefensión, se sustenta en que prohíbe la reforma peyorativa en vía de recurso interpuesto sólo por la defensa, lo que se vulnera al fijar la Sentencia del Tribunal Supremo un límite mínimo y máximo de la medida de internamiento.

La prohibición de revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento supone –según el recurrente– una agravación de la medida de seguridad impuesta por la Audiencia Provincial, que fue de siete años de internamiento.

El establecimiento de veinte años como límite máximo de la medida de seguridad impuesta, no solicitada por ninguna de las acusaciones, supone un aumento del límite fijado por la Sentencia de instancia que, igualmente, se sostiene que vulnera el principio acusatorio.

Las referidas al art. 25.1 y 2 CE se sostiene en que consagran el principio de legalidad y en que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social, y que al no permitir la revisión de la medida de internamiento

hasta transcurridos ocho años desde su adopción se dificulta la reinserción social del demandante.

4. Por providencia de 17 de abril de 2008 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de conformidad con el art. 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) en su redacción anterior a la aprobada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y disposición transitoria tercera de la referida Ley, concedió a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal plazo común de diez días para formular alegaciones en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTC.

5. El Ministerio público presentó sus alegaciones el 18 de junio de 2008, en las que solicitó la admisión a trámite de la demanda de amparo al no carecer manifiestamente de contenido constitucional (art. 50.3 LOTC).

6. Por providencia de 30 de septiembre de 2008 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda presentada por el Procurador don Víctor Enrique Mardomingo Herrero en nombre y representación de don Santiago Quirós Martínez. Asimismo se acordó dirigir comunicación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo y a la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid para que en el plazo de diez días remitieran certificación o fotocopia adverada, de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 205-2005 y al rollo de apelación núm. 20-2004 respectivamente, con emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo.

7. Por providencia de la misma fecha se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el art. 56

LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre la petición de suspensión interesada. Transcurrido el término conferido, mediante Auto de 12 de enero de 2009, se acordó denegar la suspensión de la medida de internamiento impuesta.

8. Por diligencia de ordenación de 6 de febrero de 2009 se dio vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo de veinte días para presentar alegaciones, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

9. El Ministerio público presentó sus alegaciones el día 27 de febrero de 2009, interesando el otorgamiento del amparo solicitado.

A juicio del Fiscal la medida de internamiento impuesta por la Sentencia del Tribunal Supremo sin permitir su revisión durante un periodo de ocho años quiebra el derecho a la libertad del demandante, art. 17 CE, al no observar ninguna de las exigencias con que debe ser adoptada la medida con arreglo a la doctrina de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se concretan; en la necesaria motivación reforzada de la medida impuesta; en la legalidad de ésta, y en la aplicación e interpretación de la norma de conformidad con lo establecido en los artículos 5.1.e) y 5.4 CEDH.

Afirma el Ministerio público que la Sentencia recurrida carece de motivación que justifique la medida impuesta. No invoca norma legal que permita el internamiento involuntario con establecimiento de un periodo mínimo inmune a las revisiones regulares del estado de salud del enfermo, en contradicción con la previsión legal contenida en el art. 97 CP, que prevé la obligada revisión de la medida de seguridad e impone al Juez de Vigilancia Penitenciaria la elevación anual de una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de

la medida al órgano sentenciador. Finalmente se afirma que la Sentencia del Tribunal Supremo contraviene los artículos citados del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales al declarar la improcedencia de la revisión de la medida durante ocho años.

Por lo que se refiere a la vulneración del art. 24 CE afirma el Fiscal que la imposibilidad de revisión de la medida establecida en la Sentencia supone una agravación de la situación del condenado que ve perjudicada su situación por razón de su propio recurso, lo que supone una reforma peyorativa con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de infracción del principio acusatorio, art. 24.2 CE.

Por todo ello considera debe ser otorgado el amparo con reconocimiento al demandante de sus derechos a la libertad y a la tutela judicial, y con declaración de nulidad de la Sentencia recurrida.

10. El 12 de marzo de 2009 se registró la entrada del escrito de alegaciones de la parte recurrente, en el que se reiteran las formuladas en la demanda de amparo.

11. Por providencia de 25 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, recurso de casación 205-2005P, que absolvió al demandante de los delitos de asesinato e incendio por los que había sido condenado por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, al apreciar la Sentencia del Tribunal Supremo la concurrencia de eximente completa por incapacidad de cul-

pabilidad [art. 20.1 del Código penal (CP)], con aplicación de la medida de internamiento en centro psiquiátrico para tratamiento médico prevista en el art. 101 CP por tiempo máximo de veinte años, añadiéndose que tal medida de internamiento no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años desde su adopción.

Se denuncia, sustancialmente, que la prohibición de revisión de la medida de internamiento durante ocho años y el límite máximo de duración, fijado en veinte años, vulneran los derechos del demandante a la libertad, art. 17 CE, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, al incurrir la Sentencia recurrida en reforma peyorativa que vulnera el principio acusatorio, art. 24 CE, con infracción de los principios de legalidad y de orientación de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, art. 25 CE.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por entender que la medida de internamiento impuesta por la Sentencia del Tribunal Supremo, al no permitir su revisión durante un periodo de ocho años, quiebra el derecho a la libertad del demandante, art. 17 CE, y supone una agravación de la medida impuesta por la Sentencia de instancia al establecer un límite temporal a la posible revisión, por lo que se ve perjudicado el demandante por razón de su propio recurso, lo que supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de infracción del principio acusatorio, art. 24.2 CE, en relación con la reforma peyorativa.

Para el adecuado enjuiciamiento de las cuestiones que suscita el presente recurso de amparo es aconsejable invertir el orden que el demandante propone para su examen. Habremos de empezar con la queja que, con fundamento en el art. 24.1 CE, articula contra la decisión judicial que fija el límite máximo de duración de

la medida de internamiento en centro psiquiátrico impuesta durante veinte años, por empeorar la situación del demandante con causa en el recurso interpuesto únicamente por él, y que por ser de naturaleza procesal aconseja su análisis previo a la primera vulneración denunciada, que está referida al contenido material de la resolución recurrida.

2. El establecimiento de veinte años como límite máximo de cumplimiento de la medida de internamiento se aduce que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que prohíbe la reforma peyorativa, vulneración concurrente en el presente caso, a juicio del demandante, al imponer el límite de cumplimiento señalado con arreglo al recurso interpuesto por el demandante y sin petición de las partes acusadoras, con vulneración igualmente del principio acusatorio, circunstancia por la que la medida no puede exceder en su duración de los siete años fijados por la Sentencia de instancia.

La doctrina de este Tribunal sobre la interdicción de la *reformatio in peius* se recoge, entre otras, en la STC 28/2003, de 10 de febrero, que reconoce la relevancia constitucional de la reforma peyorativa determinante de una situación de indefensión, que tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación. Por ello la interdicción de la *reformatio in peius* es una garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión que consagra el art. 24.1 CE.

De igual forma alude la STC 28/2003 de 10 de febrero a la relación del principio acusatorio con la reforma peyorativa, al afirmar que la STC 84/1985, de 8 de julio «vino a concluir en la idea general de que el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio la Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron.» (FJ 4), concluyendo en que: «Este efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de la no reforma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria. En efecto, lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario (STC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5).» (FJ 5).

3. La doctrina expuesta en el anterior fundamento jurídico no resulta de aplicación ya que la Sentencia del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el demandante, único recurrente, absolviéndole de los delitos por los que había sido condenado en la instancia al ser declarado exento de responsabilidad criminal con arreglo al art. 20.1 CP, dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido, que apreció la concurrencia de la eximente incompleta del art. 21 CP y le condenó a la pena única de siete años de prisión e internamiento

en centro psiquiátrico penitenciario por igual tiempo con aplicación de lo dispuesto en el art. 99 CP, todo lo cual evidencia que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo no agravó la situación penal del demandante al excluir la pena privativa de libertad que le fue impuesta como reacción a la culpabilidad apreciada en el pronunciamiento condenatorio de instancia. Así la medida de internamiento finalmente establecida como de seguridad y no como pena, fue una consecuencia jurídica del pronunciamiento absolutorio del delito dictado con fundamento en la prevención de la peligrosidad del demandante y no como sanción por el hecho realizado, pronunciamiento consecuente con la estimación que se hizo de la petición realizada por el demandante en su recurso de casación de aplicación del art. 101 CP, aplicación que lleva implícita la previsión contenida sobre límite de duración del internamiento que «no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la Sentencia ese límite máximo», previsión en la que se encuentra el límite de veinte años fijado por la Sentencia respecto del delito de asesinato imputado, art. 139 CP.

La determinación de ese límite máximo de cumplimiento no puede quedar sometida, como pretende el demandante, a la duración de la medida de internamiento fijada en la Sentencia de instancia al no haber sido recurrida dicha Sentencia por las acusaciones, ya que con ello se pretende extender la aplicación del principio acusatorio a un supuesto de pronunciamiento absolutorio en el que el Tribunal sentenciador en modo alguno ha comprometido su imparcialidad, al no haber asumido funciones acusatorias y sí de prevención respecto a la conducta futura del demandante absuelto, consecuencia jurídica congruente con lo solicitado por el demandante en el recurso de casación

interpuesto, lo que excluye la vulneración denunciada.

4. En la STC 112/1988, de 8 de junio, este Tribunal, al analizar el art. 8.1 CP, en su redacción anterior a la reforma introducida por Ley Orgánica 10/1995 y con motivo de un internamiento judicial en establecimiento psiquiátrico dispuesto en Sentencia penal, recogió las condiciones mínimas que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de cumplir la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1.e) del Convenio, y que son; la existencia de una perturbación mental real; que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y que, dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos; es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo, Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp), cuya doctrina fue extendida con posterioridad a condenas judiciales que determinaron la reclusión de delincuentes enajenados en hospitales psiquiátricos, Sentencias de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti contra Italia), condiciones que como afirma la Sentencia citada de este Tribunal, garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada; por lo que resulta obligado el cese del internamiento cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad, juicio que corresponde al Tribunal penal a través de controles sucesivos en los que ha de comprobar la concurrencia o no de los

presupuestos que en su día determinaron la decisión del internamiento.

Sobre el control y revisión de la medida de internamiento se pronunció la STC 24/1993, de 21 de enero, en cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el art. 8.1 CP, en términos coincidentes con lo ya dicho: «En consecuencia, resulta obligado el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin (STC 112/1988). De otra parte, es preciso reiterar que la nueva redacción del art. 8.1 del Código Penal hace posible, como antes se dijo, adecuar las medidas de seguridad adoptadas al grado de remisión de la enfermedad, al prever en su párrafo tercero que el Tribunal sentenciador pueda sustituir el internamiento por otro tipo de medidas que se estimen más adecuadas al estado mental del interesado. Ciertamente, también en este caso el legislador hubiera podido prever mecanismos —como los controles periódicos, antes mencionados—, para garantizar el cese inmediato de las privaciones de libertad y, en general, de las distintas medidas de seguridad en el momento mismo en el que la peligrosidad remitiera o desapareciera. Sin embargo, la redacción actual del precepto es suficiente garantía, ya que impone claramente a los órganos judiciales la eliminación de esas medidas en el momento en que dejan de ser necesarias» (FJ 5). Alude la Sentencia a la realización por el Tribunal penal de controles sucesivos que permitan tener constancia de la curación o de la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el internamiento, al no poder prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

5. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la nueva redacción dada a

las medidas de seguridad en el Código penal, establece el fundamento de su aplicación en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, sin que pueda resultar la aplicación de las medidas ni más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, art. 6.1 y 2 CP, con expresa remisión de la ejecución de las medidas a la forma prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, art. 3.2 CP.

En cuanto a la aplicabilidad de las medidas de seguridad, el art. 101 CP establece que al sujeto declarado exento de responsabilidad criminal se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico, con indicación en el núm. 2 de dicho artículo de que «el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el art. 97 de este Código», precepto este último que regula el mecanismo de control de la medida durante la ejecución de la Sentencia mediante un procedimiento contradictorio, a través del cual el Juez o Tribunal sentenciador, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, podrá mantener, decretar el cese, sustituir o dejar en suspenso la medida de seguridad, con indicación en su último párrafo de la obligación que se impone al Juez de Vigilancia Penitenciaria de elevar, al menos anualmente, alguna de las propuestas anteriormente indicadas, existiendo así una previsión legal de control judicial anual del mantenimiento de la medida de internamiento.

6. También se impugna la prohibición establecida por la Sentencia según la cual la medida de seguridad impuesta al demandante, –internamiento para tratamiento médico en establecimiento adecuado a la alteración psíquica que se aprecia de esquizofrenia paranoide– no

podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento, prohibición que tanto el demandante como el Ministerio Fiscal consideran vulnera el derecho a la libertad, art. 17 CE, con alusión en desarrollo del motivo a la infracción que supone tal prohibición del art. 97 CP.

La doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la libertad, por todas STC 29/2008, de 20 de febrero, parte de su significado prevalente con las excepciones que a la misma hace la Constitución en los términos previstos en el art. 17.1 CE: «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley», cuyo contenido, en palabras de las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), se concreta con la afirmación de que el derecho a la libertad del art. 17.1 CE es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos por la Ley, en una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita, de modo que la ley, dentro de los límites que le marcan la Constitución y los Tratados internacionales, desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional.

Lo expuesto conecta la vulneración denunciada del derecho a la libertad con la infracción de precepto penal que, en desarrollo del motivo, se imputa a la Sentencia recurrida al imponer una prohibición de revisión de la medida durante ocho años contraria a la previsión legal de revisión anual establecida por el art. 97 CP, infracción de precepto penal que tiene su encaje en el art. 25.1 CE, al regular la forma de cumplimiento de la medida de seguridad impuesta, que se integra, en el desarrollo legislativo dado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dentro de las privativas de

libertad del art. 96.2 CP, privación de libertad que aparece definida en cuanto a su alcance, forma y límites en los preceptos penales que dan desarrollo a la regulación de dichas medidas como garantía del derecho a la libertad reconocido en abstracto por la Constitución.

El precepto citado por la Sentencia recurrida en justificación de la medida impuesta, art. 101 CP, remite en su número dos al art. 97 CP, que establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual a la que se hizo referencia en el anterior fundamento jurídico, circunstancia por la que el pronunciamiento combatido vulnera el principio de legalidad penal, art. 25.1 CE, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación, STC 133/1987, de 21 de julio, al merecer tal consideración la prohibición de la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento, por ser contraria a la previsión sustantiva de revisión anual contenida en el art. 97 CP.

En consecuencia procede anular parcialmente la Sentencia objeto de recurso, exclusivamente en lo referido a que la medida de seguridad impuesta no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

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 parcialmente la demanda de amparo promovida por don Santiago Quirós Martínez y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la legalidad de las infracciones y sanciones penales (art. 25.1 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular parcialmente la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, exclusivamente en lo que se refiere a que la medida de seguridad impuesta no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

3.º Desestimar la demanda en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 126/2010, de 29 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 3977-2007. Promovido por don Carlos Capó Antich respecto a la Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona que confirma su condena por un delito de amenazas en el ámbito doméstico. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (reforma peyorativa): Sentencia que, desestimando el recurso de apelación interpuesto exclusivamente por el acusado, confirma la condena y agrava las penas. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3977-2007, promovido por don Carlos Capó Antich, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Rosalía Rosique Samper y asistido por la Letrada doña Jennifer Lahoz Abós, contra la Sentencia núm. 310/2007 de 21 de marzo, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la misma representación, confirmaba la condena como autor de un delito de amenazas en el ámbito doméstico, agravando las penas. Ha intervenido el Fiscal ante el Tribunal Constitucional. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. El 4 de mayo de 2007 se presenta por la representación procesal del Sr. Capó Antich recurso de amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la vertiente de proscripción de la *reformatio in peius* y error en la motivación, y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), contra la Sentencia núm. 310/2007 de 21 de marzo, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la misma representación, le condenaba como autor de un delito de amenazas en el ámbito doméstico [del art. 171.4 Código penal (CP)] a la pena de nueve meses de prisión (y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena), privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años, y prohibición de acercamiento a la víctima, a su lugar de trabajo, domicilio o cualquier lugar donde se encuentre, en menos de mil metros, por un año y nueve meses,

y a las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Los antecedentes procesales del presente caso son los siguientes:

a) El 7 de julio de 2006, la Sra. C.Q.O. presentó denuncia por amenazas contra su entonces pareja don Carlos Capó Antich ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Vilanova i la Geltrú en funciones de guardia, que incoó sus diligencias urgentes núm. 31-2006, en las que tras la práctica de las imprescindibles y con citación de las partes a vista (para el 10 de julio de 2006), se remitieron las actuaciones al Juzgado de Instrucción núm. 6 de la misma población, competente según las normas de reparto; el cual –a su vez– acordó por Auto de 10 de julio de 2006 la incoación de sus diligencias urgentes núm. 93-2006, en las que estimó que las practicadas eran suficientes para continuar el procedimiento por el cauce del enjuiciamiento rápido (procedimiento abreviado núm. 348-2006), decretándose la apertura del juicio oral, incriminando el Ministerio Fiscal y la acusación particular por un delito de amenazas del art. 171.4 CP, por el que solicitaban la pena de un año de prisión, oponiéndose la defensa del Sr. Capó, razón por la que se señaló el 19 de julio de 2006 para la celebración de juicio oral ante el Juzgado Penal núm. 3 de Villanova i la Geltrú.

b) En el día y hora señalados tuvo lugar el juicio, con declaración de acusado, víctima y tres testigos de descargo con modificación de conclusiones por parte del representante del Ministerio Fiscal, para añadir la solicitud de la pena accesoria de privación del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la específica de privación del derecho a tenencia y porte de armas durante un año y un día, así como la prohibición de acercamiento a menos de mil metros a la víctima por el plazo de dos años y un día.

c) En Sentencia núm. 212/2006 de 1 septiembre del Juzgado Penal núm. 3 de

Vilanova i la Geltrú, apreciando conjuntamente la prueba existente, condenó a don Carlos Capó Antich como «autor responsable de un delito de amenazas del art. 171.4 y 6. CP a la pena de 30 días de trabajo en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de arma durante un año, y prohibición de aproximarse a la víctima, a su lugar de trabajo, domicilio y a cualquier lugar que frecuente, en una distancia inferior a 1000 m., así como de comunicarse con ella por cualquier medio, durante 18 meses, con imposición de costas».

d) Mediante escrito presentado el 27 de septiembre de 2006, la representación procesal del Sr. Capó Antich interpuso recurso apelación, por vulneración de las garantías procesales de defensa (a tenor de la inadmisión de la testifical del hijo del recurrente), vulneración del principio de presunción de inocencia (insuficiencia de la declaración de la denunciante para condenar), e infracción de ley (aplicación indebida del art. 171.4 CP en lugar del art. 620.2 CP), solicitando práctica de la testifical de Juan José Mestre Capó.

En escrito presentado el 28 de septiembre 2006 la representación de la acusación particular interponía recurso de apelación, por infracción de ley (arts. 123 CP y 240 de la Ley de enjuiciamiento criminal) al no haberse condenado al Sr. Capó al pago de las costas de la acusación particular, que estiman «determinantes para la condena».

Por escrito de 10 de octubre de 2006, la representación procesal de la Sra. C.Q.O. se oponía al recurso apelación interpuesto por el Sr. Capó, alegando que «si el Sr. Capó hubiere padecido indefensión por la ausencia de declaración de su hijo, igualmente la habría padecido la Sra. C.Q.O. por la falta de declaración de los tres hijos de ella, presentes en la discusión»; que la declaración de la víctima fue adecuada y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia; y que la con-

dena por simple falta de amenazas resultaría inadecuada y benévola. Concluyendo en el suplico: «nos tenga por opuestos al recurso de apelación».

En Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 310/2007 de 21 de marzo, admitiendo los hechos probados de la Sentencia impugnada, denegando expresamente la práctica de prueba en segunda instancia (Auto de 29 de noviembre de 2006), desestima el recurso de apelación del Sr. Capó, si bien en el fundamento jurídico cuarto, con base en el principio de legalidad, de oficio (diciendo que «procede revocar parcialmente... modificar las penas impuestas la sentencia por aplicación del principio de legalidad») estima que el acusado no prestó el consentimiento para la imposición de trabajos en beneficio la comunidad, por lo que le impone la pena de nueve meses de prisión («sin perjuicio de solicitar en la ejecución la sustitución de la pena de prisión por la de trabajos en beneficio la comunidad conforme a lo establecido en el art. 88.1. parf. 3 CP»); entiende que la extensión de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (al tratarse de un subtipo agravado del art. 153.3 CP) debía ser de dos años; y aprecia que la prohibición de aproximación, aunque deba ser mantenida en un año y nueve meses, debe quedar excluida la prohibición de comunicación. Por el contrario estima el recurso de apelación de la acusación particular respecto de las costas, que se imponen al condenado. Dicha resolución se notifica a la representación del Sr. Capó el 3 de abril de 2007 y a las demás representaciones el 17 de mayo de 2007.

2. La representación del Sr. Capó considera que la Sentencia núm. 310/2007 de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo de apelación núm. 726-2006) ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que ha modificado gravosamente la pena

impuesta de oficio, y transformado el contenido los fundamentos jurídicos, sin motivación alguna.

Considera en primer lugar que se ha producido una reforma peyorativa de la pena impuesta, lesionando el principio de congruencia y el derecho a no padecer indefensión; ya que no recurrieron la Sentencia ni el Ministerio Fiscal, ni la acusación particular. Razona que el fundamento de la agravación por la Audiencia ha sido la aplicación del art. 153 CP (lesiones por maltrato), cuando estábamos en el marco de un delito de amenazas (art. 171 CP), revocándose además inmotivadamente la aplicación benéfica del tipo atenuado del art. 171.6 CP que hizo el juzgador de instancia, que entrañaba en todo caso, que la pena privativa de libertad hubiere sido de cuatro meses y quince días, en lugar de los nueve meses de privación de libertad que arbitrariamente impuso la Audiencia. En definitiva, lo que era una pena de treinta días de trabajos en beneficio la comunidad ha sido agravado, de oficio, a una pena de nueve meses de prisión, incrementándose además la duración de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y del alejamiento.

Por otro lado considera lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, por la condena exclusivamente en virtud de la declaración de la víctima. Añade el recurrente que en todo momento solicitó la declaración en el plenario de su hijo (testigo presencial), la cual fue denegada inmotivadamente por el juzgado de lo penal, y protestada, y recurrida en apelación, no fue resuelta dicha negativa por la Audiencia Provincial, que insistió en mantener la suficiencia de la declaración de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia, cuando era evidente que la declaración de la Sra. C.Q.O. carecía de toda credibilidad, al existir un procedimiento matrimonial pendiente, y existir un interés y resentimiento.

Concluyó el recurrente solicitando la nulidad de la Sentencia núm. 310/2007 de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona, primero por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y además por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por la reforma peyorativa; solicitando por «otrosí digo» que se suspendiese la ejecución de las penas impuestas en la resolución impugnada.

3. En providencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 1 julio 2008 se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada por el Sr. Capó Antich, así como la reclamación de las actuaciones de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona y del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Vilanova i la Geltrú, con emplazamiento de las partes para alegaciones, y formación de pieza separada suspensión.

Mediante Auto de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 2009, acordó conceder la suspensión de la pena privativa de libertad de nueve meses de prisión, y de su accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, denegándola respecto del resto de las penas impuestas.

4. Por razón de escrito de alegaciones registrado el 23 de marzo 2009, la representación procesal del Sr. Capó agregó que se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, como consecuencia de la reforma peyorativa, que a su vez generó incongruencia e indefensión, al haberse impuesto de oficio una pena más gravosa de la inicialmente objeto de condena, al haberse aplicado un tipo penal (maltrato de obra del art. 153 CP) más grave, e incongruente con el que era objeto de acusación (amenazas art. 171 CP), y al haberse eliminado la aplicación de la pena inferior en grado (art. 171.6 CP), que en su

caso resultaría de cuatro meses y quince días, y no de nueve meses de prisión, como la finalmente impuesta. Sin perjuicio de ello, reitera las alegaciones anteriormente efectuadas.

5. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, en informe registrado el 24 de marzo 2009 interesa el otorgamiento del amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse producido una *reformatio in peius*, con anulación de la Sentencia impugnada.

Tras exponer los antecedentes de hecho y procesales, dice el representante del Ministerio público que la invocación del principio de legalidad en la que se justificó la Audiencia para reparar el presunto error penológico del Juzgado de lo Penal, ha ignorado la circunstancia esencial de que el único recurso que se interpuso fue el del Sr. Capó, y que como consecuencia del mismo, éste ha visto empeorada su condena, con lo que se habría lesionado la doctrina la interdicción de la reforma peyorativa, en los términos de la doctrina de STC 249/2005, en cuyo FJ 5 incluso se declaró que el principio de la interdicción de reforma peyorativa, como vertiente de la seguridad jurídica, debía prevalecer sobre el principio de legalidad o de sumisión a la Ley.

Por el contrario no estima el Ministerio Fiscal lesión del principio de presunción de inocencia por la falta de práctica de la testifical del hijo del recurrente, ni por la condena exclusivamente en virtud del testimonio de la víctima; ya que respecto de la primera testifical no consta la protesta en tiempo y forma, y respecto de la declaración de la víctima, se ha admitido como prueba suficiente (y aun exclusiva) para condenar desde antiguo (cita la STC 16/2000).

6. Por providencia de fecha de 25 de noviembre de 2010, se señaló para deliberación y fallo de la presente resolución el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso amparo es decidir si la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (recurrida por el condenado, y la acusación particular, esta última por falta de imposición de las costas), que transformó la condena al recurrente por un delito de amenazas del art. 171.4 y 6 del Código penal (CP) «de treinta días de trabajo en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante un año, y prohibición de aproximación a la víctima, a su lugar de trabajo, su domicilio y cualquier lugar que frecuente en la distancia de 1000 metros durante 18 meses, con imposición de costas excluidas las de la acusación particular», en la condena a aquél a la pena de «nueve meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por ese tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años, prohibición de aproximación a la víctima, a su lugar de trabajo, su domicilio y cualquier lugar que frecuenten una distancia inferior a 1000 metros por tiempo de un año y nueve meses, y pago de las costas procesales incluidas las devengadas por la acusación particular», ha lesionado la prohibición de reforma peyorativa del art. 24.1 CE y el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Considera el recurrente que, dado que fue él quien exclusivamente interpuso recurso de apelación (sin perjuicio de la acusación particular respecto de sus costas), la condena final que se le ha impuesto ha empeorado la que le hubiera correspondido si se hubiera limitado a acatar la resolución sin interponer recurso alguno. Añade que la Audiencia, basándose en el principio de legalidad, ha ido más allá del mismo principio, aplicando agravaciones de un tipo penal (art. 153 CP) que no fue objeto de acusa-

ción ni de condena (art. 171 CP); y que incluso contradice el propio principio de legalidad, al prescindir de la aplicación de la pena en el mínimo legal según acordó el Juzgado de lo Penal (art. 171.6 CP). Por otra parte considera lesionado el derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por la condena penal exclusivamente en virtud de la declaración de la víctima; a lo cual se añadiría una lesión del derecho al juicio con todas las garantías, por la denegación injustificada de la prueba testifical de un hijo del recurrente.

El Ministerio Fiscal considera procedente el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente de prohibición de reforma peyorativa, dado que siendo el recurrente el único apelante, de oficio ha visto modificadas, si no incrementadas, y en todo caso agravadas, las sanciones penales que se le habían impuesto en primera instancia. Por el contrario estima que no existe vulneración del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia por la condena en virtud únicamente de la declaración de la víctima, dado que ésta se produjo con las debidas garantías y en los términos admitidos por la jurisprudencia constitucional; tampoco existe lesión de este derecho por la falta de admisión de la testifical del hijo, en cuanto que no fue protestada en término.

2. En las SSTC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 2, o 198/2003, de 10 de noviembre, FJ 3, declaramos que «corresponde a este Tribunal, en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto sometido a su consideración, determinar el orden del examen de las alegaciones», debiendo en este caso comenzar por el examen de la queja relativa a la vulneración del principio de presunción de inocencia, por la condena exclusivamente en virtud de la declaración de la víctima. Al respecto hemos de recordar que nuestro control debe de quedar limitado a «cuando

el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado no sea razonable por ilógico o insuficiente» y «que la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador» (por todas STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 6), por lo que en el presente supuesto, la queja carece de contenido, ya que como señaló el fundamento jurídico segundo de la resolución impugnada (remitiendo a su vez al fundamento jurídico segundo de la Sentencia núm. 212/2006 de 1 de septiembre del Juzgado Penal núm. 3 de Villanova i la Geltrú) el testimonio claro, coherente, coincidente e inalterado de la víctima ofrece mayor verosimilitud que el del acusado, y en dichas circunstancias, dicho enjuiciamiento no resulta revisable en sede constitucional, que no es una nueva instancia.

Por otra parte, respecto del control por el Tribunal Constitucional de las decisiones judiciales sobre legalidad y pertinencia de la prueba, sólo es procedente cuando «se hubieran inadmitido sin motivación alguna las relevantes para la decisión, o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o irrazonable; de forma que para que exista violación se exigen dos circunstancias: a) que la denegación e inejecución sea imputable al órgano judicial; b) que la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa, habiendo justificado el recurrente en su demanda la indefensión sufrida» (SSTC 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; 75/2006, de 13 de marzo, FJ 4; y 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2). Aplicada esta doctrina al caso, igualmente hemos de desestimar la queja de vulneración del derecho a emplear todos los medios de defensa e interdicción de la indefensión por la falta de declaración del hijo del recurrente propuesta en su

día, en cuanto que consta en el acta del juicio (folio 69, al reverso) que, frente a la negativa del Juez de lo penal a la práctica de la misma, no se formuló la oportuna protesta, por lo que faltaría el reiterado requisito para la admisión del amparo (por todas STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 2), consistente en la pronta invocación del derecho fundamental [art. 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Tampoco cabe apreciar dicha vulneración respecto de la solicitud de dicha prueba en apelación, dado que el recurrente incumple con la carga de alegar que impugnó el Auto de 29 de noviembre de 2006 de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona denegando la práctica de prueba en segunda instancia; y, en todo caso, incumple la obligación de justificar en este amparo de qué manera la práctica de dicha prueba habría producido un resultado definitivamente diverso y favorable a sus pretensiones (por todas, STC 152/2007, de 18 de junio, FJ 2).

3. Entrando en el estudio de la queja de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión (art. 24.1 CE) por la reforma peyorativa que se estima producida en segunda instancia, en la STC 203/2007, de 24 de septiembre (FJ 2), declaramos que «la reforma peyorativa tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación». Asimismo, desde STC 84/1985, de 8 de julio, FJ 1, este Tribunal ha reiterado que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, ya que, «por un lado, representa un prin-

cipio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión, y, por otro, es una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste» pues, «de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales». A este respecto, hemos destacado que la reforma peyorativa «sólo adquiere relevancia constitucional en tanto que se manifiesta como forma de incongruencia determinante de una situación de indefensión», y en tal sentido, hemos advertido que «no cualquier empeoramiento de la situación inicial del recurrente es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, sino sólo aquel que resulte del propio recurso del recurrente, sin mediación de pretensión impugnatoria de la otra parte», y con excepción del daño que derive «de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes».

Por otra parte, aunque en el ámbito del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en relación con el principio acusatorio, en la STC 155/2009, de 25 de junio (FJ 6), hemos aceptado un límite más restrictivo a la imposición de penas en relación con las pedidas por las acusaciones, diciendo: «la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la

imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, (implica) que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia del deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso ... Ciertamente aquella garantía (del principio acusatorio) resulta mejor protegida si el órgano judicial no asume la iniciativa de imponer ex officio una pena que exceda en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación, asumiendo un protagonismo no muy propio de un sistema configurado de acuerdo con el principio acusatorio, como el que informa la fase de plenario en el proceso penal».

4. En el presente supuesto –como hemos expuesto– la Sentencia núm. 212/2006 de 1 de septiembre del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Vilanova y la Geltrú, condenaba al recurrente como autor de un delito de amenazas en el ámbito doméstico (art. 171.4 CP) de menor gravedad (art. 171.6 CP), sin circunstancias modificativas, a las penas de «treinta días de trabajo en beneficio la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante un año, y prohibición de aproximarse a la víctima, a su lugar de trabajo, su domicilio, y cualquier lugar que frecuente en la distancia inferior a 1000 m., así como comunicarse con la misma por cualquier medio, durante dieciocho meses, ... y costas ... excluidas las de la acusación particular», resolución que fue recurrida

en apelación por la representación del condenado (sin perjuicio del recurso de la acusación particular, contraído a la imposición de sus costas). Frente a dicho recurso, la Sentencia núm. 310/2007, de 21 de marzo, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona –ahora impugnada–, desestimando la apelación del Sr. Capó (en la que solicitaba su absolución) y estimando la de la acusación particular (sólo relativa a las costas), con base en el «principio de legalidad», condena –aparentemente por el mismo delito de amenazas, sin circunstancias modificativas– a la «pena de nueve meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio derecho de sufragio pasivo por ese tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo dos años, provisión de aproximación a la víctima, a su lugar de trabajo, su domicilio y cualquier lugar que frecuente en una distancia inferior a 1000 m., por tiempo de un año nueve meses, y pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular».

Resulta pues de toda evidencia que la pretensión impugnatoria que se ventilaba en el referido recurso de apelación, en lo referido al ius puniendi y sus consecuencias, había quedado delimitada por el factum y la calificación jurídica (que además se aceptaron en la Sentencia de apelación recurrida), constitutivos de amenazas en el ámbito doméstico de menor entidad (sin circunstancias modificativas), y por una pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta en grado mínimo de treinta días (con la accesoria correspondiente en su caso), por una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un año, y por una pena de prohibición de aproximación o comunicación con la víctima por dieciocho meses; constituyendo estas penas el límite máximo de condena, dado que el recurso de apelación únicamente fue interpuesto por el

condenado. No existiendo acción impugnatoria, ni por parte del Ministerio Fiscal, ni por la representación de la víctima, y por la acusación particular sólo en lo relativo a las costas, resulta indudable que ni siquiera el principio de legalidad penal podría habilitar una revisión penológica como la efectuada por el Tribunal ad quem sin lesión del principio de proscripción de reformatio in peius, dado que el único objeto del recurso de apelación era la mejora para el condenado de su situación penal, esto es, su absolucón.

Por el contrario, la Audiencia dejó sin efecto los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos en grado mínimo, con el pretexto de que el condenado no había prestado su consentimiento para los mismos en el acto del juicio, y los substituyó por la pena de prisión (alternativa en el tipo del art. 171.4 CP) en la cuantía superior de la mitad inferior que la ley le permitía, imponiendo una duración de nueve meses a la misma, motivándolo en el art. 153 CP; de lo que se concluye –al margen de la improcedencia del art. 153 CP– que ni tan siquiera la pena que se impuso era la correspondiente a la aplicación del tipo penal objeto de condena (art. 171.4 y 6 CP: exigían «pena inferior en grado»), que resultaría de seis meses de prisión (ex artículos 70.1.2 y 71.1 CP), resultando más gravosa –a todos los efectos– para el Sr. Capó, como él mismo alega. Además (y sin perjuicio de la accesoria legal de privación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, que en todo caso correspondería ex art. 56.1.2 CP), la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, que había sido impuesta con duración de un año, fue incrementada hasta dos años, justificándolo la Audiencia en que se trataba de «el subtipo agravado del art. 153.3 CP»; lo cual, sin perjuicio de su inexactitud, resultaba igualmente más gravoso para el Sr. Capó, único recurrente. Finalmente, la prohibición de aproximación y comunicacón

con la víctima por término de dieciocho meses fue transformada, como consecuencia del recurso de apelación del condenado, en prohibición de aproximación a aquella por un año y nueve meses, lo que igualmente resulta desatinado y más punitivo (aunque se eliminara la prohibición de comunicacón).

En resumen, resulta patente que en virtud del recurso de apelación exclusivo del condenado, al objeto de que se le absolviera del delito de amenazas en el ámbito doméstico de menor gravedad (art. 171.4 y 6 CP), el apelante resultó sin embargo condenado por el delito de amenazas, pero agravado, al considerarse cometido sobre «persona integrada en el núcleo de su convivencia familiar, o especialmente vulnerable» (art. 153.3 CP en relación con el art.173.2 CP), con penas ostensiblemente más pesadas para el recurrente. De ello se concluye que la sanción penal que se impuso en segunda instancia, sin haber sido solicitada por ninguna parte acusadora, es más gravosa para él, y que por ende, lesiona tanto la interdicción de reforma peyorativa (en relación con el art. 24.1 CE) como su derecho de defensa frente a la nueva cualificación y pena apreciada por la Audiencia (respecto del art. 24.2. en relación con el art. 24.1 CE).

5. Cuestión distinta, en relación con la prohibición de reforma peyorativa y la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), acontece respecto de la condena al «pago de las costas procesales incluidas las devengadas por la actuacón de la acusación particular» impuesta en el fallo de la Sentencia recurrida, ya que respecto de dichas costas se interpuso el pertinente recurso de apelación ante la Audiencia por la acusación particular, habiéndose ventilado en un proceso con todas las garantías para todas las partes. Por ello podemos concluir que la pretensión de condena en costas a favor de la acusación particular perteneció al ámbito de la acción impugnatoria, habiéndola resuelto

el Tribunal ad quem con la debida contradicción y motivación (en el fundamento jurídico quinto de la resolución impugnada), y congruentemente con la condena de instancia, sin que podamos hablar de indefensión respecto del recurrente, razón por la cual debemos ser respetuosos con la misma.

En definitiva, por razón de los derechos fundamentales de tercero no recurrente (interviniente, aunque no en el sentido ni contenido objeto del actual recurso, puesto que el emplazamiento de la providencia de admisión del presente amparo no hacía referencia a su derecho fundamental), la extensión del otorgamiento del amparo debe circunscribirse a la anulación del fundamento jurídico cuarto de la Sentencia núm. 310/2007 de 21 de marzo, de la Sección Vigésima de Audiencia Provincial de Barcelona, y a la resultante parte del fallo de la Sentencia impugnada que impuso una reforma peyorativa respecto de las penas

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Carlos Capó Antich y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la vertiente de no padecer una reforma peyorativa.

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular parcialmente la Sentencia núm. 310/2007 de 21 de marzo, de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona, al inciso del fallo que se inicia con «y en consecuencia y también por aplicación del principio de legalidad REVOCAMOS PARCIALMENTE

aquella resolución, por lo que condenamos a Carlos Capó Antich como autor de un delito de amenazas a la mujer, no concurriendo circunstancias, a la pena de nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por ese tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años» y que continúa con la imposición al condenado de la prohibición de aproximarse a la Sra. C.Q.O. «a su lugar de trabajo, su domicilio y cualquier lugar que frecuenten la distancia inferior a 1000 m por tiempo de un año y nueve meses».

3.º Denegar el amparo en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 127/2010, de 29 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 4483-2007. Promovido por don Leonardo Jonás González Lobos respecto de la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya que le condenó por un delito de estafa. Vulneración del derecho de un proceso con garantías: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002); elemento subjetivo del injusto apreciado valorando el testimonio de los querellantes y las declaraciones de testigos. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez

Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4483-2007, promovido por don Leonardo Jonás González Lobos, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Melchor de Orduña y asistido por la Abogada doña Amaia Ruiz Castaños, contra la providencia de 20 de marzo de 2007 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que acuerda la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia dictada por la mencionada Sala el día 8 de noviembre de 2006, y contra dicha Sentencia, recaída en el recurso de apelación núm. 326-2006, que revoca la Sentencia absolutoria de 18 de julio de 2006 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao en el procedimiento abreviado núm. 59-2006, condenando al recurrente como autor de un delito de estafa a la pena de un año y seis meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al abono de una suma de 30.000 euros en concepto de indemnización de perjuicios. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 24 de mayo de 2007 el Procurador de los Tribunales don Ignacio Melchor de Orduña, en representación de don Leonardo Jonás

González Lobos, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones reseñadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo, relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao de 18 de julio de 2006 absolvió al demandante de amparo de los delitos de estafa y alzamiento de bienes por los que venía siendo acusado.

En lo que de relevancia tienen para el presente recurso de amparo, los hechos probados de dicha resolución relatan que don Leonardo Jonás González Lobos, actuando en representación de la mercantil Construcciones Garant, S.L., de la que era administrador, suscribió un contrato de ejecución de obra con dos personas para la construcción de un chalet. Estando muy avanzadas las obras de construcción, el recurrente solicitó y recibió de esas personas la cantidad de cinco millones de pesetas para continuar la ejecución de las obras, obras no contempladas en el proyecto inicial, sin que conste acreditado que concurriese en el recurrente el ánimo de obtener un beneficio económico ilícito.

b) Recurrída en apelación por la acusación particular, la Sentencia del Juzgado de lo Penal fue revocada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que condenó al demandante de amparo como autor de un delito de estafa a la pena de prisión de un año y seis meses, penas accesorias y al pago de 30.000 euros en concepto de indemnización. La Audiencia Provincial, sin celebración de vista, modificó parcialmente el relato de hechos probados, fijando los siguientes:

«Cuando el matrimonio ... ya había abonado el precio total de la obra y la construcción de la vivienda estaba muy avanzada, el imputado, con el fin de con-

seguir efectivo y aduciendo que la empresa que regía se encontraba en una situación de iliquidez transitoria a causa de los gastos generados por otras obras que realizaba simultáneamente, solicitó ... la suma de 5.000.000 pesetas en concepto de préstamo para abono del importe de trabajos de la vivienda, a lo que éstos accedieron a fin de asegurar la continuidad de la construcción, en la confianza de que al dinero se le daría el destino pactado, de modo que entre el día 29 de diciembre de 1.999 y una fecha no concretada del mes de enero de 2.000 entregaron al acusado 5.000.000 ptas. en calidad de préstamo y anticipo de determinadas actuaciones no previstas en el contrato, con el compromiso por parte de éste de devolución del dinero en el mismo año 2000, previo descuento del importe de unos trabajos no incluidos en el contrato de ejecución de obra mediante la entrega de cuatro letras de cambio por el importe resultante por la mercantil Garant, S.L., que el imputado se obligaba a avalar personalmente. No obstante, el acusado una vez que tuvo en su poder los 5.000.000 ptas. abandonó la obra que quedó inconclusa y cambió su domicilio y el de la sociedad que administraba y no dio noticias de su paradero a los dueños de la obra a quienes en la fecha de celebración del juicio no había devuelto el dinero.»

La condena se fundó en la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de primera instancia, declarando probado el elemento típico del ánimo de defraudar. Afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial que «la actuación criminal que se atribuye al imputado no se residencia en el contrato de ejecución de obra del que no se predica ilicitud penal, sino en el ulterior de “préstamo” instrumentalizado en el documento privado de 29 de diciembre de 1999 que determinó la entrega al acusado de la suma de 5.000.000 ptas. ... Y, con relación a este contrato cuyo conte-

nido soslaya la resolución recurrida en la valoración probatoria, de la prueba practicada resultan los siguientes datos: 1) Que el contrato se concertó a instancia del imputado, don Leonardo Jonás González Lobos. 2) Que el contrato tenía objeto el préstamo de la suma de 5.000.000 ptas. al imputado, con destino específico a la finalización de las obras de la vivienda 3) Que el imputado incumplió de forma palmaria las obligaciones que asumió en dicho contrato así como la previa –conclusión de la construcción de la vivienda– ...».

Tales conclusiones las extrae la Sala –según manifiesta expresamente– de las declaraciones de diversos testigos que declararon en el juicio oral celebrado en primera instancia, así como de la prueba documental consistente en el contrato de ejecución de obra y su anexo. A partir de lo anterior, concluye que «los datos aportados en los testimonios que se han reseñado demuestran sin lugar a dudas la existencia de una voluntad inicial incumplidora. Así, el acusado no abonó las cantidades que adeudaba a diversos operarios con los que había subcontratado obras de diversa índole que se habían ejecutado anteriormente, abandonó la obra en cuanto tuvo en su poder la totalidad del dinero que se habían comprometido a prestarle ... y cambió su domicilio y el de la empresa que administraba y no dio noticias de su paradero, a lo que se une que Construcciones Garant S.L., se encontraba en situación técnica de quiebra ya en el año 1999, es decir cuando solicitó el préstamo».

c) Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial interpuso el demandante incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), alegando la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haberse revisado la valoración de pruebas personales practi-

cada en primera instancia sin haber celebrado vista oral y, por tanto, sin la garantía de inmediación. El incidente fue inadmitido por providencia de 30 de marzo de 2007.

3. La demanda de amparo se fundamenta en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Respecto del primer motivo de amparo, invoca la doctrina iniciada con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, para denunciar que por la Audiencia Provincial se ha revocado un pronunciamiento absolutorio a partir de una revisión de los testimonios prestados en primera instancia, desatendiendo en consecuencia las garantías de inmediación y contradicción, exigibles para la correcta valoración de tales pruebas. Ello, a su vez, conlleva la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por cuanto esa nueva valoración probatoria ha sido decisiva para la condena.

4. La Sala Segunda de este Tribunal, por providencia de 20 de enero de 2009, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), dirigir atentas comunicaciones a los órganos judiciales competentes para la remisión de certificación o fotocopia adverada de las actuaciones y emplazamiento a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que, si lo desearan, pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

Igualmente se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión, en la que, tras los trámites oportunos, se dictó por la Sala Segunda de este Tribunal Auto de 9 de marzo de 2009, acordando suspender la ejecución de la Sentencia exclusivamente en lo relativo a la pena de prisión.

5. Por diligencia de ordenación de 29 de mayo de 2009 se acordó dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimase pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

6. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 29 de junio de 2009, interesó la denegación del recurso de amparo. Ello es fundamentado en la consideración de que en el presente caso la Audiencia Provincial, si bien sí ha procedido a modificar los hechos probados de la Sentencia de instancia, y aun cuando para ello se hayan tomado en cuenta pruebas personales, lo ha hecho a partir de una revisión de la razonabilidad de las inferencias efectuadas por el Juzgado de lo Penal, revisión para la que no es precisa la inmediación. Afirma, así, que la Audiencia Provincial ha partido de los mismos elementos fácticos que ya declaró probados el órgano judicial a quo, para llegar a una diferente inferencia probatoria, enmendando el procedimiento deductivo lógico efectuado por éste, por lo que no puede afirmarse que haya procedido a una nueva valoración sobre las declaraciones testimoniales.

El recurrente, mediante escrito registrado el 30 de junio de 2009, reiteró los argumentos formulados en su demanda de amparo, solicitando la anulación de las resoluciones recurridas por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

7. Por providencia de fecha 25 de noviembre de 2010, se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia dictada el 8 de

noviembre de 2006 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya que, tras anular la Sentencia absolutoria de 18 de julio de 2006 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao, condenó al recurrente por un delito de estafa, así como contra la providencia de 20 de marzo de 2007 que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la citada Sentencia. Se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al no haberse respetado las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en segunda instancia que sustentan la condena, conforme a lo exigido por la STC 167/2002 y las que posteriormente aplican esta doctrina. A ello añade la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en la consideración de que esa nueva valoración probatoria ha sido decisiva para la condena.

2. En relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en supuestos de condena en segunda instancia, es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2; 30/2010 de 17 de mayo, FJ 2), que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Por ello, se ha apreciado la vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en los que, tras ser dictada una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una Sentencia condenatoria justificada en una diferente valora-

ción de pruebas, como las declaraciones de los acusados o declaraciones testimoniales que por su carácter personal no podían ser valoradas de nuevo sin su examen directo en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Más en concreto, y por lo que se refiere a la valoración de pruebas indiciarias, este Tribunal ha declarado que, cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación (SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15; 113/2005, de 9 de mayo, FFJJ 3, 4 y 5; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 74/2006, de 13 de marzo, FJ 3; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 5; 196/2007, de 11 de septiembre, FJ 2; y 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5). Pero también hemos reiterado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, en la segunda instancia, y sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano de primera instancia, sin examinar directa y personalmente dichas pruebas (por todas, STC 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5; 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2; y 144/2009, de 15 de junio, FJ 2).

3. En el presente caso, como se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes, el recurrente resultó absuelto en primera instancia del delito de estafa del que era acusado, a partir del argumento de que, una vez valoradas las pruebas obrantes—entre las que se encontraban, además de prueba documental, las declaraciones prestadas por los querellantes, por la arquitecta directora de la obra, por la persona que fue contratada

para finalizar la obra y por el propio acusado—, no existía base para acreditar, en el momento en que se solicitó de los querellantes la cantidad de cinco millones de pesetas, la existencia de una voluntad de incumplimiento de sus obligaciones contractuales referidas a la finalización de la vivienda ni de aprovechamiento de la contraprestación ajena, negando con ello la concurrencia de un dolo de defraudación inherente al delito de estafa.

Frente a ello, la Audiencia Provincial, sin celebración de vista, modificó el relato de hechos probados, y declaró probado, de una parte, que los cinco millones de pesetas no fueron solicitados por el actor como ampliación o adición al contrato de ejecución de obra, sino como un préstamo solicitado por el acusado con la finalidad de abonar los trabajos de finalización de la obra, alegando una falta transitoria de iliquidez y con el compromiso insatisfecho de devolución del dinero una vez descontados el importe de los trabajos de construcción no incluidos en el contrato de ejecución de obra. De otra parte, consideró acreditado que el recurrente engañó a los querellantes, simulando el propósito de hacer frente a tales obligaciones y ocultando su previa decisión de incumplirla, derivando de ello el dolo típico de estafa.

Tales conclusiones las obtiene la Audiencia Provincial, tal como se expresa en la misma Sentencia (fundamento jurídico cuarto), de los testimonios de los querellantes, de los de un trabajador de la empresa del recurrente, y de los vertidos por la persona que finalizó las obras, corroborándose los mismos, además, por el contrato privado de préstamo confeccionado por el acusado. En este sentido, es preciso resaltar que el carácter decisivo que han tenido las citadas pruebas personales para fundar el pronunciamiento condenatorio es asumido por la propia Audiencia Provincial cuando manifiesta que «los datos aportados en los testimonios que se han reseñado demues-

tran sin lugar a dudas la existencia de una voluntad inicial incumplidora» (fundamento jurídico cuarto).

4. En consecuencia con lo expuesto, debe otorgarse el amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), pues consta acreditado que el órgano de apelación volvió a valorar los testimonios prestados en el juicio oral sin la debida intermediación. En efecto, a pesar de que en la Sentencia impugnada se afirma que en lo que se refiere a la estructura racional del discurso valorativo y los juicios de inferencia cabe revisar la lógica de la valoración probatoria del Juez de instancia, incluso en caso de Sentencias absolutorias, para corregir el relato de hechos probados sin necesidad de intermediación. Sin embargo lo cierto es que, como ya se ha señalado anteriormente, este Tribunal ha insistido en que también en estos supuestos, en la medida en que las inferencias provengan inequívocamente de una valoración de pruebas personales, como sucede en el presente caso, resulta constitucionalmente necesario un examen directo y personal de dichas pruebas en respeto a las garantías de intermediación.

5. La constatación de la anterior vulneración determinaría también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados por la Audiencia Provincial fueran las únicas pruebas de cargo en las que se fundamentase la condena (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 197/2002, de 28 de octubre; 198/2002, de 28 de octubre). Sin embargo, en aquellos casos en que, al margen de las pruebas no susceptibles de valoración por el Tribunal ad quem, existen otras válidamente practicadas, hemos declarado que no procede el enjuiciamiento acerca de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque no corresponde a este Tribunal valorar si la prueba que pueda considerarse constitucionalmente legítima es su-

ficiente o no para sustentar la declaración de culpabilidad y la condena de los recurrentes. Por ello, en tales ocasiones lo procedente es ordenar la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictar la Sentencia recurrida en amparo, a fin de que sea el órgano judicial competente quien decida si con las pruebas que subsisten en el proceso mantiene su conclusión condenatoria o si, por el contrario, decide revisarla (SSTC 200/2002, de 28 de octubre, FJ 7; 230/2002, de 9 de diciembre; 203/2005, de 18 de julio, FJ 5; y 170/2009, de 9 de julio, FJ 6).

A esa conclusión debemos llegar en el presente caso, pues de la lectura de las resoluciones recurridas se deduce que los órganos judiciales no sólo han contado con las declaraciones testificales, sino que el acervo probatorio de cargo estaba conformado también por prueba documental que ha sido relevante para el pronunciamiento condenatorio.

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 Leonardo Jonás González Lobos y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerlo en su derecho, y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya el día 8 de noviembre de 2006, en recurso de apelación núm. 326-2006, y de la providencia de 20 de marzo de 2007 dictada por la citada Sala, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al

de haberse dictado la primera de las resoluciones judiciales mencionadas para que se pronuncie una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 128/2010, de 29 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 933-2008. Planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del inciso cuarto del artículo 7.2 del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. Principio de igualdad en la ley: nulidad parcial del precepto legal en tanto que reserva exclusivamente a los representantes de los trabajadores en la empresa la intervención en el nombramiento, mediante el sistema de designación, de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo. Voto particular. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 933-2008, promovida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con el inciso cuarto del art. 7.2 del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones aprobado por el Real Decreto Legislativo núm. 1/2002, de 29 de noviembre. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Asociación de Prejubilados de Telefónica y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. El día 4 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito procedente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al que se acompañaba, junto con el testimonio del recurso contencioso-administrativo núm. 1-4-2005 seguido ante la Sección Tercera contra los artículos 31 y 35 del Real Decreto núm. 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes de fondos de pensiones, el Auto de 8 de enero de 2008 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 7.2 (inciso cuarto) del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por posible vulneración del art. 14 CE.

2. Los antecedentes del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, en síntesis, los siguientes:

a) En fecha de 25 de septiembre de 2005 la Asociación de Prejubilados de

Telefónica interpuso recurso contencioso-administrativo contra los artículos 31 y 35 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones. En particular, y a los efectos que aquí interesan, la mencionada asociación sostiene que el primer párrafo del apartado 2 del art. 31 sería contrario al art. 14 CE al prescribir que «en los planes de pensiones del sistema de empleo podrán establecerse procedimientos de designación directa de los miembros de la Comisión de Control por parte de la comisión negociadora del convenio, y/o designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa». Previsión ésta, asegura la asociación recurrente, que, al excluir de dicho proceso de designación a los partícipes en suspenso, vulneraría el derecho de igualdad ante la ley al no encontrarse en la norma ninguna razón objetiva que justifique la diferencia de trato establecida entre los partícipes en activo del plan y los partícipes en suspenso.

b) Concluido el proceso, en el que comparecieron el Abogado del Estado, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores, el Tribunal Supremo dictó providencia de 25 de septiembre de 2007 en la que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), acordaba oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, en tanto en cuanto el art. 31.2 del Real Decreto 304/2004, impugnado en dicho proceso a quo, no hace sino transcribir la norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cues-

tiona. El mencionado art. 7.2 (inciso cuarto) prevé que en los planes de pensiones de sistema de empleo puedan establecerse procedimientos de designación directa de los miembros de la comisión de control, bien por la comisión negociadora del convenio, bien por acuerdo de la mayoría de «los representantes de los trabajadores de la empresa», bien mediante una combinación de ambos supuestos. A juicio del órgano proponente el inciso relativo a «los representantes de los trabajadores» (del que, como se ha dicho, es mera trascripción el precepto reglamentario impugnado) podría ser contrario al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE al excluir a los partícipes en suspenso (con suspensión o extinción de la relación laboral) de la posibilidad de elegir a sus representantes en las comisiones de control del plan cuando se utiliza la modalidad de designación directa, generándoles con ello una discriminación, sin fundamento suficiente, respecto del resto de los partícipes (los trabajadores en activo).

c) Por escrito de 23 de octubre de 2007 la representación de la Asociación de Prejubilados de Telefónica solicitó que se planteara la cuestión de inconstitucionalidad al entender que, en efecto, la regulación legal en la que se apoya el reglamento impugnado vulnera el art. 14 CE. Por su parte, tanto el Abogado del Estado como los representantes de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, así como también el Ministerio Fiscal, presentaron alegaciones considerando improcedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por diversos motivos.

A juicio del Abogado del Estado la aludida discriminación no se produce, puesto que el diferente trato que la norma dispensa a un colectivo y a otro (los partícipes en suspenso y los partícipes en activo) estaría plenamente justificado, en primer lugar, porque se trata de planes de

pensiones de sistema de empleo estrechamente vinculados a un proceso de negociación colectiva; en segundo lugar, porque los partícipes en suspenso, al haber cesado en la empresa (aun provisionalmente), no realizan sus aportaciones al plan de pensiones y por tanto carece de justificación que participen en la elección de los miembros de la comisión de control del plan; y en tercer lugar, y como conclusión, porque los partícipes en activo y los partícipes en suspenso no se encuentran en una situación homogénea ante el plan de pensiones que les permita fundar un trato necesariamente igual a todos los efectos legales.

Por su parte la representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras también solicitó la desestimación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aduciendo, en resumen, que tanto los trabajadores en activo como los que se pueden considerar pasivos (por tener en suspenso su relación laboral o por haberse extinguido ésta) conforman un todo al encontrarse dentro del mismo ámbito de aplicación del convenio colectivo, fuente de los compromisos por pensiones que se instrumentan en los planes de empleo, y por tanto se encuentran representados por las organizaciones sindicales de igual forma que lo estaban cuando se negociaba el convenio, debido a que la vinculación que les une es el contrato de trabajo.

En la misma línea la representación de la Unión General de Trabajadores consideró improcedente el planteamiento de la cuestión pues los planes de empleo están subordinados a la negociación colectiva y por ello, cuenten o no con un representante nombrado directamente, los partícipes en suspenso estarán representados, porque el resultado de la designación es un acuerdo de negociación colectiva. La pretendida discriminación no se produciría, porque todas las figuras jurídicas existentes en el plan de pensiones están igualmente representadas

por medio de los miembros de la comisión de control representantes de los partícipes designados en el seno de la negociación colectiva.

Finalmente el Ministerio Fiscal, mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2007, solicitó que no se planteara la cuestión de inconstitucionalidad contra un precepto conforme con la Constitución siempre y cuando la referencia a los «trabajadores en la empresa» se interprete incluyendo tanto a los trabajadores en activo como a aquellos que, siendo partícipes en el plan de pensiones, hayan suspendido su relación laboral.

d) Por Auto de 8 de enero de 2008 la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó «plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del art. 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones».

3. En el Auto de 8 de enero de 2008 la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo señala, en primer lugar, que el precepto reglamentario (sobre cuya adecuación a Derecho surgen dudas que resultan determinantes del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, al ser mera transcripción de una norma con fuerza de ley) es el art. 31 del Real Decreto 304/2004 que desarrolla –y coincide con– el art. 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones; precepto dedicado a la regulación de la comisión de control del plan de pensiones y el defensor del partícipe.

La regulación contenida en el mencionado precepto legal (relativa a las comisiones de control del plan y al defensor del partícipe) –y de hecho el propio Real

Decreto Legislativo– trae causa, recuerda el Tribunal Supremo, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que autorizó al Gobierno la elaboración y aprobación de un texto refundido en el que se integrasen, debidamente armonizadas y regularizadas, las disposiciones de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los planes y fondos de pensiones y otras disposiciones relativas a esta materia. Descartado por el Auto que el precepto cuestionado incurra en *ultra vires*, y constatada la identidad entre el precepto reglamentario sobre cuya validez ha de pronunciarse la Sala y el precepto con fuerza de ley cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal Constitucional, el órgano proponente concluye que la validez constitucional del citado precepto condiciona directa y sustancialmente el resultado del proceso contencioso-administrativo en lo que se refiere al precepto reglamentario, por lo que, cumplidos además los requisitos del art. 35.2 LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta pertinente.

Con carácter previo al análisis del fondo de la cuestión planteada, la Sala realiza una serie de precisiones sobre la naturaleza de los planes de pensiones del sistema de empleo y sobre las características y funciones de las comisiones de control de dichos planes, atendiendo su particularidad. Subraya, en primer lugar, que es rasgo característico de los planes de pensiones del sistema de empleo que el promotor sea cualquier sociedad, empresa o corporación y que sus partícipes sean, precisamente, los «empleados» de la entidad promotora, creándose un patrimonio afecto al exclusivo objeto de proporcionar prestaciones de jubilación, supervivencia, viudedad, etc. Se trata de un instrumento que complementa los regímenes de pensiones de la Seguridad Social y que desempeña un papel clave en los mercados financieros. De acuerdo con la Ley 24/2001, continúa precisando

el Tribunal Supremo, el funcionamiento y ejecución de cada plan de pensiones de empleo será supervisado por una comisión de control constituida al efecto; órgano que califica como «institución clave» y «verdadera representante de los intereses de los partícipes y beneficiarios». Entre las funciones de esta comisión se encuentran, por ejemplo, la de nombrar a los miembros de la comisión del control del fondo de pensión o la de representar judicial y extrajudicialmente los intereses de partícipes y beneficiarios.

Siendo esto así, y tras señalar la Sala que «parecería lógico que la designación de los miembros de un órgano “representativo” de los intereses de varias personas o grupos de personas se atenga al principio democrático a tenor del cual los representados eligen por sí mismos a sus representantes», constata que el inciso inicial del art. 7.2 del texto refundido plasma este carácter representativo, pues las comisiones de control habrán de estar integradas por representantes del promotor o promotores y representantes de los partícipes y, en su caso, beneficiarios. Por lo que respecta al nombramiento de los representantes de los partícipes y beneficiarios el mencionado precepto legal prevé dos sistemas: bien por elección, bien por un sistema de «designación», siendo este último –en los términos previstos en el inciso cuarto del art. 7.2 del Real Decreto Legislativo– el que suscita las dudas de constitucionalidad que plantea la Sala. En efecto, al preverse que los miembros de la comisión de control de los planes de pensiones de empleo que «representan» a los partícipes y beneficiarios puedan ser «designados», bien por parte de la comisión negociadora del convenio, bien por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa, resulta que determinados partícipes (los partícipes en suspenso, por haber suspendido o finalizado su relación laboral) al no ostentar ya la condición de

trabajadores en la empresa «quedan excluidos de toda intervención en el nombramiento de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo» cuando se utiliza el sistema de «designación», sin que quepa, a juicio de la Sala, acoger la interpretación alternativa ofrecida por el Ministerio Fiscal, según la cual la expresión legal integra tanto a los trabajadores en activo como en suspenso. Resultaría, además, concluye el Auto, que una tal interpretación desconoce el designio que determinó la modificación operada en la Ley 8/1987 por la Ley 24/2001 no fue otro que la intención de facilitar la coordinación del funcionamiento de los planes de pensiones con «los procesos de representación y negociación en el ámbito laboral».

Sentado lo anterior, y a juicio del órgano proponente, las razones para plantear la inconstitucionalidad del art. 7.2 (inciso cuarto) Real Decreto Legislativo por posible vulneración del art. 14 CE son, en síntesis, las siguientes:

a) Asumiendo, en definitiva, que el sistema de designación previsto en el art. 7.2 del texto refundido «lo es a cargo de los representantes de los trabajadores en activo», no se encuentra una justificación razonable para el trato diferenciado establecido en la norma cuestionada entre los partícipes activos y los partícipes en suspenso, que poseen una idéntica situación jurídica frente al plan por ser titulares únicos de los recursos acumulados en el fondo afecto. «Nada hay», afirma expresamente la Sala, «que diferencie a quienes aún permanecen trabajando en la empresa de quienes han suspendido o extinguido su relación con ella –y cesado en sus aportaciones– pero mantienen la titularidad de los recursos afectos al plan y están lógicamente interesados en la gestión del plan y del fondo a él anejo». A lo que añade que la condición de trabajador en activo no equivale necesariamente a la de partícipe en el

plan, por ser voluntaria la integración en el plan.

b) La legítima opción del legislador de vincular el plan de empleo a los procesos de representación y negociación laboral no puede, sin embargo, justificar la exclusión de un determinado tipo de partícipes en el plan de la posibilidad de designar a sus «representantes» en las comisiones de control. En este sentido conviene con la Unión General de Trabajadores en que la conexión del plan de empleo con los mecanismos de negociación colectiva pueda traducirse en una representación mayoritaria de los trabajadores en activo en la comisión de control, pero descarta que dicha conexión exija que «mediante el sistema de designación objeto de este pronunciamiento se imponga a los partícipes en suspenso el ‘sacrificio’ desproporcionado de no poder designar por sí mismos a ninguno de los miembros que han de representar sus intereses específicos (en algunos momentos, eventualmente no coincidentes con los de los trabajadores en activo) en la citada Comisión».

c) El hecho de que los derechos económicos de los partícipes en suspenso estén garantizados en todo caso, como sostiene el Abogado del Estado, tampoco resulta relevante con la perspectiva del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues, aparte de que tal garantía es común a todos los partícipes, lo que en este caso está en juego no es el contenido sustantivo del derecho patrimonial, sino las vías de participación y, por ende, de protección, de todos los partícipes en la comisión de control. Por todo ello se afirma en el Auto que, «aunque las circunstancias de aquellos procesos no sean idénticas a las del presente supuesto», la doctrina contenida en las Sentencias constitucionales 104/2004, 253/2004, 49/2005 y 50/2005 sería extensible, «en su núcleo esencial, al caso de autos», lo que justificaría la vulneración del art. 14 CE.

d) Los argumentos anteriores no se ven desvirtuados, como aduce una de las organizaciones sindicales codemandadas, por el hecho de que éstas representen a la totalidad de los trabajadores, en activo o no, y que, consiguientemente, también se defienden los intereses de los partícipes en suspenso. Así, por un lado, subraya el Auto, el precepto cuestionado se está refiriendo a los representantes unitarios de los trabajadores que pueden no coincidir con los propuestos por los sindicatos; y, por otro, las organizaciones sindicales no ostentan la absoluta exclusividad de la representación de los intereses de los trabajadores prejubilados o jubilados en una determinada empresa hasta el punto de justificar la falta de participación de éstos, o de las asociaciones que los representen, en el proceso de designación de los órganos de control de sus planes de pensiones de empleo.

e) A la vista de todo lo anterior, después de destacar que el precepto cuestionado no ha sido modificado por la Ley 11/2006, de 16 de mayo, de adaptación de la legislación española al régimen de actividades transfronterizas regulado en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio, relativa a las actividades y supervisión de los fondos de pensiones de empleo, y que la entrada en vigor del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre las renta de las personas físicas y se modifican diversos preceptos del Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, «tampoco ha introducido variaciones en el régimen de nombramiento de los miembros de las comisiones de control de los planes de pensiones del sistema de empleo», la Sala acuerda, literalmente, «plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del art. 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto

Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre».

4. Por providencia de 2 de abril de 2008 el Pleno de este Tribunal, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen conveniente.

En la misma providencia se acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1.c) LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, deferir a la Sala Segunda, a la que por turno le ha correspondido, el conocimiento de la presente cuestión, así como publicar la incoación de este proceso en el «Boletín Oficial del Estado» (lo que se cumplimentó en el «BOE» núm. 87, de 10 de abril de 2008).

5. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 15 de abril de 2008 el Presidente del Congreso de los Diputados transmitió el acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara en el que se decide comunicar al Tribunal Constitucional que el Congreso de Diputados se da por personado en el presente procedimiento constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Por su parte, mediante escrito registrado el 16 de abril de 2008, el Presidente del Senado comunicó el acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara en el sentido de que se tuviera a dicha Cámara por personada en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Con fecha de 21 de abril de 2008 tuvo entrada en el Registro General de

este Tribunal escrito de la Unión General de Trabajadores en el que se solicita, a la vista del edicto publicado en el «Boletín Oficial del Estado» del día 10 de abril y en aplicación del art. 37.2 LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que se la tenga por personada y parte en la presente cuestión de inconstitucionalidad en función de su condición de parte en el recurso ordinario 4-2005 en cuyo seno se planteó.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el día 23 de abril de 2008 el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno formulando alegaciones e interesando se dicte Sentencia desestimatoria de la cuestión.

Tras señalar que nada ha de objetar a la relevancia de la norma cuestionada respecto del proceso a quo y resumir los argumentos contenidos en el Auto de planteamiento de la cuestión en lo relativo a los sistemas de determinación de la composición de la comisión de control del plan de pensiones de sistema de empleo, el Abogado del Estado entra en el fondo de la cuestión subrayando que, dada la naturaleza de estos planes, la condición de «partícipe» y «trabajador» es en principio sinónima. Ello le lleva a afirmar que en los casos de suspensión o extinción de la relación laboral «se pierde lógicamente la condición de partícipe puesto que ha desaparecido su presupuesto inexcusable: el vínculo con el promotor del plan, su condición de trabajador». Sostiene el Abogado del Estado, con apoyo en el art. 35 del reglamento, que el llamado «partícipe en suspenso» continúa «con otro carácter bien distinto al de partícipe; continúa como elemento personal conservando sus derechos económicos como un beneficiario», de lo que deduce que el precepto cuestionado no genera discriminación alguna, por cuanto, a su juicio, no cabe compartir la premisa de la que parte el Auto de planteamiento al asumir la igualdad esencial

de los trabajadores en activo y en suspenso en tanto que partícipes del plan de pensiones.

Destaca seguidamente el Abogado del Estado el origen contractual de las determinaciones que configuran la composición de la comisión de control, siendo así que el propio art. 7 del texto refundido en el que se integra el precepto cuestionado «sólo articula propiamente un marco de perfiles amplísimos y mecanismos subsidiarios de regir los nombramientos, si ello no estuviera previsto», de modo que «la ley no llega a definir una regla de representación determinada de los interesados o elementos personales del plan, confiando su selección a los fundadores». A ello suma la voluntad del legislador, destacada por la propia Sala proponente de la cuestión, de conectar la formación de los planes de empleo a los procesos de representación y negociación colectiva. De todo lo cual deduce que, en la medida en que el legislador no ha querido concretar fórmulas imperativas de selección de los miembros de la comisión de control, confiando en la libre configuración de este órgano por los mismos promotores del plan, «no hay en ello ninguna discriminación: si se ha designado a los miembros de la Comisión de Control, directamente o por el acuerdo de la mayoría de los trabajadores de la empresa (art. 31.2 del Reglamento), el trabajador que se adhiere al plan sabrá que tendrá voto en tanto en cuanto sea trabajador y que no lo tendrá si deja de serlo».

8. El día 24 de abril de 2008 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras en el que, tras referirse a lo dispuesto en el «Boletín Oficial del Estado» del día 10 de abril, y en aplicación del art. 37.2 LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, solicita que se la tenga por personada y parte en la presente cuestión de inconstitucionalidad.

9. Mediante escrito presentado en este Tribunal el día 28 de abril de 2008 la Asociación de Prejubilados de Telefónica, dada su condición de parte en el recurso ordinario 4-2005 en cuyo seno se planteó la presente cuestión de inconstitucionalidad, solicita que se la tenga por personada y parte de la misma en aplicación del art. 37.2 LOTC, concediéndole un plazo de quince días para realizar alegaciones.

10. Mediante diligencia de ordenación de 13 de mayo de 2008 la Sala Segunda de este Tribunal acuerda unir a las actuaciones los escritos presentados los días 21, 24, y 28 de abril por la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y la Asociación de Prejubilados de Telefónica respectivamente, a los que se tiene por personados y parte en este proceso constitucional, acordándose la concesión de un plazo de quince días para que formulen las alegaciones que consideren convenientes, en aplicación del art. 37.2 LOTC.

11. La Unión General de Trabajadores formuló sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 9 de junio de 2008, en el que solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Tras subrayar que la negociación colectiva es el origen de la previsión social complementaria y, en concreto, de los planes de pensiones de empleo, con los que guarda una evidente vinculación, descarta que el precepto cuestionado genere la discriminación denunciada, puesto que, a su juicio, todas las figuras jurídicas existentes en un plan de pensiones de empleo (partícipes, partícipes en suspenso y beneficiarios) «están igualmente representadas por medio de los miembros de la Comisión de Control representantes de los partícipes designados en el seno de la negociación colectiva, o votados en elecciones, de conformidad con la normativa de planes y fondos de pensiones». A ello se añade,

argumenta, la imposibilidad de la existencia de una representación específica para cada interés subjetivo de los miembros de un plan de pensiones. Por ello, y en la medida en que el trabajador ya jubilado no puede tomar decisiones sobre las relaciones laborales de los trabajadores en activo, tampoco podrá tomar decisiones «sobre otro aspecto de la negociación colectiva, que es el plan de pensiones, que además ya está regulado en un contrato concreto, las especificaciones, que se adoptaron en el seno de la negociación colectiva». En conclusión, pone énfasis en que las decisiones de los miembros designados como representantes de los partícipes de un plan de pensiones «están reforzadas porque cuentan con la eficacia general de los acuerdos adoptados por el empresario y los representantes de los trabajadores en virtud de la legitimación de los sujetos que los negocian», resultando, además, que el precepto legal cuestionado no impone un sistema determinado de selección de los miembros de la comisión, sino que es meramente indicativo y por ello no establece discriminación alguna.

12. La Asociación de Prejubilados de Telefónica presentó sus alegaciones con fecha de 9 de junio de 2008 afirmando la inconstitucionalidad del precepto cuestionado como consecuencia de la exclusión de los partícipes en suspenso del procedimiento de designación de los representantes de partícipes y beneficiarios en las comisiones de control de los planes de empleo. En efecto, señala la Asociación, los partícipes en suspenso, ni intervienen en la elección de los «representantes de los trabajadores en la empresa», ni pueden ejercer control alguno sobre dichos representantes, que son los únicos habilitados (junto a la representación del promotor) para desempeñar las importantes funciones que se encomiendan a estos órganos. A ello se suma que los intereses de los trabajadores en activo pueden colisionar con los de los trabaja-

dores prejubilados o ya jubilados, por lo que la representación de los segundos por los primeros «carece de validez, puesto que a través de ella no se obtiene la salvaguarda de los legítimos intereses de los representados por sus representantes». Por estas razones, a las que añade todas las expresadas en el Auto del Tribunal Supremo que comparte íntegramente, la Asociación de Prejubilados de Telefónica entiende que el precepto legal cuestionado es contrario al art. 14 CE, porque discrimina sin fundamento suficiente a los partícipes en suspenso del plan respecto del resto de partícipes del mismo plan, y solicita la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo.

13. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 9 de junio de 2008, interesando que se dicte Sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Después de resumir los términos del Auto de planteamiento y de constatar que se han cumplido los presupuestos y requisitos procesales exigidos por el art. 35.2 LOTC, el Fiscal General del Estado inicia su argumentación sobre el fondo del asunto recordando la doctrina de este Tribunal sobre el principio de igualdad, con cita, entre otras, de las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5; 214/2006, de 3 de julio, FFJJ 2 y 3, y 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 5, 9 y 10, según la cual, y en resumen, «el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida» (STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 2).

Comparte el Fiscal las apreciaciones contenidas en el Auto de planteamiento respecto de la idéntica posición jurídica

de los partícipes activos y de los partícipes «en suspenso» (por cuanto, efectivamente, todos son titulares únicos de los recursos acumulados en el fondo afecto al plan), así como respecto de la imposibilidad de entender que el término «mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa» (sobre el que descanza la modalidad de designación de los representantes de los partícipes en la comisión de control aquí cuestionada) pueda integrar a los trabajadores jubilados o prejubilados. Constatada la existencia de un trato diferenciado el Fiscal analiza si se supera o no el test de igualdad conforme al art. 14 CE por existir una justificación objetiva y razonable.

Y en este punto el Ministerio Fiscal considera que el «sacrificio» que se impone a los partícipes en suspenso, consistente en «no poder designar por sí mismos a ninguno de los miembros que han de representar sus intereses específicos (en algunos momentos, eventualmente no coincidentes con los de los trabajadores en activo) en la citada comisión», no resulta proporcional en relación con su pretendida justificación en la vinculación de los planes del sistema de empleo con los procesos de representación y negociación colectiva, existiendo además otras opciones menos gravosas. Conclusión ésta que no puede verse rebatida, ni por el argumento de que los derechos económicos de los partícipes en suspenso están en todo caso garantizados (porque de lo que se trata es de garantizar su participación en tal órgano clave para la gestión del plan), ni por el argumento de que las organizaciones sindicales representen a todos los trabajadores (porque el precepto apela a los «representantes de los trabajadores» en cada concreta empresa, que no tienen por qué coincidir necesariamente con los propuestos por los sindicatos, y porque la genérica representatividad de los trabajadores atribuida a los sindicatos no puede entenderse en términos de absoluta exclusividad).

14. También con fecha de 9 de junio de 2008 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, que concluye con la súplica de que la cuestión de inconstitucionalidad sea desestimada.

Tras destacar que el sistema de empleo de los planes de pensiones tiene su origen «en la exteriorización y/o promoción de los compromisos por pensiones adquiridos en sede de negociación colectiva, en la que el papel de representación atribuido a los representantes de los trabajadores y, especialmente, a las organizaciones sindicales es esencial en nuestro ordenamiento jurídico positivo y constitucional», el escrito de alegaciones reconoce en el precepto cuestionado un desarrollo del mandato contenido en el art. 41 CE. Situado en este marco el precepto recurrido, se recuerda que con él se viene a permitir la generalización de un método, potestativo, de designación de los miembros de la comisión de control a través de la negociación colectiva que ya se contemplaba en el anterior Reglamento, aprobado por Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, para la designación de los miembros de las comisiones promotoras de los planes de pensiones de promoción conjunta cuando el compromiso por pensiones provenía de un convenio colectivo de ámbito supraempresarial, sin que tal previsión sufriera tacha de constitucionalidad alguna. Se trataría, con estas previsiones, de primar los intereses colectivos configurados por la negociación colectiva. «Más aún» –afirma el sindicato– «cuando las asociaciones sindicales representan a aquellos antiguos trabajadores que, acogidos a las condiciones acordadas en tal ámbito, cesaron su relación laboral con el promotor del plan, manteniendo sin embargo, derechos en el plan de pensiones como consecuencia directa de la relación laboral mantenida».

Sobre esta última idea insiste el escrito de alegaciones después de hacer una serie de precisiones sobre el status de partícipe en suspenso, citando varias Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que avalarían la representatividad de las organizaciones sindicales dentro de la empresa de aquellos trabajadores que ya no se encuentran en activo y apelando al art. 37 CE para rebatir los argumentos del Auto de planteamiento de la cuestión que discuten la exclusividad de los sindicatos en la representación de los trabajadores en una empresa. Alega seguidamente la central sindical que la proyección de la doctrina sentada en la STC 88/2001 al ámbito de los planes de pensiones permite concluir que, tanto los trabajadores en activo, como aquellos que han dejado de serlo, se integran como unidad en el mismo ámbito de aplicación de los convenios colectivos, en los que encuentran origen los compromisos por pensiones que instrumentan los planes de pensiones del sistema de empleo, de modo que los trabajadores que han dejado de estar en activo siguen estando representados por las organizaciones sindicales como cuando se negociaba el convenio, en atención a que su vínculo viene dado por el contrato de trabajo.

Se plantea seguidamente el sindicato la proyección de la doctrina constitucional decantada acerca del art. 14 CE sobre el precepto cuestionado. Para ello repasa las funciones de las Comisiones de control en los planes de pensiones de empleo, partiendo de que la finalidad constitucional de estos planes consiste en el cumplimiento de una función político-social que es la que justifica que encuentren, generalmente, su origen en la negociación colectiva y que a esta negociación colectiva se vincule su órgano de supervisión. De ahí que afirme que dar entrada a la comisión de control a los representantes de intereses concretos y parciales correspondientes a un concreto

colectivo de partícipes y beneficiarios en un plan de pensiones «puede atentar además con una obligación básica e inherente a estos sistemas de pensiones complementarias de las pensiones públicas, actuar en interés y beneficio del conjunto de partícipes y beneficiarios del plan de pensiones, como por otra parte ha recogido el desarrollo normativo del art. 41 de la Constitución Española que prevé la existencia de sistemas complementarios de pensiones». Con cita de la exposición de motivos de la Ley 24/2001 y de la Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio, del Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, concluye el sindicato que los intereses políticos generales que están en la base de los planes de pensiones del sistema de empleo constituyen la razón objetiva de la desigualdad de trato que reciben los partícipes en suspenso en la regulación de las comisiones de control, puesto que de lo que se trata es de «permitir que un sistema de tanta importancia y largo recorrido temporal como la Previsión Social Complementaria sea diseñado, construido, supervisado y controlado desde los ámbitos de actuación colectiva que tienen las empresas y los trabajadores, el más evidente es, sin duda, la negociación colectiva».

Siendo esto así, no existiría vulneración del principio de igualdad, porque los partícipes en suspenso han de entenderse afectados por la negociación colectiva, a efectos de lo cual cita la STC 27/2004, de 4 de marzo, que descartó que un trabajador incorporado a una empresa viera afectado su derecho a la igualdad por no haber participado en la elección de los representantes de los trabajadores que firmaron el convenio colectivo por el que se ve afectado, y la STC 58/1985, de 30 de abril. Se desprendería de esta doctrina constitucional el reconocimiento a la negociación colectiva de un papel configurador de las relaciones laborales en su sentido más amplio, entendiendo que es el marco en el

que quedan representados los intereses generales.

En virtud de todo lo anterior el escrito de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras concluye con la súplica de que la cuestión de inconstitucionalidad sea desestimada.

15. Por providencia de 25 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad, promovida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, tiene por objeto determinar si el inciso cuarto del art. 7.2 del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, resulta contrario al art. 14 CE.

El mencionado precepto legal, dedicado a la regulación de la Comisión de control y del defensor del partícipe en los planes y fondos de pensiones, tiene el siguiente tenor literal:

«Artículo 7. La Comisión de Control del plan de pensiones y el defensor del partícipe.

...

2. [inciso cuarto] En los Planes de pensiones del sistema de empleo podrán establecerse procedimientos de designación directa de los miembros de la Comisión de Control por parte de la comisión negociadora del convenio, y/o designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. Asimismo, en los Planes de pensiones de empleo de promoción conjunta constituidos en

virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial, se podrán prever procedimientos de designación de la Comisión de Control por parte de la comisión negociadora y/o por parte de la representación de empresas y trabajadores en dicho ámbito. La designación de los representantes en la Comisión de Control podrá coincidir con todos o parte de los componentes de la comisión negociadora o representantes de las partes referidas.»

A juicio del órgano proponente el precepto transcrito (en su inciso cuarto) podría resultar vulnerador del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE al excluir a determinados partícipes, los partícipes en suspenso, de toda intervención en el nombramiento mediante el sistema de designación de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo, por cuanto éste queda reservado a los «representantes de los trabajadores en la empresa». No existe, al entender del Tribunal Supremo, justificación razonable para el trato diferenciado establecido en la norma cuestionada entre los partícipes activos y en suspenso, dado que todos ellos tienen idéntica situación jurídica frente al plan por ser titulares únicos de los recursos acumulados en el fondo afecto.

El planteamiento del Tribunal Supremo es sustancialmente suscrito por el Fiscal General del Estado y por la asociación recurrente en el proceso a quo, personada en el presente proceso constitucional en ejercicio de la facultad habilitada por el art. 37.2 LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007. El Abogado del Estado y las demás partes personadas en ejercicio de esta facultad –la Unión General de Trabajadores y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras– suplican, contrariamente, la desestimación de la cuestión por los motivos que ya han sido expuestos en los antecedentes de hecho de esta Sentencia.

2. Con carácter previo a la resolución de esta cuestión constitucional debemos realizar una precisión sobre su objeto. En efecto, el Auto de planteamiento del Tribunal Supremo acuerda «plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del art. 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre», por lo que, atendiendo a sus estrictos términos, habría de interpretarse que lo cuestionado es la totalidad del inciso cuarto transcrito supra.

La lectura de los argumentos desarrollados por el Tribunal Supremo en su Auto de Planteamiento evidencia, sin embargo, que el cuestionamiento es más limitado: se ciñe, en concreto, a la referencia a la «designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa». Así, en el fundamento jurídico octavo, el Tribunal Supremo, tras recordar que la comisión de control ha de estar integrada por representantes del promotor o promotores y representantes de los partícipes y, en su caso, beneficiarios, señala que «el nombramiento de estos últimos representantes puede hacerse o bien por un sistema de elección o bien por un sistema de “designación”, que es el que suscita las dudas de constitucionalidad». Dudas que se proyectan, exclusivamente, sobre la modalidad de designación que apela al acuerdo de «la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa» para designar a los representantes de los partícipes y beneficiarios en las Comisiones de control de los planes de pensiones del sistema de empleo, en tanto excluyen a los partícipes en suspenso. Esta previsión, que en el caso concreto del que conoce el órgano proponente de la cuestión en el proceso a quo se suscita sobre el plan de pensiones de una determinada empresa, también se aplica, como subraya el Tribunal Supremo, «a los planes de pensiones de empleo de pro-

moción conjunta, constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial».

Teniendo en cuenta lo anterior las exigencias del juicio de relevancia del art. 35.1. LOTC determinan que el cuestionamiento se circunscriba a esa concreta modalidad de designación directa –tanto respecto de los planes de ámbito empresarial como en los planes de ámbito supraempresarial (de promoción conjunta)– pues es en esa modalidad y no en otra, donde se produciría la exclusión de los partícipes en suspenso en el proceso de nombramiento de sus representantes en la comisión de control del plan. No son relevantes para la decisión del proceso contencioso-administrativo a quo, y por tanto no se cuestionan, ni la previsión misma de la existencia de procedimientos de designación directa (como alternativa a un procedimiento electivo), ni la designación directa de los representantes de la comisión de control por la comisión negociadora, ni la fórmula establecida por el precepto, en términos alternativos o acumulativos, de ambas modalidades de designación directa. Ninguna de estas previsiones, que también constan en el inciso cuarto del art. 7.2 del texto refundido cuestionado, resulta de aplicación al caso que ha de ser resuelto en la vía judicial previa, por lo que no se cumple respecto de dicha norma el juicio de relevancia exigido por el art. 35.1 LOTC, tal como remarcamos recientemente en la STC 79/2010, de 26 de octubre (FJ 2).

3. Antes de entrar en el fondo de la cuestión conviene detenerse brevemente en el significado y el funcionamiento de los planes de pensiones del sistema de empleo y de su comisión de control, atendidas sus particularidades.

Como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestra Sentencia 206/1997, de 27 de noviembre –en formulación reiterada en la más reciente STC 90/2009, de 20 de

abril, FJ 2–, los planes de pensiones constituyen «un acuerdo contractual de estructura compleja, con la finalidad de garantizar, como causa misma del consentimiento de voluntades, la percepción por los beneficiarios de una serie de prestaciones económicas cuando se produzcan los acaecimientos para su percepción» (FJ 4). «Se trata» –afirmamos seguidamente en la primera Sentencia citada en relación con los planes del sistema de empleo– «de un instrumento de aseguramiento que, en la primera de sus modalidades, garantiza un “salario” diferido y, por lo tanto, de una forma de ahorro» (FJ 7). En esta última dimensión insiste –en relación con todo tipo de planes– la reciente STC 88/2009, de 20 de abril, al destacar que una de las finalidades de los planes y fondos de pensiones «consiste en establecer un instrumento de ahorro que puede cumplir una importante función complementaria del nivel obligatorio y público de protección social» (FJ 2).

La regulación original de los planes de pensiones de sistema de empleo –contenida en la Ley 8/1987, de 8 de junio– experimentó diversas modificaciones como consecuencia de la aprobación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social –que, precisamente, autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar el actual texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones– en orden a facilitar «la coordinación de su funcionamiento con los procesos de representación y negociación en el ámbito laboral». Así estos planes de empleo constituidos en el seno de las relaciones laborales experimentan un incentivo para su integración como un componente más del ámbito de las relaciones laborales en la empresa, particularmente en el ámbito de la negociación colectiva.

El rasgo característico del plan de sistema de empleo es que el promotor del mismo lo será cualquier entidad, corpo-

ración, sociedad o empresa y que sus «partícipes» serán, precisamente, los «empleados» de la entidad promotora [art. 4.1.a) del texto refundido]. Se diferencian, así, de los planes de sistema asociado (en los que los promotores son asociaciones o sindicatos, siendo los partícipes sus asociados o afiliados) y de los planes de sistema individual (promovidos por entidades de carácter financiero y en los que puede ser partícipe cualquier persona física). A los planes de sistema de empleo, insiste el precepto legal, «exclusivamente podrán adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora» entendiéndose como tal, de acuerdo con el art. 25 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, «los trabajadores por cuenta ajena o asalariados, en concreto al personal vinculado al promotor por relación laboral».

La normativa prevé, además, la posibilidad de que se incorporen al plan como partícipes aquellos trabajadores que «con anterioridad hubieran extinguido la relación laboral con el promotor respecto de los cuales éste mantenga compromisos por pensiones que se pretendan instrumentar en el plan de pensiones», así como también la categoría de los llamados «partícipes en suspenso» quienes, aun habiendo cesado en la realización de aportaciones, tanto indirectas como imputadas, mantienen sus derechos consolidados en el plan, independientemente de que hayan cesado o no en su relación laboral. Estos partícipes en suspenso, según el art. 35.2 del reglamento que desarrolla el texto refundido, continúan con la categoría de elemento personal del plan de pensiones. La incorporación de este colectivo de partícipes constituye, así, una excepción a la regla general de la necesaria existencia de un vínculo laboral como soporte de la participación en un plan de sistema de empleo.

Por último, y a los efectos que aquí interesan, conviene señalar que, de acuerdo con la regulación actual, el funcionamiento y la ejecución de los planes de pensiones del sistema de empleo se encuentran sometidos a la supervisión de una comisión de control art. 7 del texto refundido) creada al efecto, a la que se atribuyen una serie de funciones –entre otras, la selección del actuario o actuarios que deban certificar la situación y dinámica del plan, la supervisión del cumplimiento de las cláusulas del plan en todo lo que se refiere a los derechos de sus partícipes y beneficiarios, la representación judicial o extrajudicial de los intereses de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan de pensiones, la designación de los miembros de la comisión de control del fondo de pensiones al que esté adscrito, la proposición de la modificación de las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo, así como la potestad de acordar la modificación de las especificaciones (art. 6.3 del texto refundido)– que evidencian su trascendencia en el seno del plan de pensiones y justifican que la propia ley (en el art. 7.2 Real Decreto Legislativo, primer inciso) prevea una composición representativa de todos los intereses en juego: promotor, partícipes y en su caso, beneficiarios.

4. Planteados así los términos del debate conviene iniciar nuestro análisis recordando la consolidada doctrina de este Tribunal acerca del derecho a la igualdad en la ley que ha sido recientemente resumida en la STC 87/2009, de 20 de abril. Según esta doctrina la vulneración del derecho a la igualdad en la ley reconocida en el art. 14 CE presupone la existencia en la propia ley de una diferencia de trato entre situaciones jurídicas iguales. Esta disparidad de tratamiento, sin embargo, sólo será vulneradora del derecho a la igualdad si no responde a una justificación objetiva y razonable que, además, resulte adecuada

y proporcional. En efecto, tal como señalábamos en el FJ 7 de la STC 87/2009 –pero también en las SSTC 104/2004, de 28 de junio (relativa a la no discriminación en el acceso los planes de pensiones de sistema de empleo); 253/2004, de 22 de diciembre, FFJJ 4 y 8; 49/2005, de 14 de marzo; y 50/2005, de 14 de marzo (sobre discriminación en el acceso a determinadas prestaciones de la Seguridad Social), entre otras muchas–: «a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».

5. La aplicación de la doctrina reseñada a este caso requiere determinar, en

primer lugar, si nos encontramos realmente ante una identidad de situaciones que reciben un trato diferenciado –como sostienen el órgano proponente, el Ministerio Fiscal y la Asociación de Prejubilados de Telefónica– o si, por el contrario, no se puede apreciar dicha identidad, lo que excluiría la afectación del derecho reconocido en el art. 14 CE –como sostienen algunas de las partes personadas en este procedimiento constitucional–. Lo importante en esta primera fase es, pues, dilucidar si los partícipes en activo y los partícipes en suspenso de un plan de pensiones de empleo se encuentran en la misma posición a la hora de prever (en el sentido que sea) su participación en el proceso de designación de sus representantes en la comisión de control del plan.

De acuerdo con lo previsto en el art. 3.1.b) del texto refundido, los partícipes de un plan de pensiones son «las personas físicas en cuyo interés se crea el plan, con independencia de que realicen o no aportaciones». El partícipe se constituye, pues, como uno de los elementos personales del plan (sujeto constituyente junto al promotor del mismo) que se diferencia de los beneficiarios, entendidos éstos como «las personas físicas con derecho a la percepción de prestaciones, hayan sido o no partícipes». Como apuntamos en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, y por lo que respecta a los planes de pensiones del sistema de empleo (como modalidad diferenciada de los planes de pensiones de sistema asociado y de los planes de pensiones de sistema individual), los partícipes serán los «empleados» de la entidad promotora si bien esta noción integra supuestos en los que la relación laboral se encuentra suspendida o extinguida, dando lugar a la categoría de partícipes en suspenso.

Tomando como referencia la posición de los partícipes respecto del plan de pensiones, no resulta relevante que unos se encuentren en activo en la empresa o

sociedad promotora (y realicen aportaciones económicas) y otros hayan suspendido o extinguido su relación laboral (y no realicen, con carácter general, aportaciones económicas al plan). Todos ellos se encuentran en la misma posición jurídica frente al plan de pensiones que han suscrito, pues todos ellos son titulares únicos del patrimonio adscrito y afecto a la producción de las contingencias allí relacionadas (jubilación, incapacidad laboral, dependencia severa, muerte, etc.) y, precisamente por esta razón, todos los partícipes (independientemente de su situación laboral) están interesados en el buen desarrollo y gestión del plan. Y todo esto con independencia de que, efectivamente, en el momento de aprobación del plan todos los partícipes del mismo puedan ser calificados como empleados de la sociedad o empresa promotora, pues es característica esencial de esta modalidad de planes de pensiones su especial vinculación con los procesos de representación y negociación en el ámbito laboral.

La afirmación anterior enlaza directamente con el segundo de los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si el precepto cuestionado introduce un trato diferenciado: la naturaleza y funciones de la comisión de control de los planes de pensiones de empleo y los procedimientos para la designación de sus miembros. En efecto, el buen desarrollo y gestión del plan al que aludíamos no puede desvincularse de la existencia de este órgano que, como bien sostiene la Sala proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad, deviene pieza clave del buen funcionamiento del plan de que se trate (como también lo es el defensor del partícipe cuando nos encontramos en el ámbito de los planes de pensiones de sistema individual) dada la trascendencia de las funciones que asume y que ya relacionamos en el fundamento jurídico anterior.

Ciertamente resulta lógico, como apunta el Tribunal Supremo, que la designación de un órgano «representativo» de los intereses de varias personas o grupos, como la comisión de control a la que nos referimos, se atenga al principio democrático a tenor del cual los representados eligen por sí mismos a sus representantes, lo que supone que la exclusión de la participación de un determinado colectivo en ese proceso habría de responder a razones objetivas y razonables.

Conviene reiterar en este punto, como también enfatiza el órgano proponente, que los partícipes, independientemente de su relación con la empresa, no son meros acreedores de prestaciones futuras frente al fondo, sino «verdaderos titulares en exclusiva del patrimonio vinculados a los objetivos del plan, de modo que sus derechos consolidados son irrevocables». Están interesados, lógicamente, en las decisiones que se tomen respecto de la inversión y rentabilidad del plan y del fondo a él afecto. Y esos intereses no tienen por qué coincidir con los de los trabajadores en activo, sobre todo teniendo en cuenta que no todos ellos han de formar parte necesariamente del plan, pues una de sus notas características es la voluntariedad.

En cambio el sistema de designación diseñado por la Ley establece que sólo los trabajadores en activo, tengan o no condición de partícipes, sean los que designen a través de sus representantes (en los comités de empresa o a través de los delegados de personal) a los miembros de la comisión de control del plan. El precepto legal cuestionado, en efecto, al regular la composición y el nombramiento de los miembros de estas comisiones de control prevé, junto a un procedimiento de «elección» (inciso sexto del art. 7.2 del texto refundido, desarrollado en el art. 31.3 del Reglamento en el que se atribuye la condición de electores a todos los partícipes sin distinción ninguna y con independencia de si realizan o no aportaciones), un procedimiento de de-

signación directa de dichos miembros, bien por parte de la comisión negociadora del convenio, bien por parte de los representantes de los partícipes y beneficiarios «por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa», bien por la combinación de ambos. Pues bien, la designación directa de miembros por parte de «la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa» excluye de dicha designación a aquellos partícipes que ya no se encuentran en activo en la empresa y que no pueden considerarse integrados en la noción de «trabajadores en la empresa» pues, aunque sea cierto que no se realiza remisión expresa alguna a la legislación que desarrolla la libertad sindical, así se deduce al hacerse referencia a «los representantes de los trabajadores» que lógicamente son aquellos elegidos por los trabajadores en activo en algún proceso electoral del nivel de empresa en el que no han podido tomar parte los partícipes cuya relación laboral con el promotor se encuentra suspendida o extinguida.

Teniendo en cuenta los elementos mencionados podemos afirmar que la previsión contenida en el inciso cuarto del art. 7.2 del texto refundido establece un trato diferenciado en tanto en cuanto, según su tenor literal, los llamados partícipes en suspenso, si bien mantienen la integridad de sus derechos patrimoniales, no tendrían derecho a participar en la designación de los miembros de la comisión de control cuando se opta por la modalidad de designación directa a través del acuerdo de «la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa». En resumen, los partícipes del plan que se encuentren en activo podrán designar, a través de sus representantes en la empresa, a los integrantes de la comisión de control del plan; por el contrario, aquellos que no se encuentren en activo (por encontrarse en excedencia, en situación de jubilación u otras situaciones similares) no podrán elegir ningún miembro

sino acatar los que sean elegidos en el seno de la empresa.

6. Constatado el hecho de que el precepto legal cuestionado introduce un trato diferenciado entre partícipes en activo y partícipes en suspenso a la hora de designar a sus representantes en la correspondiente comisión de control del plan de pensiones de empleo de que se trate, debemos analizar ahora si esa diferencia de trato resulta objetivamente justificada y razonable y si supera el juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Pues bien, adelantamos ya que no se encuentra en la norma ninguna justificación objetiva y razonable que avale la exclusión de determinados partícipes en el proceso de designación de sus representantes en el seno de una comisión que toma decisiones relevantes para el desarrollo del plan, sin que sea suficiente el argumento de la especial vinculación de estos planes de pensiones de empleo al proceso de negociación colectiva.

En efecto, si bien es cierto, como subraya el Tribunal Supremo, que los planes de empleo son «un instrumento de acción protectora profesional», un instrumento de retribución diferida –como dijimos en la STC 206/1997, de 27 de noviembre, (FJ 7)–, que guarda una inescindible conexión con las relaciones laborales colectivas en cuyo seno se gestan, constituyéndose como «instituciones de matriz colectiva que la Ley ha querido vincular a los procesos de representación y negociación colectiva en las empresas» –rasgo distintivo que se ve acentuado a partir de las reformas introducidas en la redacción original de la Ley 8/1987 por parte de la Ley 24/2001, como ya señalamos antes–, también lo es que esta lógica de potenciación de la negociación colectiva como fuente y escenario de los planes de pensiones de empleo colectiva no justifica en sí misma

(y en todo caso no resulta proporcional al resultado perseguido) la exclusión de todo un colectivo de partícipes, que no pueden designar por sí mismos a ninguno de los miembros que han de representar sus intereses específicos, por el mero hecho de no hallarse en activo en la empresa.

En definitiva, la opción del legislador, totalmente legítima, de vincular el plan de empleo a la negociación colectiva deviene, finalmente, vulneradora del principio de igualdad, pues impone a los partícipes en suspenso un «sacrificio» demasiado gravoso en relación con el posible fin –que por otra parte no aparece explicitado en la norma– que perseguiría la atribución de esa facultad de designación de los miembros de la comisión de control a la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. Existen alternativas menos restrictivas que no pondrían en entredicho la vinculación a la negociación colectiva de estos planes. El hecho, por último, de que el precepto cuestionado no imponga un determinado procedimiento (puede ser por elección o por designación) ni una determinada modalidad de procedimiento (designación por la comisión negociadora, designación por elección de los representantes o modalidad mixta) no libera a la modalidad cuestionada de la tacha de inconstitucionalidad que se le atribuye.

7. En conclusión, la aplicación de la doctrina constitucional expuesta y la inexistencia de una causa proporcional que justifique la no participación de los partícipes en suspenso en el procedimiento de designación de sus representantes en la comisión de control conducen a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad promovida, con la consiguiente nulidad del inciso referido a la «designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores de la empresa» de la primera frase del inciso cuarto del precepto legal

cuestionado. Asimismo, y por lo que respecta a los planes de empleo de promoción conjunta, a los que se refiere la segunda frase del inciso cuarto del art. 7.2 del texto refundido, debe declararse la inconstitucionalidad y nulidad del inciso relativo a «por parte de la representación de empresas y trabajadores» en tanto en cuanto también supone la exclusión de los partícipes en suspenso en el procedimiento de designación de los miembros de la comisión de control.

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 la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nula la primera frase del inciso cuarto del art. 7.2 del texto refundido de regulación de los planes y fondos de pensiones, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; en concreto la referencia a la «designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores de la empresa», así como la referencia contenida en la frase segunda del mismo inciso relativa a «por parte de la representación de trabajadores y empresas en dicho ámbito» en relación a los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugení Gay Montalvo*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA DOÑA ELISA PÉREZ VERA RESPECTO DE LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DE ESTETRIBUNAL DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 933-2008, AL QUE PRESTA SU ADHESIÓN EL MAGISTRADO DON PASCUAL SALA SÁNCHEZ

1. Pese al respeto personal que, como siempre, me merece el criterio mayoritario reflejado en la Sentencia, me siento en la obligación de ejercitar frente a él la facultad prevista en el artículo 90.2 LOTC, expresando a través de este Voto mi disidencia tanto con el fallo como, señaladamente, con los argumentos que lo sustentan.

La Sentencia de la que discrepo estima la cuestión planteada, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de dos frases del inciso cuarto del art. 7.2 del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones (en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre), al que se refiere el fallo, por entender que el nombramiento de los miembros de la Comisión de Control de los planes de pensiones del sistema de empleo a través de la fórmula de designación por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa supone una exclusión de los partícipes en suspenso, contraria a las exigencias del art. 14 CE. En concreto, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad recae sobre la referencia a la «designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores de la empresa» de la primera frase, así como sobre la mención de la segunda frase a la designación «por parte de la representación de trabajadores y empresas de dicho ámbito» en los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta.

Mi discrepancia con la Sentencia se fundamenta esencialmente en dos obje-

ciones, una de naturaleza procesal y la otra referida al fondo del asunto.

2. La primera objeción se suscita por la extensión directa, y no por conexión, de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad a un supuesto que no es aplicable ni relevante para la solución del procedimiento del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad soslayando este extremo. Esto es, como resulta del fundamento jurídico 2 de la Sentencia, el juicio de constitucionalidad se extiende desde el primer momento a la designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios en las Comisiones de Control tanto en los planes de pensiones del sistema de empleo (primera parte del inciso cuarto del referido art. 7.2), como en «los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta» (segunda parte del mismo inciso).

En efecto, el proceso a quo planteado por la Asociación de Prejubilados de Telefónica se refiere exclusivamente a los planes de pensiones del sistema de empleo contemplado en la primera parte del referido art. 7.2, inciso cuarto, sin referencia, por tanto, a los planes de promoción conjunta.

No niego que la conclusión alcanzada por la Sentencia de la que discrepo respecto a los planes de promoción conjunta pueda resultar admisible, a la vista de la previsión del art. 39.1 LOTC. Ahora bien, para alcanzar dicho fallo debería haber seguido otro iter en lugar del emprendido que, según mi criterio, no resulta procesalmente correcto de conformidad tanto con la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad contenida en la LOTC como con la propia doctrina de este Tribunal. El fundamento jurídico 2 claramente pone de relieve que la Sentencia incluye como objeto propio de la cuestión de inconstitucionalidad ambas partes del art. 7.2, inciso cuarto, con el controvertible argumento de que, como subraya el Tribunal Supremo, la previsión discutida también se aplica a

los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta. Si así se estimaba, la forma de proceder, en buena técnica procesal, no es soslayar los presupuestos que el art. 35.1 LOTC impone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, sino abordar expresamente, de acuerdo con el art. 39.1 LOTC, si existía o no conexión de la segunda parte con la anterior, para, en su caso, proceder también a la declaración de inconstitucionalidad de la última. Así, por ejemplo, lo hizo la STC 3/1983, de 25 de enero, que declaró la inconstitucionalidad del recargo del 20 por 100 que había de consignarse para recurrir en casación de acuerdo con el art. 170 Ley de procedimiento laboral (único precepto objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en aquel caso), y extendió esa declaración, por conexión, no sólo a los preceptos que se referían a dicho recargo en relación con el recurso de casación, sino también respecto a los que lo establecían para el recurso de suplicación por incurrir en la misma causa de inconstitucionalidad.

Éste entiendo habría sido el correcto proceder y no el que lleva a cabo la Sentencia de la que discrepo, que elude el imprescindible presupuesto de la relevancia del precepto discutido, entendida como la dependencia o nexo de subordinación entre la validez de la norma cuestionada y el fallo del proceso (por todas, STC 3/1993, de 14 de enero, FJ 1).

3. Por lo que se refiere a la segunda objeción, el pronunciamiento de la Sentencia se hace después de sentar la premisa (FJ 3) de la importante función complementaria de estos planes al nivel obligatorio y público de protección social, de recordar su integración como un componente más del ámbito de las relaciones laborales en la empresa, particularmente en el ámbito de la negociación colectiva, y de declarar su esencial e íntima caracterización laboral. La Sentencia asume, pues, una noción amplia de la figura de partícipe del plan de pensiones de em-

pleo; noción que se traza con base en la vinculación laboral a la empresa, esto es, definiendo una unidad esencial de la noción de trabajador a dichos efectos, que en este ámbito no quedaría reducida a quien en la actualidad desarrolla la prestación de servicios.

No obstante, se afirma seguidamente que «resulta lógico» que la designación de un órgano representativo de los intereses «de varias personas o grupos» se atenga al principio democrático. Y como quiera que los intereses de los partícipes en suspenso «no tienen por qué coincidir con los de los trabajadores en activo», que son quienes participan en la elección de los representantes de los trabajadores a los que el inciso legal cuestionado habilita para la designación de la comisión de control del plan, el resultado será que se produce un trato diferenciado en perjuicio de la participación de los partícipes en suspenso que, al no encontrarse en activo y no participar en la elección de aquellos representantes, dice ahora la Sentencia (FJ 5, in fine), «no pueden considerarse integrados en la noción de “trabajadores en la empresa”». Esa diferencia de trato, termina nuestra resolución, no tiene justificación objetiva y razonable ni es proporcionada, pues no encuentra fundamento en la matriz colectiva de estos planes ni en la función representativa de las organizaciones sindicales o las representaciones unitarias, dado que equivaldría a dotarles de exclusividad representativa cuando existen otras fórmulas menos restrictivas.

En esencia, mi discrepancia se refiere al juicio de igualdad realizado. En efecto, se fija un punto de partida que no creo correcto pues convierte en un imperativo del art. 14 CE una determinada concepción de la representación de intereses, que se asocia indefectiblemente al juego del principio democrático entendido en términos absolutos, lo que conduce a esquemas de representación ajenos a los que, fundados en la idea de la representación institucional, operan con total nor-

malidad y, con fundamento constitucional, en el ámbito de la gestión de los intereses de los trabajadores. Por ello, frente a lo que hace la resolución de la que discrepo, la clave de nuestro análisis debería haberse situado en la existencia de efectiva representación o de representación material de los interesados puesto que, cuando se invoca la desigualdad en la representación de intereses –en este caso de los que se debaten en la comisión de control del plan–, sólo habrá exclusión efectiva de un colectivo laboral si el colectivo no se encuentra verdaderamente representado. Y para declarar que ese déficit existe en la fórmula de designación cuestionada, la Sentencia debería argumentar o bien que el partícipe en suspenso no es un trabajador o que, aun siéndolo, los representantes de los trabajadores que la Ley habilita a ese fin de defensa de intereses no le representan. Sin embargo, la Sentencia no aborda ni argumenta ese elemento central; lo soslaya por el contrario apodícticamente, con una declaración de principio, olvidando su enfoque inicial.

De este modo, se obvia que lo que hace la Ley, en mi opinión, es configurar el concepto de partícipe conforme a una noción amplia de trabajador, vinculando estos planes de pensiones a la acción protectora profesional, contextualizándolos en la empresa y en las relaciones laborales colectivas, y asignando, en coherencia con todo ello, la función representativa a órganos e instancias de representación de los trabajadores constitucional y legalmente previstas. Y esto, salvo que se acredite que los denominados partícipes en suspenso no son trabajadores o que no son representados materialmente por los representantes de los trabajadores que la Ley cita, es perfectamente compatible con el principio de igualdad, además de ajustado a la lógica de las relaciones laborales y defensa de intereses en las mismas, más aún si no desconocemos el contexto de sindicali-

zación real de las representaciones unitarias (tenida en cuenta por ejemplo en nuestra STC 191/1996).

4. El planteamiento de la Sentencia, en suma, estableciendo una diferenciación de intereses entre los trabajadores en activo y los restantes partícipes del plan de pensiones, navega por el peligroso filo de la quiebra de los intereses laborales colectivos y de la representación constitucional y legalmente prevista para los mismos, acogiendo un esquema individualizador, una concepción personalísima de los derechos de los trabajadores, cuando no corporativa, que traspone esquemas de apoderamiento y representación del Derecho privado al ámbito de las relaciones laborales, en las que, como vimos, tienen su contexto los planes de pensiones de empleo.

En ese sentido, se impone recordar que, como advirtiera el Pleno de este Tribunal hace más de veinticinco años al analizar la posibilidad de pactos colectivos sobre la jubilación de los trabajadores (STC 58/1985, de 30 de abril), deben rechazarse las visiones privatistas de las facultades representativas, puesto que la Constitución Española ha reconocido a los «representantes de los trabajadores y empresarios» un poder de regulación afectado a un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto, que actúa, en la parte laboral, a través de la representación institucional que ostentan no sólo los Sindicatos sino, como allí decíamos, también los Comités de Empresa, y que se conforman de acuerdo a una representación institucional y por tanto de representación de intereses colectivos, no de voluntades individuales o plurales.

Y siendo así, no se entiende que la Sentencia de la que discrepo no justifique por qué los representantes de los trabajadores en la empresa no pueden atender efectivamente a los intereses de todos los partícipes del plan de pensiones del sis-

tema de empleo, o que declare pero tampoco justifique por qué pueden llegar a diferir, al punto de afectar a la atribución de la representación de los mismos, los intereses de unos y otros partícipes, únicos factores que podría conllevar, en su caso, la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por vulneración del art. 14 CE. En otras palabras, el juicio sobre la conformidad o disconformidad de la norma aquí enjuiciada era una cuestión que debía estudiarse no tanto desde la afirmación de la existencia de otras hipótesis de representación, sino desde el examen del contenido y efectividad de la representación de intereses que se atribuye a tal instancia representativa en la norma que constituía el objeto de este procedimiento constitucional.

En suma, de acuerdo con todo lo expuesto, entiendo que debería haberse desestimado la cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.–*Elisa Pérez Vera.*–*Pascual Sala Sánchez.*–Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 129/2010, de 29 de noviembre de 2010. Conflicto positivo de competencia 1501-2008. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid respecto del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes. Competencias sobre ordenación general de la economía, vivienda, organización de la Administración autonómica y juventud: subvenciones destinadas al apoyo económico para el pago del alquiler de la vivienda habitual y permanente de los jóvenes. Delimitación parcial. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente

Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el conflicto positivo de competencia núm. 1501-2008, planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes. Ha formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha 25 de febrero de 2008 el Letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que legalmente ostenta del Consejo de Gobierno de dicha Comunidad Autónoma, promueve conflicto positivo de competencia contra el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

El conflicto se fundamenta en las alegaciones que, resumidamente, se exponen a continuación.

Tras hacer referencia a los antecedentes del presente conflicto y al cumplimiento de los requisitos procesales para interponerlo, el Letrado de la Comunidad de Madrid se refiere al contenido de la norma impugnada y a los títulos competenciales que entiende afectados en la presente controversia. Así, indica que el

estatal sería el derivado del artículo 149.1.13.^a CE, mientras que los autonómicos serían los relativos a procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia [artículo 26.1.1.3 del Estatuto de Autonomía de Madrid (EAM)], vivienda (artículo 26.1.1.4 EAM) y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud (artículo 26.1.1.24 EAM), respecto a los cuales corresponde a la Comunidad de Madrid la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva. Seguidamente afirma, con cita de la STC 133/1997, de 6 de abril, que el título competencial estatal del artículo 149.1.13.^a CE no puede tener carácter prevalente sobre los títulos competenciales autonómicos ni vaciar las competencias autonómicas, siendo preciso proceder a una interpretación restrictiva del mismo puesto que, por imperativo constitucional, ha de respetar las competencias propias de cada Comunidad Autónoma.

A continuación, tras recordar la doctrina constitucional en materia de subvenciones, la representación procesal de la Comunidad de Madrid alega que el Real Decreto 1472/2007 no se ajusta a esa doctrina, por cuanto a través del mismo se están desconociendo las competencias exclusivas de la Comunidad de Madrid, pretendiendo el Estado atribuirse el ejercicio de las competencias que, en esos ámbitos, corresponderían a la Comunidad de Madrid. Conforme al escrito de interposición resulta posible una actividad promocional del Estado en materia de vivienda al amparo del artículo 149.1.13.^a CE, tal como se desprende de las SSTC 152/1988 y 59/1995, pero dicha intervención ha de ajustarse a los supuestos de delimitación competencial a los que pueden reconducirse los distintos modelos de regulación subvencional, que han sido sistematizados por este Tribunal en la STC 13/1992, de 6 de febrero. En coherencia con ello considera que no procede un régimen de gestión y

consignación centralizada de las ayudas, reservándose el Estado el pago de las mismas y remitiendo su gestión a la suscripción de un convenio de colaboración con el Ministerio de Vivienda, pues todo ello hace irrelevante la intervención de la Comunidad Autónoma, sin que tampoco se den aquí los supuestos –limitación de los fondos y necesidad de garantizar la igualdad en los destinatarios– en los que se permitiría la centralización de actuaciones de este tipo en la Administración General del Estado. En consecuencia lo procedente resultaría ser la gestión descentralizada de estas ayudas, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las funciones de normación y ejecución en los términos del denominado segundo supuesto del fundamento jurídico 8 de la ya citada STC 13/1992. La conclusión de todo ello es que el Real Decreto controvertido no respetaría las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma en la materia sobre la que recae la subvención, así como tampoco su autonomía financiera, consagrada en el artículo 156 CE.

A continuación el escrito de interposición del conflicto interesa subsidiariamente la declaración de inconstitucionalidad, por extralimitación competencial de determinados preceptos del Real Decreto 1472/2007. Así, respecto al artículo 3.3.a), señala que, en cuanto prevé como requisito para la percepción de la ayuda la domiciliación bancaria en alguna de las entidades colaboradoras del Ministerio de Vivienda, vulnera las competencias de gestión que corresponden a la Comunidad de Madrid, lo que también se reprocha al artículo 3.4, párrafo segundo, en lo relativo a la comunicación al Ministerio de Vivienda de la resolución en la que se modifiquen las condiciones que determinaron el reconocimiento del derecho a la ayuda. Al artículo 4 se le achaca que, al regular el procedimiento de concesión, desconoce las competencias autonómicas, al punto

que difiere la gestión de las ayudas a lo que al respecto se establezca en un convenio de colaboración a suscribir con el Ministerio de Vivienda; en particular se cuestiona lo dispuesto en su apartado 3, en cuanto establece que el modelo de solicitud será fijado por el Ministerio de Vivienda. En lo que respecta al artículo 5.c) se estima inconstitucional al regular los medios documentales necesarios para acreditar la existencia de una fuente regular de ingresos, cuestión que entraría dentro del ámbito competencial de la Comunidad de Madrid. La referencia a la «Administración Pública competente» del primer párrafo del artículo 6 también se estima contraria al orden competencial si con la misma se estuviera haciendo mención a la Administración General del Estado, pues es la Comunidad de Madrid la competente para la gestión procedimental y para la ordenación del pago. En cuanto al artículo 7.2.a) el Letrado de la Comunidad de Madrid señala que el Estado carece de competencias para imponer, aun cuando sea por vía convencional, la creación de ventanillas únicas para presentar y tramitar las solicitudes. Al artículo 8, relativo a los convenios de colaboración a suscribir por el Ministerio de Vivienda con entidades de crédito, se le imputa la infracción de las competencias autonómicas para la tramitación y pago de las ayudas, lo que también se reprocha al artículo 9.1, párrafo segundo, al disponer la compatibilidad de la renta básica de emancipación con las subvenciones, ayudas o beneficios fiscales que establezcan las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias. La disposición adicional segunda se entiende limitadora de las competencias autonómicas para establecer requisitos adicionales para la concesión de la ayuda, pues considera dicha facultad como excepcional y la condiciona al previo informe favorable de una comisión de seguimiento del convenio de colaboración a suscribir con el Ministerio de Vivienda.

Por último alega que la disposición final segunda, al habilitar al Ministro de Vivienda para desarrollar lo dispuesto en el Real Decreto 1472/2007, está obviando las competencias autonómicas de regulación y gestión de la ayuda.

Por todo ello suplica la estimación del conflicto, declarando que el Real Decreto 1472/2007 vulnera las competencias de la Comunidad de Madrid y, que por ello, es inconstitucional y nulo. Subsidiariamente solicita la estimación parcial del conflicto, declarando inconstitucionales y nulos los artículos 3.3.a), 3.4, párrafo segundo, 4, 5.c), 6, 7.2.a), 8, 9.1, párrafo segundo, disposición adicional segunda y disposición final segunda.

2. Por providencia de 2 de abril de 2008 el Pleno del Tribunal Constitucional acordó, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), conceder a la parte recurrente un plazo de diez días a fin de que acreditase la existencia del correspondiente acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se promueve el presente conflicto positivo de competencia, lo que se produjo mediante escrito del Letrado de la Comunidad de Madrid registrado en este Tribunal Constitucional el día 15 de abril de 2008.

3. Mediante providencia de 22 de mayo de 2008 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite el presente conflicto; atribuir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, a la Sala Segunda, a la que por turno objetivo le ha correspondido, el conocimiento del presente conflicto; dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Nación, al objeto de presentar alegaciones en el plazo de veinte días; comunicar la incoación del conflicto a la Sala de lo Contencioso-Admi-

nistrativo del Tribunal Supremo, por si ante la misma estuviera impugnado o se impugnare el citado Real Decreto, en cuyo caso se suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto, según dispone el artículo 61.2 LOTC, y publicar la incoación del conflicto en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

4. Por escrito de 29 de mayo el Abogado del Estado se personó en el proceso solicitando una prórroga del plazo concedido para formular alegaciones, prórroga que le fue concedida mediante providencia de la Sala Segunda de 30 de mayo de 2008. El escrito de alegaciones del Abogado del Estado se registró el día 30 de junio de 2008. En dicho escrito se opone a la demanda por las razones que se recogen a continuación.

Señala en primer lugar la necesidad de realizar una precisión previa relacionada con el objeto del conflicto, pues estima que, aun cuando se dirige formalmente contra la totalidad del Real Decreto 1472/2007 y sólo de forma subsidiaria contra determinados preceptos del mismo, en la demanda se admite que el Estado puede dictar una norma sobre renta básica de emancipación de los jóvenes y, a partir de ese reconocimiento, únicamente discute la constitucionalidad de determinados preceptos que habrían invadido funciones ejecutivas autonómicas. Por ello estima que la demanda no levanta la carga de alegar y razonar la inconstitucionalidad de los preceptos del Real Decreto 1472/2007 no incluidos en la subsidiaria petición de anulación del suplico, por lo que procedería la desestimación del conflicto respecto de los no incluidos en dicha petición subsidiaria.

Acomete a continuación la tarea de justificar la competencia estatal para el dictado del Real Decreto 1472/2007, indicando que el carácter exclusivo de las competencias autonómicas no puede servir de fundamento para restringir las

competencias exclusivas que al Estado reconoce la Constitución, de manera que los títulos competenciales estatales de los artículos 149.1.1.^a y 13 CE suponen una importante matización a la exclusividad de la competencia autonómica en materia de vivienda, de suerte que el Estado puede, con una perspectiva nacional, efectuar una programación de los recursos presupuestarios que hayan de asignarse a la promoción del derecho de todos los españoles a una vivienda digna, programación que también supone un elemento esencial de la política económica a la vista de su incidencia final en los mercados inmobiliario y de trabajo. De ese modo resulta innegable que, en un aspecto fundamental para la ordenación y planificación del sector de la vivienda, como son las ayudas al alquiler, se ha de conjugar la competencia estatal en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del artículo 149.1.13.^a CE con las competencias exclusivas que han asumido las Comunidades Autónomas. De esta manera el principio de unidad económica que la Constitución y la doctrina de este Tribunal han reconocido resultaría, para el Abogado del Estado, determinante a la hora de juzgar el presente conflicto, pues caben pocas dudas de que la disposición impugnada se sitúa en la ordenación general de la economía, ya que el Real Decreto 1472/2007 no es sino una medida de política económica de la que se beneficia un determinado sector de la población para fomentar el mercado inmobiliario en su modalidad de arrendamiento que actúa directamente sobre los mercados de bienes y servicios a nivel nacional.

Recuerda seguidamente la doctrina constitucional en materia de subvenciones haciendo referencia a la contenida en la STC 13/1992, deteniéndose en los supuestos de las letras *b*) y *d*) de su fundamento jurídico 8, relativo, el primero, a la completa gestión autonómica, y el segundo a la gestión centralizada por el

Estado y señalando que esa genérica enumeración de casos no excluye otros que pudieran derivarse de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, en particular el que aquí se trata, en el que la gestión de la subvención se entrega a la Comunidad Autónoma, reservándose el Estado exclusivamente el acto del pago, en cuanto que esa facultad ejecutiva resulta ser necesaria para asegurar la plena efectividad de las medidas y garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios, evitando que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. De esta forma la disposición impugnada encajaría en el último supuesto que relaciona el fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, resultando constitucionalmente admisible la regulación de las ayudas que establece.

Finalmente el Abogado del Estado descarta que la norma vulnere la autonomía financiera de la Comunidad de Madrid, por cuanto el Estado puede destinar fondos para el fomento de una materia aunque ésta sea de la exclusiva competencia autonómica, sin que se impida con ello el establecimiento de requisitos adicionales, peculiares o diferentes a los señalados por el Estado en las actuaciones protegidas por éste en materia de vivienda. Por tanto estima que no trata de una cuestión que ataña a la autonomía financiera, sino que es puramente competencial. Con esta última perspectiva examina los reproches que la demanda dirige específicamente contra los preceptos del Real Decreto 1472/2007 cuya anulación se solicita de forma subsidiaria. Así, respecto a los artículos 3.3.a), 3.4 y 8, cuestionados todos ellos por atribuir al Ministerio de Vivienda, a través de entidades colaboradoras, la autorización de los pagos a los beneficiarios de las ayudas, estima que a los mismos les resulta de aplicación la doctrina de la STC 152/1988 a fin de asegurar la efectividad de las medidas y garantizar las mismas posibilidades de ob-

tención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, siendo a la vez un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos o de los créditos que hayan de destinarse al sector. En el presente supuesto las potestades de gestión reservadas al Estado se limitan a la celebración de convenios con las entidades de crédito y a la autorización del pago de la ayuda, posibilidad cuya corrección técnica habría sido confirmada por este Tribunal en la STC 95/1986, pues con esa reserva competencial se asegura la igualdad en el disfrute por parte de los potenciales destinatarios y se evita que se sobrepase la cuantía global de los fondos destinados al sector. En cuanto al procedimiento de concesión de la renta básica estima que el artículo 4 establece un mecanismo perfectamente legítimo para articular la gestión autonómica con la naturaleza estatal de los fondos, mecanismo que tiene por objeto permitir al Estado el efectivo conocimiento de los pagos que van realizando las Comunidades Autónomas y garantizar que no se supera el límite máximo presupuestado y que se realiza una equitativa distribución de los recursos limitados, siendo la previsión de su apartado 3, respecto al modelo a utilizar, la única centralización que el Estado ha considerado necesaria. Por lo que respecta al artículo 3.4, cuestionado en lo relativo a la comunicación al Ministerio de Vivienda de la modificación de las condiciones que motivaron la ayuda, estima que resulta imprescindible para el adecuado ejercicio de la función de pago que el Estado se reserva. Del artículo 5.c) destaca que tiene por misión garantizar una mínima homogeneidad en el tratamiento de los interesados, estando amparado por la competencia estatal ex artículo 149.1.13.^a CE. Estima, respecto al artículo 6, que es claramente interpretable de forma conforme con el orden constitucional de competencias, entendiéndose que las referencias a la Administración pública competente se refieren al órgano

competente de las Comunidades Autónomas. La impugnación del artículo 7.2.a), relativa a la previsión de ventanillas únicas como parte de los convenios a suscribir con las Comunidades Autónomas, se desecha señalando que esta previsión no predetermina el órgano autonómico donde hayan de presentarse las solicitudes, sino que trata de garantizar una mínima igualdad en el tratamiento de los interesados y de satisfacer la exigencia constitucional de coordinación. En cuanto al artículo 9.1 estima que, tratándose de una ayuda estatal, al Estado corresponde determinar su régimen de compatibilidad con otras ayudas o beneficios, sin perjuicio de la posibilidad autonómica de, al disciplinar las ayudas propias, especificar su incompatibilidad con ayudas o beneficios estatales. Por último descarta la inconstitucionalidad de la disposición adicional segunda, señalando que la referencia al necesario informe de una comisión para el establecimiento de requisitos adicionales para la concesión de la renta básica no impide a la Comunidad Autónoma el desarrollo de las competencias propias en materia de vivienda, así como de la disposición final segunda, en tanto que el Estado dispone de competencias para dictar los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona.

5. Por providencia de 25 de noviembre de 2010, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente proceso constitucional tiene por objeto resolver el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid frente al Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

Para el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid la disposición impugnada vulnera su autonomía financiera así como sus competencias en materia de vivienda, organización propia y juventud, dado que se establece un régimen de consignación y gestión centralizada de las ayudas que hace irrelevante la intervención de la Comunidad Autónoma, ignorando así la doctrina constitucional recaída en relación con las subvenciones (singularmente, la STC 13/1992, de 6 de febrero). Por el contrario el Abogado del Estado sostiene que la ayuda establecida en el Real Decreto 1472/2007 encontraría amparo en la competencia estatal del artículo 149.1.13.^a CE, de manera que las funciones que el Estado se reserva se justificarían en atención a la necesidad de garantizar la eficacia de las ayudas así como la igualdad de los solicitantes, evitando, al mismo tiempo, que se sobrepase la cuantía global de los fondos destinados a esta finalidad.

2. Antes de entrar en el análisis del conflicto planteado debemos ponderar los efectos que pueda tener sobre la controversia trabada en el mismo el hecho de que algunos preceptos del Real Decreto 1472/2007, objeto del presente conflicto, hayan sido, durante la pendencia del presente proceso, modificados por los Reales Decretos 366/2009, de 20 de marzo, y 1260/2010, de 8 de octubre. A este respecto es posible apreciar que aun cuando algunas de las modificaciones introducidas en la regulación de la denominada renta básica de emancipación se han producido en preceptos que han sido objeto de impugnación subsidiaria por la representación procesal de la Comunidad de Madrid (caso de los artículos 4, 5 y 6), tales modificaciones no afectan a los aspectos que se controvierten en el presente proceso, de carácter netamente competencial y centrado en la extralimitación de las competencias estatales a la hora de regular la meritada renta básica de emancipación y

la consiguiente vulneración de las competencias autonómicas relacionadas con la gestión y pago de la misma. Por ello, habiendo resaltado nuestra doctrina (STC 33/2005, de 17 de febrero, FJ 2) la necesidad de «huir de todo automatismo en los efectos que en los procesos conflictuales quepa conceder a las modificaciones sobrevenidas de las disposiciones discutidas, y estar sustancialmente a la persistencia o no de la controversia competencial, esto es, a si la disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes», es posible concluir que la modificación de la norma no ha afectado a los términos en los que la Comunidad de Madrid planteó la controversia competencial sobre la que se requiere el pronunciamiento de este Tribunal. La única excepción a lo anteriormente expuesto viene dada por el artículo 4.3, cuestionado subsidiariamente por la Comunidad de Madrid por hacer referencia a un modelo de solicitud que se establecería por Orden del Ministerio de la Vivienda, pues el artículo único.uno.3 del Real Decreto 366/2009 ha modificado este precepto de forma que el mismo ya no hace referencia a la exigencia de un modelo concreto de solicitud, sino solamente a que la solicitud a presentar ha de contener, al menos, los datos incluidos en el que se adjunta como anexo. Coherentemente con ello la disposición derogatoria de este Real Decreto 366/2009 ha dejado sin efecto la Orden VIV/3568/2007, de 29 de noviembre, por la que se determina el modelo de solicitud de la renta básica de emancipación establecida en el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre. Por esta razón, en la medida en que la norma estatal ya no hace referencia a la imposición de un modelo predeterminado, sino que, aun cuando sea por referencia a los incluidos en un modelo cuya utilización no se impone a las Comunidades Autónomas, se limita a establecer los datos mínimos que han de constar en el modelo que se vaya a utilizar es posible apreciar que ha desapa-

recido la controversia trabada en relación al artículo 4.3.

Igualmente resulta imprescindible, como paso previo a la realización de nuestro enjuiciamiento, delimitar de forma precisa el objeto de este conflicto positivo de competencia. Lo primero que debemos señalar es que, pese a que el conflicto se dirige formalmente contra la totalidad del Real Decreto 1472/2007, el escrito de interposición no se detiene en todos y cada uno de sus preceptos sino que, de hecho, admite implícitamente la competencia estatal para destinar recursos presupuestarios a esta cuestión, centrando sus quejas en los aspectos relacionados con la consignación y gestión centralizada de esta ayuda. Por ello, confirmando lo apuntado por el Abogado del Estado, hemos de entender que el reproche que se le formula al Real Decreto 1472/2007 es predicable únicamente de aquellos preceptos –que se dicen impugnados con carácter subsidiario– respecto de los cuales la demanda, centrada en discutir el alcance de la potestad subvencional en relación con las competencias en materia de vivienda en lo relativo a la gestión procedimental y pago de las ayudas, contiene la argumentación imprescindible para hacer posible el pronunciamiento de este Tribunal, esto es, respecto de los artículos 3.3.a); 3.4, párrafo segundo; 4, salvo su apartado 3; 5.c); 6; 7.2.a); 8; 9.1, párrafo segundo; disposición adicional segunda y disposición final segunda del Real Decreto 1472/2007, a los que más adelante aludiremos en detalle.

3. Tratándose de una controversia competencial en materia de subvenciones procede recordar ahora que es constante nuestra doctrina (por todas, STC 65/2010, de 18 de octubre, FJ 5), acerca de la necesidad de incardinar las ayudas o subvenciones que puedan establecerse en las distintas áreas o segmentos de la acción pública en la que proceda encuadrar las subvenciones de que se trate según la

distribución constitucional de competencias existente en la materia. En el presente caso, y a pesar de que la Comunidad de Madrid ha alegado también la vulneración de otros títulos competenciales propios, es posible apreciar que ambas partes están de acuerdo en el encuadramiento competencial de la cuestión controvertida en la materia vivienda. Apreciación que, aplicando nuestra doctrina acerca de que la inclusión de una competencia genérica debe ceder ante la competencia específica (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 2, y 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3, entre otras), no cabe sino confirmar por tratarse, efectivamente, de la materia competencial más directamente afectada de todas las que se han traído al proceso. De hecho la discusión trabada entre las partes versa sobre la incidencia que en la materia vivienda, de competencia exclusiva de la Comunidad de Madrid en los términos del artículo 26.1.1.4 de su Estatuto de Autonomía, puedan tener las competencias estatales relacionadas con la misma, singularmente la prevista en el artículo 149.1.13.^a CE. Consiguientemente la cuestión planteada en el presente conflicto ha de centrarse en determinar si la actuación estatal se halla justificada por la competencia que el artículo 149.1.13.^a CE le atribuye sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Relacionado con ello no es impertinente recordar que nuestra doctrina (SSTC 152/1988, de 20 de julio, y 59/1995, de 17 de marzo) ha admitido la facultad estatal de intervenir en materia de vivienda, y en concreto en la actividad promocional en la materia, amparándose en lo previsto en las competencias básicas del Estado derivadas del artículo 149.1.13.^a CE, posibilidad de intervención estatal en materia de ayudas en el ámbito de la vivienda que, por lo demás, también es expresamente admitida en la demanda. Estamos pues, en un ámbito material en el que el diseño del

texto constitucional propugna un equilibrio entre los diferentes sujetos constitucionales en presencia, que deberán repartirse facultades sin en ningún caso anular a los otros y teniendo siempre presente la necesidad de cooperación entre ellos. Por ello lo que debemos comprobar acto seguido es si, en los concretos preceptos a los que ya hemos aludido del Real Decreto 1472/2007, el Estado se ha excedido en el ejercicio de las competencias que le reconoce dicho precepto constitucional, invadiendo, por tanto, las competencias de la Comunidad de Madrid en materia de vivienda.

4. A fin de responder a las cuestiones planteadas en el presente conflicto hemos de partir del concreto contenido de la norma impugnada. Conforme a su artículo 1 su finalidad es establecer un conjunto de ayudas directas del Estado destinadas al apoyo económico para el pago del alquiler de la vivienda que constituye el domicilio habitual y permanente de personas de edades comprendidas entre los 22 y 30 años. Con ese propósito se establecen los requisitos que habrán de reunir los beneficiarios y su forma de acreditación, así como el modo de verificación de los datos aportados (artículos 2, 5 y 6), la cuantía y condiciones de disfrute de las ayudas que integran esta renta básica (artículo 3), su procedimiento de concesión (artículo 4), la celebración por el Ministerio de la Vivienda con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, así como con entidades de crédito, de convenios relativos a la gestión y al pago de las ayudas, respectivamente (artículos 7 y 8) y el régimen de compatibilidad de las ayudas (artículo 9). La disposición transitoria única regula la aplicación de las ayudas a jóvenes ya emancipados, las disposiciones adicionales hacen referencia al seguimiento y evaluación de las medidas contenidas en la norma, a las actuaciones de las Comunidades Autónomas y al régimen de titularidad de las viviendas, y las disposi-

ciones finales regulan los títulos competenciales que ampararían el dictado de la norma, las facultades de desarrollo y ejecución y su entrada en vigor.

Conforme apuntamos en el fundamento jurídico 2 hemos de entender que la representación procesal del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid considera que incurren en extralimitación competencial los artículos 3.3.a), en cuanto prevé como requisito para la percepción de la renta básica de emancipación la domiciliación bancaria de la ayuda en alguna de las entidades de crédito colaboradoras del Ministerio de Vivienda, y 3.4, párrafo segundo, en cuanto prevé la comunicación al Ministerio de la Vivienda de la modificación de las condiciones que motivaron el reconocimiento de la ayuda; el artículo 4, relativo al procedimiento de concesión de la renta básica, excepto su apartado 3; el artículo 5.c), en lo referente a los medios documentales para acreditar la existencia de una fuente regular de ingresos; el artículo 6, en lo relativo a la Administración pública competente para la verificación de los datos en los que se basa la solicitud; el artículo 7.2.a,) en lo que respecta a las ventanillas únicas para la presentación de solicitudes como uno de los contenidos de los convenios de colaboración a suscribir entre el Ministerio de Vivienda y las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla; el artículo 8, que regula los convenios que, para el pago de la ayuda, se suscribirán entre el citado Ministerio y las entidades de crédito; el artículo 9.1, párrafo segundo, en cuanto dispone la compatibilidad de la ayuda con las subvenciones, ayudas, o beneficios fiscales que establezcan las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias; la disposición adicional segunda, en la medida en que condiciona a un informe favorable de la Comisión de Seguimiento que corresponda la posibilidad, calificada de excepcional, de que las Comunidades

Autónomas puedan establecer requisitos adicionales para la concesión de la renta básica de emancipación; y la disposición final segunda, en tanto que habilita al titular del Ministerio de Vivienda para que, en el ámbito de sus competencias, apruebe cuantas disposiciones se precisen para el desarrollo, la ejecución y el cumplimiento de lo establecido en la norma.

5. No cabe ninguna duda, y tampoco se cuestiona directamente por la Comunidad de Madrid, que las competencias estatales ex artículo 149.1.13.^ª CE en relación con la vivienda proporcionan una adecuada cobertura competencial para que el Estado adopte, en tanto que dirigida a la dinamización del mercado de arrendamientos, una iniciativa como la creación de las ayudas englobadas bajo la denominación renta básica de emancipación y, junto a ello, que puedan determinar los posibles beneficiarios, la cuantía que va a ser sufragada con cargo a los fondos estatales; esto es, la aportación misma de recursos estatales que permitan el establecimiento del montante económico de la renta básica así como los requisitos para acceder a las ayudas. Todas ellas son cuestiones directamente ordenadas a la regulación del fin propuesto –facilitar a los jóvenes el acceso a una vivienda digna en régimen de alquiler– formando parte de las condiciones esenciales de otorgamiento de las ayudas aquí previstas, esto es, las exigencias a cumplir para poder acceder a las mismas. Se trata así de aspectos que son elementos centrales de las condiciones de otorgamiento de las ayudas, cuyo carácter detallado resulta una exigencia de su percepción uniforme en todo el territorio nacional, garantizando un trato igualitario a los beneficiarios.

Partiendo, pues, de que no puede negarse la competencia estatal para adoptar medidas tendentes al fomento del mercado del alquiler para los jóvenes, lo cierto es que, al no tratarse de una com-

petencia exclusiva, el alcance de esta actividad de fomento ha de cohererarse con las competencias autonómicas en las cuestiones relacionadas con la gestión de las ayudas. A tal fin hemos inevitablemente de tener en cuenta nuestra reiterada doctrina en materia de subvenciones y ayudas públicas, sin perder de vista que la controversia en realidad se ha trabado en torno a la concurrencia de los supuestos –limitación de los fondos y necesidad de garantizar la igualdad en los destinatarios– en los que, conforme también a nuestra doctrina, se permitiría la centralización de actuaciones de este tipo en un órgano de la Administración General del Estado.

Como recuerda la STC 136/2009, de 15 de junio, FJ 3, remitiéndose expresamente a la STC 13/1992, de 6 de febrero, cuando las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias sobre la materia objeto de la subvención nuestra doctrina ha distinguido entre: a) supuestos en los que el Estado no invoca título competencial alguno, mientras que la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva sobre una determinada materia; b) aquéllos en los que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución; c) casos en los que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, cuya ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma; y d) supuestos de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, pero en los que concurren circunstancias excepcionales que determinan que la gestión de las ayudas pueda ser realizada por el Estado.

Sobre esa base la representación procesal del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid denuncia una extralimitación competencial derivada de que, en atención a los títulos competenciales estatales y autonómicos que resultan de

aplicación en esta materia de las ayudas al alquiler, nos encontraríamos en lo que hemos denominado segundo supuesto de los cuatro que contemplamos en nuestra doctrina, supuesto que, recogido en el FJ 8.b) de la meritada STC 13/1992, concurre cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aun si ésta se califica de exclusiva, o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución, incluyendo en las mismas las relacionadas con la gestión de los fondos.

Sin embargo el Abogado del Estado disiente del anterior planteamiento y considera que la peculiaridad de estas ayudas conlleva que, como excepción, resulte procedente la aplicación a todas ellas de la doctrina recaída en el fundamento jurídico 8.d) de la misma STC 13/1992, en el que dijimos que la gestión centralizada estatal es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia siempre que esa gestión estatal, cuya procedencia habrá de aparecer razonablemente justificada, resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector.

6. Así expuesto, el contenido del Real Decreto 1472/2007, y centrados los términos del debate trabado entre las partes, para su resolución hemos de comenzar analizando las razones aducidas para justificar la concurrencia de la excepción que determina la posibilidad de asunción de competencias de gestión por el Estado, pues nos encontramos en un

caso en el que la potestad de fomento del Estado se hace patente en un ámbito material en el que ostenta competencias básicas. A este respecto, teniendo presente que la centralización en el Estado de funciones relacionadas con la gestión de las ayudas sólo puede tener lugar en supuestos excepcionales que aparezcan plenamente justificados, los argumentos aportados por el Abogado del Estado para justificar la reserva al Estado de tales competencias relacionadas con la gestión y pago de las ayudas no resultan convincentes, ya que no concurren en el caso las circunstancias exigidas por nuestra doctrina. Por lo que respecta a la necesidad de no superar la cuantía de los fondos estatales destinados a esta finalidad es de señalar que, conforme declara el preámbulo del Real Decreto 1472/2007 y se infiere de su artículo 2 al señalar que podrán percibirla todas aquellas personas que reúnan los requisitos, esta renta básica de emancipación se ha configurado de tal forma que su percepción se garantiza a todos aquellos que cumplan las condiciones que la norma establece. Es decir, no nos encontramos aquí ante ayudas cuya cuantía se encuentre limitada de antemano que se otorgan en un régimen de concurrencia competitiva entre los eventuales beneficiarios definidos como «todas aquellas personas que reúnan los siguientes requisitos». Tampoco de la regulación reglamentaria se deduce la existencia de una cuantía global máxima destinada a este fin, puesto que la cuantía de las ayudas es fija con independencia del número de posibles beneficiarios. Así, conforme a la propia configuración de la renta básica de emancipación como un conjunto de ayudas directas del Estado, han de concederse las referidas ayudas en las cuantías al efecto establecidas a todos aquellos solicitantes que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser considerado beneficiario de las ayudas previstas. Por otra parte, abordando lo que toca a la necesaria distribución homo-

gánea y no discriminatoria de las ayudas previstas, tampoco esta necesidad puede ser admitida como argumento justificativo para que el Estado retenga funciones ejecutivas en esta materia, pues su aplicación homogénea en todo el territorio nacional queda también garantizada por la regulación unitaria del Real Decreto, que ha establecido extremos tales como la cuantía, condiciones de disfrute de las ayudas y régimen de compatibilidad, sus posibles beneficiarios así como los requisitos que han de cumplir, bastando aquí con comprobar en las solicitudes de las ayudas si se dan o no todos los elementos que justificarían su otorgamiento o su denegación.

En conclusión es patente que nos encontramos en el denominado segundo supuesto recogido en el fundamento jurídico 8.b) de la STC 13/1992 que ya hemos mencionado.

7. Conforme a las consideraciones generales expuestas, procede a continuación examinar sistemáticamente la constitucionalidad de los preceptos impugnados, desde el punto de vista de su adecuación o no al orden de competencias, siguiendo el orden en el que han sido impugnados en el escrito de interposición del conflicto.

Comenzamos, en consecuencia, nuestro enjuiciamiento por el artículo 3.3.a) si bien, por conveniencia de la argumentación, el examen de este precepto lo realizaremos conjuntamente con el del artículo 8, dada la relación existente entre ambos, que determina que hayan sido impugnados por la misma razón, esto es, atribuir al Ministerio de Vivienda, a través de entidades colaboradoras, la autorización de los pagos a los beneficiarios de las ayudas. Así, el primero de ellos, el artículo 3.3.a), prevé como requisito para la percepción de la renta básica de emancipación la domiciliación bancaria de la ayuda en alguna de las entidades de crédito colaboradoras

del Ministerio de Vivienda, mientras que el artículo 8 regula los convenios que para el pago de la ayuda se suscribirán entre el citado Ministerio y las entidades de crédito. Al respecto hemos de descartar la aplicación al presente caso de la doctrina de las SSTC 95/1986, de 10 de julio, FJ 5 y 152/1988, de 20 de julio, FJ 5, pues en ambos casos admitimos la reserva al Estado de la facultad de suscribir convenios con las entidades financieras en atención a que dicha reserva se vinculaba a la necesidad de garantizar que los topes máximos que pudieran fijarse por el Gobierno para determinadas líneas de créditos fueran efectivamente respetados, así como para asegurar una distribución homogénea o no discriminatoria de tales créditos en todo el territorio nacional. Acabamos de constatar que ambas circunstancias no concurren en el presente caso, lo que determina que los artículos 3.3.a) y 8, en la medida en que hacen referencia a la reserva un órgano estatal de facultades relacionadas con la gestión de las ayudas, vulneren las competencias autonómicas en materia de vivienda.

Por el contrario no incurre en infracción del orden constitucional de distribución de competencias el último inciso del segundo párrafo del artículo 3.4, por cuanto, en la medida en que se refiere a una mera comunicación al Ministerio de la Vivienda de la modificación de las condiciones que motivaron el reconocimiento de la ayuda, en nada afecta a la competencia autonómica sino que no es más que una manifestación de las relaciones de cooperación que han de existir entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Examinando ya el artículo 4 es de apreciar que tampoco resulta conforme con el orden constitucional de competencias su apartado 1, según el cual la gestión de las ayudas se realizará conforme a lo que establezcan los convenios de colaboración que el Ministerio de Vi-

vienda suscriba con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla. Ya hemos dicho con reiteración que el Estado no puede condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas a la firma de un convenio [por todas STC 175/2003, de 30 de septiembre, FJ 10.c) y doctrina allí citada], pues con ello se vulneran las competencias autonómicas en la materia correspondiente, las cuales incluyen la potestad de dictar normas procedimentales respecto a las ayudas de que se trata. No sucede lo mismo, sin embargo, con la referencia a los plazos y contenido de la resolución de su apartado 2 –sobre lo que, por lo demás, nada alega el Letrado autonómico– pues no se trata de normas ordinarias de tramitación, ya que el establecimiento de un plazo máximo común en todo el territorio nacional puede ser concebido como criterio coordinador que no menoscaba competencia autonómica alguna, en tanto que puede resultar adecuado, en ocasiones, que el Estado establezca condiciones que garanticen una cierta homogeneidad de la gestión [en un sentido similar, SSTC 190/2000, de 13 de julio, FJ 11.b) y 77/2004, de 29 de abril, FJ 6.c)]. Ha de rechazarse también la impugnación del artículo 4.4, pues, en la medida en que se refiere al reconocimiento provisional del derecho a la renta básica y al momento a partir del cual la misma se devenga, se vincula directamente a las competencias estatales relativas a la concreción de los requisitos para tener derecho a la ayuda. Por su parte ninguna tacha cabe reprochar al primer inciso del artículo 4.5, relativo a la comunicación al Ministerio de Vivienda de las resoluciones autonómicas de concesión de las ayudas. Es claro que el precepto no entraña vulneración alguna del acervo competencial de la Comunidad de Madrid, ya que se limita a prever una modalidad de cooperación interadministrativa que constituye el soporte mismo del Estado autonómico y, en este caso, permite articular la gestión autonómica con la

naturaleza estatal de los fondos destinados a estas ayudas. Finalmente la ya apreciada disconformidad con el orden constitucional de competencias de los artículos 3.3.a) y 8 afecta también al segundo inciso del artículo 4.5, en cuanto el mismo hace referencia a la orden de pago por parte del Ministerio de Vivienda, y al artículo 4.6, en tanto se refiere a actuaciones a desarrollar por dicho órgano estatal con las entidades de crédito con las que hubiera suscrito un convenio, base de referencia que hemos considerado que vulnera la competencia de la Comunidad de Madrid.

El impugnado artículo 5.c) se relaciona directamente con uno de los requisitos para ser beneficiario de la ayuda, el del artículo 2.1.c), relativo a la existencia de una fuente regular de ingresos que sean inferiores a una determinada cuantía. Ya hemos apreciado que los requisitos para acceder a las ayudas constituyen uno de los aspectos centrales de toda regulación subvencional que se orientan a garantizar igual trato a todos los solicitantes en el territorio nacional. En particular, en lo relativo a los requisitos económicos exigibles, esto es, la denominada fuente regular de ingresos, es claro que los criterios para su determinación se relacionan directamente con la finalidad perseguida por las ayudas establecidas en el Real Decreto en el sentido de facilitar el acceso a una vivienda en alquiler a un sector de población de una determinada edad y que cumpla determinadas condiciones de renta. Con ello no se vulneran las competencias autonómicas lo que determina que la impugnación haya de ser desestimada en este punto.

Igual suerte ha de correr la impugnación del artículo 6. Como señala el Abogado del Estado e incluso apunta el Letrado autonómico en su demanda, la mera interpretación sistemática del precepto permite considerar que con la mención a la Administración competente, contenida en su primer párrafo, se está

haciendo referencia al órgano competente de las Comunidades Autónomas o Ciudades de Ceuta y Melilla, como señala expresamente el párrafo segundo de este mismo precepto, habiéndose observado ya, al enjuiciar el artículo 4.1, que el Estado no puede condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas de gestión de las ayudas a la firma de un convenio

La única previsión del artículo 7 que ha sido controvertida por la representación procesal autonómica es la de su apartado 2.a), al que reprocha que, mediante la referencia a las ventanillas únicas como uno de los contenidos necesarios del convenio de colaboración a suscribir con la Comunidad de Madrid, estaría imponiendo el órgano en el que habrán de presentarse las solicitudes. Hemos de concluir, por las mismas razones que ya hemos expresado en relación con el artículo 4.1, que este artículo 7.2.a) es contrario al orden constitucional de distribución de competencias, en tanto que, bajo la veste de un instrumento de colaboración, se están invadiendo las competencias autonómicas relativas a la gestión de las ayudas puesto que el Estado no puede condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas de gestión de las ayudas, a la firma de un convenio ni, por tanto, determinar unilateralmente sus eventuales contenidos.

En lo que respecta al régimen de compatibilidad de la ayuda estatal establecido en el segundo párrafo del artículo 9.1 con las subvenciones, ayudas, o beneficios fiscales que establezcan las Comunidades Autónomas ha de estimarse que el mismo resulta conforme con el orden constitucional de competencias, pues no es sino una consecuencia del origen estatal de los fondos y de la regulación de los requisitos para acceder a las ayudas financiadas con dichos fondos sin que, por otra parte, con ello se impida, dada la remisión a la normativa autonómica que

contiene el precepto, que la respectiva Comunidad Autónoma pueda libremente decidir, al disciplinar sus ayudas propias, lo que estime conveniente respecto a su compatibilidad o incompatibilidad con las estatales.

Contraria a las competencias autonómicas resulta la disposición adicional segunda, pues es de todo punto evidente que éstas no pueden ni verse calificadas como excepcionales ni moduladas o condicionadas por el informe favorable de la Comisión prevista en esta disposición. De esta forma las Comunidades Autónomas, dentro del respeto debido a los elementos indispensables que la norma estatal arbitra para alcanzar los fines en ella perseguidos entre los que se encuentra el reconocimiento del derecho a la ayuda a todas aquellas personas que cumplan con la condición de beneficiarios en los términos del artículo 2 del Real Decreto 1472/2007, cuentan con un margen de libertad de decisión en esta materia que no puede verse condicionado por la norma estatal que resulta, por ello, contraria al orden constitucional de distribución de competencias.

Por último hemos de desestimar la impugnación de la disposición final segunda, pues, admitido que el Estado ostenta títulos competenciales que le habilitan para adoptar decisiones relativas a esta materia, ningún inconveniente plantea una norma que restringe sus efectos al ámbito de competencias estatales, sin perjuicio, en todo caso, de que, como es evidente, las disposiciones en las que dicha habilitación se plasme puedan ser objeto del correspondiente control por la jurisdicción ordinaria o, llegado el caso, por este Tribunal Constitucional.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTO-

RIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente el presente conflicto positivo de competencia promovido por la Comunidad de Madrid y, en consecuencia, declarar:

1.º Que vulneran las competencias de la Comunidad Autónoma de Madrid los artículos 3.3.a); 4.1; 4.5, segundo inciso; 4.6; 7.2.a) y 8; así como la disposición adicional segunda del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

2.º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.–*Guillermo Jiménez Sánchez*.–*Vicente Conde Martín de Hijas*.–*Elisa Pérez Vera*.–*Eugeni Gay Montalvo*.–*Ramón Rodríguez Arribas*.–*Pascual Sala Sánchez*.–Firmado y rubricado.

SALA SEGUNDA. SENTENCIA 130/2010, de 29 de noviembre de 2010. Cuestiones de inconstitucionalidad 6322-2010 y 6323-2010 (acumuladas). Planteadas el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander respecto del artículo 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio. Competencias sobre ordenación general de la economía, comercio interior, defensa de la competencia y del consumidor: nulidad del precepto autonómico que limita cuantitativamente las ventas promocionales (STC 106/2009). («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente; don Vicente

Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 6322-2010 y 6323-2010, planteadas el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander en relación con el art. 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio, por posible invasión de la competencia estatal en materia de legislación de defensa de la competencia. Han comparecido y formulado alegaciones el Gobierno de Cantabria, el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal el día 4 de agosto de 2010, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio, por posible invasión de la competencia estatal en materia de legislación de defensa de la competencia, acompañándose testimonio de las actuaciones (procedimiento abreviado núm. 229-2007) y el Auto de promoción de 30 de junio de 2010.

2. Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) Con fecha 21 de diciembre de 2006 el Consejero de Economía y Hacienda dicta resolución, notificada el día 4 de enero de 2007, mediante la que desestima el recurso de alzada interpuesto por la empresa Cortefiel, S.A., y confirma una sanción de doce mil euros impuesta por infracciones administrativas graves en materia de comercio por superar la limitación temporal del plazo de promoción de productos establecido en el art. 31.c) de la Ley de Cantabria 1/2002 y por afectar la promoción a más del cuarenta por ciento de los artículos ofertados, contraviniendo lo dispuesto en el art. 31.b) de la misma Ley.

b) Contra la aludida resolución Cortefiel, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo el día 2 de marzo de 2007. En dicho recurso se solicitó por la parte actora el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 31.b) y 31.c) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio.

c) El órgano judicial planteó por Auto de 4 de diciembre de 2007 cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 31.c) de la Ley de Cantabria 1/2002, cuestión que fue inadmitida por el ATC 184/2008, de 24 de junio, debido a la falta de los necesarios requisitos procesales que para su promoción se derivan de los artículos 163 CE y 35 a 37 LOTC.

d) Señalada nueva fecha para la vista, y ante la solicitud de suspensión y aplazamiento de la misma formulada por la parte actora, dada la pendencia de otras cuestiones de inconstitucionalidad sobre la misma cuestión, el órgano judicial acordó, sin oposición de la parte demandada, suspender la tramitación del proceso hasta que se produjera el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Dictada la STC 106/2009, de 4 de mayo, que estima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5891-2005 y declara inconstitucional y nulo el segundo pá-

rrafo del art. 31.c) de la Ley de Cantabria 1/2002, la parte actora presentó un escrito solicitando el impulso y continuación del procedimiento.

e) El 26 de febrero de 2010, celebrada nueva vista y en trámite de dictar sentencia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander dictó una providencia concediendo a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo de diez días para que alegasen lo que estimaren conveniente sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002 por invasión de la competencia exclusiva del Estado en relación con lo establecido en el art. 149.1.13.^a CE.

f) La parte actora y el Ministerio Fiscal se mostraron favorables al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, oponiéndose el Gobierno de Cantabria. Finalmente el órgano judicial dictó Auto el 30 de junio de 2010 planteando la cuestión de inconstitucionalidad.

3. El Auto de promoción comienza señalando la duda de constitucionalidad que se plantea en relación al art. 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002, entendiendo que el mismo invade la competencia del Estado sobre legislación en materia de defensa de la competencia (art. 24.13 del Estatuto de Autonomía de Cantabria) y resaltando que la solución del caso depende de la aplicación de dicho precepto legal. Asimismo hace referencia a la STC 106/2009, de 4 de mayo, que declaró inconstitucional y nulo el segundo párrafo de la letra c) del art. 31 de la Ley de Cantabria 1/2002, que condicionaba la actividad promocional de venta con descuento a una determinada duración, supuesto que estima casi idéntico al ahora cuestionado. En este caso el precepto que se cuestiona condiciona la actividad promocional de venta con descuento a una cantidad que no podrá ser superior al cuarenta por ciento de los

artículos, estimando el órgano judicial que el establecimiento de tal limitación cuantitativa, al afectar a la relación horizontal de las empresas en una economía libre de mercado, debe corresponder al Estado.

4. El mismo día 4 de agosto de 2010 tuvo entrada en el Tribunal Constitucional un segundo escrito, conforme al cual el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander plantea una segunda cuestión de inconstitucionalidad en relación con el ya citado art. 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio, acompañándose igualmente testimonio de las actuaciones (procedimiento abreviado núm. 269-2007) y el Auto de promoción de 30 de junio de 2010.

5. Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) Con fecha 21 de diciembre de 2006 el Consejero de Economía y Hacienda dicta resolución, notificada el día 4 de enero de 2007, mediante la que desestima el recurso de alzada interpuesto por la empresa Cortefiel, S.A., y confirma una sanción de doce mil euros impuesta por infracciones administrativas graves en materia de comercio por superar la limitación temporal del plazo de promoción de productos establecido en el art. 31.c) de la Ley de Cantabria 1/2002 y por afectar la promoción a más del cuarenta por ciento de los artículos ofertados, contraviniendo lo dispuesto en el art. 31.b) de la misma Ley.

b) Contra la aludida resolución Cortefiel, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo el día 2 de marzo de 2007. En dicho recurso contencioso-administrativo se solicitó por la parte actora el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts 31.b) y 31.c) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio.

c) El órgano judicial planteó por Auto de 4 de diciembre de 2007 cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 31.c) de la Ley de Cantabria 1/2002, cuestión que fue inadmitida por el ATC 185/2008, de 24 de junio, debido a la falta de los necesarios requisitos procesales que para su promoción se derivan de los artículos 163 CE y 35 a 37 LOTC.

d) Señalada nueva fecha para la vista, y ante la solicitud de suspensión y aplazamiento de la misma formulada por la parte actora, dada la pendencia de otras cuestiones de inconstitucionalidad sobre la misma cuestión el órgano judicial acordó, sin oposición de la parte demandada, suspender la tramitación del proceso hasta que se produjera el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Dictada la STC 106/2009, de 4 de mayo, que estima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5891-2005 y declara inconstitucional y nulo el segundo párrafo del art. 31.c) de la Ley de Cantabria 1/2002, la parte actora presentó un escrito solicitando el impulso y continuación del procedimiento.

e) El 26 de febrero de 2010, celebrada nueva vista y en trámite de dictar sentencia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander dictó una providencia concediendo a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo de diez días para que alegasen lo que estimaren conveniente sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002 por invasión de la competencia exclusiva del Estado en relación con lo establecido en el art. 149.1.13.^a CE.

f) La parte actora y el Ministerio Fiscal se mostraron favorables al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que se opuso el Gobierno de Cantabria. Finalmente el órgano judicial dictó Auto el 30 de junio de 2010

planteando la cuestión de inconstitucionalidad.

6. El Auto de promoción comienza señalando la duda de constitucionalidad que se plantea en relación al art. 31.*b*) de la Ley de Cantabria 1/2002, entendiendo que el mismo invade la competencia del Estado sobre legislación en materia de defensa de la competencia (art. 24.13 del Estatuto de Autonomía de Cantabria) y resaltando que la solución del caso depende de la aplicación de dicho precepto legal. Asimismo hace referencia a la STC 106/2009, de 4 de mayo, que declaró inconstitucional y nulo el segundo párrafo de la letra *c*) del art. 31 de la Ley de Cantabria 1/2002, que condicionaba la actividad promocional de venta con descuento a una determinada duración, supuesto que estima casi idéntico al ahora cuestionado. En este caso el precepto que se cuestiona condiciona la actividad promocional de venta con descuento a una cantidad que no podrá ser superior al cuarenta por ciento de los artículos, estimando el órgano judicial que el establecimiento de tal limitación cuantitativa, al afectar a la relación horizontal de las empresas en una economía libre de mercado, debe corresponder al Estado.

7. Por sendas providencias de 27 de septiembre de 2010 el Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite ambas cuestiones de inconstitucionalidad, registradas con los núms 6322-2010 y 6323-2010, respectivamente; deferir su conocimiento a la Sala Segunda, a la que por turno objetivo ha correspondido; dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, así como al Gobierno y al Parlamento de Cantabria, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que, en

el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Igualmente se acordó oír a las mencionadas partes para que en el mismo plazo aleguen lo que estimen conveniente sobre la acumulación de ambas cuestiones de inconstitucionalidad, así como comunicar ambas resoluciones al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, permanezcan suspendidos los procesos hasta que este Tribunal resuelva las presentes cuestiones. Finalmente se ordenó publicar la incoación de las dos cuestiones de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de Cantabria».

8. Mediante escritos registrados en fecha 14 de octubre de 2010 el Presidente del Senado comunicó los acuerdos de la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

9. El Presidente del Congreso, por escritos registrados el día 15 de octubre de 2010, comunicó los acuerdos de la Mesa de la Cámara en el sentido de no personarse en los procedimientos ni formular alegaciones.

10. Personado el Abogado del Estado en ambos procedimientos solicitó, en los correspondientes escritos de alegaciones registrados en fecha 21 de octubre de 2010, la estimación de las cuestiones de inconstitucionalidad.

Señala en primer término que la cuestión se ciñe a determinar si la doctrina constitucional fijada en la STC 106/2009 y las que le precedieron sobre la limitación temporal de las ventas con descuento puede aplicarse también a las restricciones cuantitativas como la impuesta por el cuestionado art. 31.*b*), debiendo decidirse si, por razón de su contenido y finalidad, la norma autonómica ha de conceptuarse como norma de de-

fensa de la competencia que corresponde establecer al Estado de acuerdo con el art. 149.1.13.^a CE y 24.13 del Estatuto de Autonomía de Cantabria, o bien se trata de una norma que ha de encuadrarse en la competencia autonómica en materia de comercio interior sin lesión ni afectación alguna de las competencias del Estado. Al respecto concluye que, por imperativo del art. 51.3 CE, la regulación del comercio interior por las Comunidades Autónomas ha de tener como principal objetivo la defensa y beneficio del consumidor, no el proteccionismo de otros comerciantes que compiten con el que efectúa actividades promocionales, es decir, con el que reduce el precio de un producto o grupo de productos. La restricción cuantitativa, continúa el Abogado del Estado, es un límite a la actividad comercial del empresario que ofrece artículos con descuento que solamente puede tener como fundamento discernible el proteger a los concurrentes o competidores limitando la cantidad de artículos ofrecida en descuento. El art. 31.b) cuestionado afecta sobre todo a la relación horizontal de las empresas en una economía de libre mercado y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos producidos o comercializados por aquéllas. La limitación de cantidad que el precepto legal cuestionado impone al comerciante que pretende vender con descuento significa coartar su poder de oferta, ya que cuando se llega al máximo legalmente impuesto se impide al comerciante seguir ofreciendo artículos con precio más bajo en beneficio de quienes concurren con él. Para el Abogado del Estado la propia excepción establecida a favor de establecimientos remodelados demuestra que la restricción cuantitativa no responde a una finalidad protectora del consumidor. Por ello estima que, como sucediera con las restricciones temporales del párrafo segundo del art. 31.c) de la Ley del comercio de Cantabria, también la restricción cuantitativa del art. 31.b) viola los

artículos 149.1.13 CE y 24.13 del Estatuto cántabro por contener una norma de defensa de la competencia frente a posibles prácticas abusivas que corresponde establecer al legislador nacional, sin que tal conclusión pueda verse enervada por el hecho de que la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Cantabria llegase a un acuerdo interpretativo que, por lo demás, no afecta al art. 31.b) cuestionado y no puede suponer disposición de la competencia constitucional del Estado.

Mediante otrosí indica que, siendo manifiesta la concurrencia de conexión objetiva entre ambas cuestiones de inconstitucionalidad, suplica la acumulación de las mismas.

11. Por escrito registrado el 25 de octubre de 2010 el Presidente del Parlamento de Cantabria comunicó el acuerdo de la Mesa de dicha Cámara, tomando conocimiento de la presentación de ambas cuestiones de inconstitucionalidad.

12. El Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, en la representación que legalmente ostenta, compareció en ambos procesos por escritos registrados el día 26 de octubre de 2010 solicitando la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El representante del Gobierno autonómico, tras hacer referencia a los hechos más relevantes de los que traen causa las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, con especial mención de la STC 106/2009, señala que, conforme a la doctrina constitucional, la distinción entre las medidas adoptadas en defensa de los consumidores (competencia de la Comunidad Autónoma) y las adoptadas en defensa de la competencia (que corresponden al Estado) entraña una gran dificultad, indicando que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones acerca de la inconstitucionalidad de

las normas autonómicas que limitaban la duración temporal de las ventas promocionales sobre la base de que, «aunque dicha limitación temporal también afecta a los consumidores, que pueden verse perjudicados o, como señala el representante del Gobierno autonómico, beneficiados por la misma, por cuanto impide que los precios habituales se presenten permanentemente como de rebajas, su finalidad principal es evitar que la concurrencia entre los empresarios en el mercado quede rota por el abuso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores».

Ello no obstante la representación procesal del Gobierno de Cantabria recalca que, aun cuando a priori pudiera parecer que nos encontramos ante un supuesto análogo a los ya resueltos por este Tribunal, lo cierto es que existe, a su juicio, una diferencia sustancial entre ellos y el caso que nos ocupa, pues la norma cuya constitucionalidad se enjuicia no establece una limitación temporal a este tipo de ventas, sino una cuantitativa referida al número de productos a ofertar con descuento. Con ello se trata de impedir que, bajo la denominación de venta en promoción, se enmascaren otro tipo de ofertas que tengan una finalidad distinta de la de promocionar la venta de unos determinados artículos y no de otros, con la consiguiente confusión que ello genera en el comprador. Finalmente señala que este Tribunal Constitucional, en la STC 106/2009, no ha declarado inconstitucional el inciso tercero del art. 31.c), que establecía una limitación no temporal sino cuantitativa a las ventas con descuento dirigidas a la promoción de determinados productos.

13. La Sala Segunda acordó por ATC de 3 de noviembre de 2010 acumular la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6323-2010 a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6322-2010.

14. El Fiscal General del Estado presentó sus escritos de alegaciones en

fecha 19 de noviembre de 2010, interesando la estimación de las cuestiones de inconstitucionalidad y la declaración de inconstitucionalidad del art. 31.b) de la Ley cántabra 1/2002.

Recuerda en primer lugar los antecedentes del caso y el contenido de los autos de planteamiento de ambas cuestiones de inconstitucionalidad, para descartar a continuación la concurrencia de óbices procesales relativos al momento procesal oportuno para el planteamiento de la cuestión, el trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC y la formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia respecto al precepto legal cuestionado.

En cuanto al fondo del asunto el Fiscal General del Estado señala que la duda de constitucionalidad se sustenta en la consideración de que la fijación de un límite cuantitativo –no más del cuarenta por ciento del total– respecto del total de los artículos existentes en un establecimiento comercial que puede someterse a la actividad promocional de venta con descuento prevista en el artículo que se cuestiona es un aspecto propio de la materia «legislación de defensa de la competencia», materia que figura en el art. 24.13 del Estatuto de Autonomía de Cantabria como un límite a la competencia autonómica sobre comercio interior. Hace seguidamente referencia a la doctrina constitucional que ha de servir de referente, destacando que la misma insiste en que las Comunidades Autónomas son competentes para la emanación de regulaciones administrativas que disciplinen determinadas modalidades de venta, en concreto, la venta de saldos, pues así lo permite su competencia en orden a la protección de consumidores y usuarios, y ha afirmado que ello no supone introducir una innovación en el seno de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas. Sin embargo también viene precisando que cuando dicha reglamentación afecta al régimen de competencia entre los ofer-

tantes, y aspira a prevenir o evitar el excesivo recurso a este tipo de ventas, las normas correspondientes no tienen otro encaje competencial que el de la propia defensa de la competencia, que corresponde al Estado [STC 124/2003, FJ 5, que recoge la doctrina de las SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 8.d); 148/1992, de 16 de octubre, FJ 2; 228/1993, de 9 de julio, FJ 6].

En opinión del Fiscal dicha doctrina ha de conducir necesariamente a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada que se suscita en relación con las competencias que, en el ámbito de la legislación de defensa de la competencia, ostenta el Estado derivadas del art. 149.1.13.^a CE. Señala que el paralelismo del caso con el resuelto en la STC 106/2009 es evidente, pues el art. 31.b) limita cuantitativamente las ventas con descuento dirigidas a la promoción de determinados productos, limitación que, aun cuando también afecta a los consumidores, tiene como finalidad principal evitar que la concurrencia entre los empresarios quede rota por el abuso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores. En la medida, por tanto, en que se trata de una regulación que afecta, sobre todo, a la relación horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado, y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos producidos por las mismas, su aprobación correspondería al ente territorial competente para legislar en el ámbito de la defensa de la competencia, esto es, el Estado, en virtud del art. 149.1.13.^a CE. Finalmente el Ministerio Fiscal señala que, como en el caso de la STC 106/2009, esta conclusión no puede ser alterada por los argumentos aducidos por el representante del Gobierno autonómico para defender la constitucionalidad del precepto cuestionado, pues el hecho de que el precepto no hubiera sido impugnado en su momento y de haber llegado a un acuerdo

en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Cantabria no puede afectar la papel de los jueces ordinarios en el ejercicio de su jurisdicción, papel que en todo caso está presidido por las notas de independencia y colaboración con el Tribunal, sin que tampoco dicho acuerdo interpretativo pueda alterar la doctrina constitucional de la finalidad de las normas que limitan determinadas modalidades de venta, que no es la protección de los consumidores sino la de garantizar la libre competencia entre comerciantes.

15. Por providencia de 25 de noviembre de 2010, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente proceso constitucional debe resolver las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander en relación con el art. 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio, precepto que dispone lo siguiente:

«Art. 31. Requisitos.

La actividad promocional de venta con descuento se sujetará a las siguientes condiciones:

b) Salvo en el supuesto de un comercio remodelado, no podrá ser objeto de este tipo de promoción más del cuarenta por ciento de los artículos, entendidos como bienes individualmente considerados, existentes en el establecimiento.»

2. La duda de constitucionalidad suscitada en este proceso es de naturaleza puramente competencial, pues lo que se plantea es la falta de competencia de la

Comunidad Autónoma de Cantabria para aprobar el precepto cuestionado, dado que la regulación establecida en él habría de encuadrarse en las competencias del Estado en materia de «legislación de defensa de la competencia», competencias reflejadas en el propio Estatuto de Autonomía de Cantabria en el art. 24.13 y que, conforme a nuestra doctrina (por todas, STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6), derivan del art. 149.1.13.ª CE.

Precisada en tales términos la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial hemos de recordar ahora nuestra consolidada doctrina respecto a las normas autonómicas en materia de comercio que introducían limitaciones temporales para determinadas modalidades de venta. Sobre tales normas hemos concluido que aquellas que limitan el libre ejercicio de la actividad mercantil a través del establecimiento de un marco temporal imperativo para el desarrollo de específicas modalidades de ventas deben considerarse integradas en las normas que velan por la defensa de la competencia. Esta doctrina, contenida ya en las SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 8.e), y 148/1992, de 16 de octubre, FJ 2, ha sido desarrollada en las SSTC 228/1993, de 9 de julio, FJ 6, y 157/2004, de 23 de septiembre, FJ 9, para fundamentar la inconstitucionalidad de diversas normas de las Leyes reguladoras del comercio en Galicia y Navarra que contenían límites temporales a determinadas modalidades de ventas.

Más recientemente, en aplicación de esa misma doctrina, en la STC 106/2009, de 4 de mayo, hemos declarado inconstitucional y nulo el segundo párrafo de la letra c) del art. 31 de esta misma Ley de Cantabria 1/2002, puesto que estimamos que dicha norma «limita temporalmente las ventas con descuento dirigidas a la promoción de determinados productos. La duración de tales ventas, dispone la norma cuestionada, no podrá ser inferior a un día ni superior a treinta. Como se desprende del propio encabezamiento del precepto,

se trata de una condición a la que deben sujetarse tales ventas preceptivamente. Aunque dicha limitación temporal también afecta a los consumidores, que pueden verse perjudicados o, como señala el representante del Gobierno autonómico, beneficiados por la misma, por cuanto impide que los precios habituales se presenten permanentemente como de rebajas, su finalidad principal es evitar que la concurrencia entre los empresarios en el mercado quede rota por el abuso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores. En la medida, por tanto, en que se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado, y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos producidos por las mismas, su aprobación corresponde al ente territorial competente para legislar en el ámbito de la defensa de la competencia, esto es, el Estado en virtud del art. 149.1.13.ª CE» (FJ 3).

3. La aplicación de esta doctrina conduce derechamente a estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad, sin que esa conclusión pueda ser alterada mediante lo aducido de contrario por la representación procesal del Gobierno de Cantabria.

Es cierto que, como apunta, la nota que diferencia la presente cuestión de otras que ya han sido resueltas por este Tribunal Constitucional es que la limitación que el precepto autonómico introduce en las ventas promocionales no es una limitación temporal sino cuantitativa, esto es, relacionada, no con el momento en el que tiene lugar la promoción sino con el porcentaje de artículos que, respecto del total de los puestos a la venta, son objeto de promoción en un determinado establecimiento comercial. Sin embargo tal distinción no resulta ser relevante a los efectos de enervar la aplicación de la doctrina a la que acabamos de hacer referencia. Es evidente que, del mismo modo que las

que establecen una limitación temporal, la norma tiene como objetivo afectar al régimen de competencia entre los oferentes, aspirando a prevenir o evitar el excesivo recurso a este tipo de ventas protegiendo así a los posibles competidores o concurrentes. Por tanto, en cuanto que pretende evitar que la concurrencia de los empresarios en el mercado quede rota por el abuso de un determinado tipo de ofertas que aspiran a atraer a los consumidores, está imponiendo un marco homogéneo de este tipo de ofertas entre los vendedores, limitando la cantidad de artículos ofrecida en descuento, resultando ser similar a otras que ya han sido declaradas contrarias al orden constitucional de competencias por este Tribunal Constitucional. La prohibición que introduce el art. 31.b) no consiste en una medida de carácter administrativo tendente a la protección del consumidor, sino que lo que se pretende garantizar por ella es la competencia entre comerciantes, por lo que, al perseguir la ordenación de la concurrencia de las empresas en un entorno de libre mercado, está incidiendo en el plano de la actuación de los comerciantes en su relación con otros. Ello determina que la norma no tenga otro encaje competencial que el de la defensa de la competencia, con la conse-

cuencia de que su adopción corresponde al Estado ex art. 149.1.13.ª CE.

En suma, de modo similar al supuesto enjuiciado en la STC 106/2009, de 4 de mayo, esta restricción cuantitativa es inconstitucional por invadir las competencias que en materia de defensa de la competencia corresponden al Estado.

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 las presentes cuestiones de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el art. 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil diez.—*Guillermo Jiménez Sánchez*.—*Vicente Conde Martín de Hijas*.—*Elisa Pérez Vera*.—*Eugeni Gay Montalvo*.—*Ramón Rodríguez Arribas*.—*Pascual Sala Sánchez*.—Firmado y rubricado.

AUTOS

PLENO

PLENO. AUTO 190/2010, de 1 de diciembre de 2010. Declara la falta de jurisdicción del Tribunal Constitucional para conocer de un recurso de casación en relación con las normas forales de Guipúzcoa. («BOE» núm. 4 de 5 de enero de 2011)

Excmos Sres.: doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sán-

chez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapara Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.

Núm. de registro: 7127-2010.

Asunto: Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo remitiendo recurso

de casación núm. 2481/2004 contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre Norma Foral del Territorio Histórico de Guipúzcoa.

AUTO

I. ANTECEDENTES

1. El día 5 de octubre de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito de la Secretaría de Justicia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 23 de septiembre de 2010, por el que se remiten las actuaciones y el expediente correspondientes al recurso de casación núm. 2481-2004, promovido por la Administración General del Estado contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de diciembre de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1380-2001, «por haber pasado a corresponder el conocimiento» del recurso de casación «al Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto en los artículos primero y segundo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero», habiendo sido emplazadas las partes por plazo de treinta días para que pudieran comparecer ante este Tribunal para seguir el curso de los autos.

2. El referido escrito trae causa en los siguientes antecedentes:

a) El Abogado del Estado, en la presentación que legalmente ostenta, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el art. 4, apartado octavo, de la Norma Foral 2/2001, de 12 de febrero, por la que se aprueban determinadas medidas tributarias para el Territorio Histórico de Guipúzcoa, en el que recayó la Sentencia núm. 781/2003, de 26 de diciembre, desestimatoria del recurso.

b) El Abogado del Estado interpuso recurso de casación contra la anterior Sentencia, que fue admitido a trámite por providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2005.

Formalizados por la Diputación Foral y las Juntas Generales del Territorio Histórico de Guipúzcoa los escritos de oposición al recurso, se señaló la audiencia del día 24 de marzo de 2010 para la deliberación, votación y fallo del recurso.

c) Por providencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2010 se dejó sin efecto el señalamiento para la votación y fallo del recurso de casación, concediéndose a las partes un plazo de diez días para que pudieran presentar alegaciones sobre la eventual incidencia en el recurso de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.

d) Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto en fecha 14 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva resulta del siguiente tenor:

«Excluir del conocimiento de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 2481/2004 interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada, con fecha 26 de diciembre de 2003, por la Sala de esta Jurisdicción, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso núm. 1380/2001, por haber pasado a corresponder el conocimiento del mismo al Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en los artículos primero y segundo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, con remisión de las actuaciones practicadas y

emplazamiento de las partes por plazo de treinta días para que puedan comparecer ante dicho Tribunal para seguir el curso de los autos, poniendo esta resolución en conocimiento del Tribunal que dictó la sentencia recurrida.»

e) En la fundamentación jurídica del referido Auto, la Sección, tras reproducir parcialmente el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero (razonamiento jurídico primero), así como el tenor de la nueva disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y la nueva redacción dada a los artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 3.d) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) (razonamiento jurídico segundo), estima que «[l]as modificaciones normativas indicadas determinan la exclusión del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de las impugnaciones de las normas forales de naturaleza tributaria dictadas por las “Instituciones competentes de los Territorios Históricos” (art. 41.2.a del Estatuto)». «En estas circunstancias –se razona en el Auto– este Tribunal deja de ser competente para resolver la impugnación en grado de casación de la sentencia de 26 de diciembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sin que podamos compartir la tesis de las Juntas Generales y de la Diputación Foral de Guipúzcoa de que la modificación procesal y competencial que viene a significar la Ley Orgánica 1/2010 deba conducir a entender que deba tenerse por concluido el recurso de casación interpuesto con la elevación a firme de la sentencia objeto de impugnación casacional».

Para la Sección, «[l]a ausencia en la Ley Orgánica 1/2010 de una Disposición Transitoria que permita perpetuar la jurisdicción de este Tribunal para acabar de conocer y resolver los recursos interpuestos contra Normas Forales fiscales

del Territorio Histórico de Guipúzcoa, como en buena medida hermenéutica hubiera sido deseable, y el propio tenor de la nueva normativa introducida (Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos “interpuestos”...), nos obliga, en sentir de la mayoría de los miembros de este Tribunal, a dejar de conocer ya del recurso interpuesto por la Administración del Estado y a deferir el conocimiento del recurso interpuesto al Tribunal Constitucional, como ha solicitado la propia representación de la Administración del Estado recurrente, que ha entendido también que, a la vista de lo establecido en el artículo primero de la señalada Ley Orgánica 1/2010 y nueva Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, la competencia para el conocimiento del recurso ha pasado a corresponder al Tribunal Constitucional, solicitando la remisión de las actuaciones al citado Alto Tribunal.» (razonamiento jurídico tercero).

3. En fecha 17 de septiembre de 2010 tuvieron entrada en el Registro General de este Tribunal sendos escritos de la Procuradora de los Tribunales doña Rocío Martín Echagüe, en nombre y representación de la Diputación Foral y de las Juntas Generales del Territorio Histórico de Guipúzcoa, personándose ante este Tribunal en virtud del emplazamiento realizado por el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2010.

El Abogado del Estado, mediante escrito registrado en fecha 20 de septiembre de 2010, se personó ante este Tribunal, en la representación que ostenta, cumplimentando el emplazamiento efectuado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 27 de septiembre

de 2010, pospuso la adopción de acuerdo al momento que recibiese de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 2481-2004.

4. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de octubre de 2010, acordó tener por recibidas de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo las actuaciones relativas al recurso de casación núm. 2481-2004 y los escritos presentados por la Procuradora de los Tribunales doña Rocío Martín Echagüe en fecha 17 de septiembre de 2010, en nombre y representación de la Diputación Foral y de las Juntas Generales de Guipúzcoa, y por el Abogado del Estado en fecha 20 de septiembre de 2010, en la representación que ostenta, así como oír, por un plazo común de diez días, al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a la referida Procuradora para que alegasen lo que estimasen conveniente respecto de la jurisdicción de este Tribunal en el presente asunto.

5. El Abogado del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 2 de noviembre de 2010, que, en lo sustancial, a continuación se resume.

a) A su juicio, la tesis de la minoría firmante del Voto particular al Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2010, parece asentada en fundamentos jurídicos razonables.

Objeto del recurso de casación sólo puede ser la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y no el art. 4, apartado octavo, de la Norma Foral 2/2001, de 12 de febrero, por la que se aprueban determinadas medidas tributarias para el Territorio Histórico de Guipúzcoa, que sería, en cambio,

el único objeto posible para el proceso constitucional regulado en los apartados 1 y 2 de la nueva disposición adicional quinta de la LOTC introducida por la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero. Aquellos apartados no convierten a este Tribunal en juez de casación de las Sentencias dictadas por Tribunales contencioso-administrativos territoriales. No parece posible, pues, aceptar que el Tribunal de casación decline en la jurisdicción constitucional el conocimiento de un recurso de casación ante él pendiente. En este sentido carecería de importancia la inexistencia de una disposición transitoria en la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, si se acepta que ésta no ha transformado al Tribunal Constitucional en un Tribunal de casación. Dado que sólo al Tribunal Constitucional corresponde delimitar el ámbito de su jurisdicción (art. 4.1 LOTC), procede que declare su falta de jurisdicción para conocer del recurso de casación núm. 2481-2004, devolviendo su conocimiento a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La tesis anterior se corrobora indirectamente con una reflexión añadida acerca de las implicaciones que se derivarían de aceptar la declinación de jurisdicción. Reflexión que el Abogado del Estado formula con base en la premisa de que el Tribunal Supremo ha debido apreciar –y así se refleja en el fundamento jurídico primero de su Auto– que el recurso contencioso-administrativo contra la Norma Foral 2/2001, de 12 de febrero, del Territorio Histórico de Guipúzcoa involucra una «cuestión constitucional», es decir, una cuestión que debía ser resuelta aplicando como parámetro el bloque de la constitucionalidad, tal como resulta de la disposición adicional 5, último párrafo del apartado 1, LOTC.

b) La declaración de que el asunto declinado por el Tribunal Supremo entra en la jurisdicción del Tribunal Constitucional, ampliada por la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, supondría

(1) aceptar una suerte de novación del objeto procesal; (2) la sobrevenida invalidez o ineficacia extra ordinem de la Sentencia recurrida en casación, que fue dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 26 de diciembre de 2003 (recurso núm. 1380-2001); y (3) la necesidad de rehabilitar el trámite ab initio. Estas tres implicaciones, como se expone a continuación, parecen de casi imposible justificación jurídica.

En el momento en que el Tribunal Supremo ha decidido declinar su jurisdicción, la conformidad a derecho de la Norma Foral 2/2001, de 12 de febrero, del Territorio Histórico de Guipúzcoa podría conceptuarse como objeto mediato de la casación. La conformidad a Derecho de tal Norma se controlaba, por así decirlo, a través del enjuiciamiento de si la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco incurría en las infracciones en que se basaba el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Administración General del Estado. Pero en el nuevo proceso constitucional de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional quinta de la LOTC lo que en la casación es objeto mediato (la conformidad o disconformidad a derecho de la norma foral) pasaría a ser objeto único, de manera que el Tribunal Constitucional tendría que decidir sobre el objeto original del recurso contencioso-administrativo ya resuelto en la instancia por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Habría, pues, novación del objeto de la casación al pasar a la jurisdicción constitucional.

El Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo parte de la aplicación inmediata de la nueva disposición adicional quinta de la LOTC, que hace cesar la jurisdicción del orden contencioso-administrativo. Pero lo hace cesar, a lo que parece, en cualquier instancia o grado y de manera retroactiva. En efecto, no es sólo que, al entrar en vigor la disposición adicional quinta de la LOTC, decaiga la ju-

risdicción contencioso-administrativa en grado casacional, sino que también habría que admitir que se da una suerte de cese retroactivo de la jurisdicción contencioso-administrativa ejercida en la instancia por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Parece evidente que la consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, no puede ser la firmeza de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, contra la que en tiempo y forma la Abogacía del Estado interpuso casación, que fue admitida el 9 de diciembre de 2005. Más bien la Sentencia del Tribunal territorial quedaría aquejada de una suerte de sobrevenida invalidez o ineficacia de naturaleza extra ordinem, al menos en lo que toca a la «cuestión constitucional» que la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, ha incluido dentro de la esfera de esta jurisdicción. De nuevo parece que tan anormal repercusión sobre la validez o eficacia de una Sentencia dictada hace varios años resulta sumamente problemática de justificar con buenas razones jurídicas. Lo que nos confirma que parece más fundado jurídicamente optar por que este Tribunal declare su falta de jurisdicción.

En fin, si este Tribunal acepta asumir jurisdicción en el asunto declinado por el Tribunal Supremo, procedería conceder al Abogado del Estado el plazo que el Tribunal juzgara adecuado para que pudiera formular escrito de iniciación del procedimiento constitucional, siempre y cuando el Presidente del Gobierno decidiera mantener la impugnación de la Norma Foral 2/2001, de 12 de febrero, del Territorio Histórico de Guipúzcoa, en su caso con posible invocación del art. 161.2 CE, puesto que el planteamiento ante la jurisdicción constitucional no tendría por qué coincidir con el alegado ante los Tribunales contencioso-administrativos. No sólo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sino todo el trámite del recurso

contencioso-administrativo en la instancia quedaría así sobrevenidamente inválido o ineficaz. Nuevamente, la dificultad de justificar jurídicamente esta consecuencia robustece indirectamente el mejor fundamento de la declaración de que el asunto declinado no entra dentro de la jurisdicción constitucional.

El Abogado del Estado concluye su escrito de alegaciones interesando de este Tribunal que declare su falta de jurisdicción para conocer del asunto remitido por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante Auto de 14 de mayo de 2010, dictado en el recurso de casación núm. 2481-2004, procediendo a ordenar su devolución a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

6. La representación procesal de la Diputación Foral del Territorio Histórico de Guipúzcoa evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 10 de noviembre de 2010, que en lo sustancial a continuación se resume.

a) Considera correcta la decisión del Tribunal Supremo de apreciar su falta de jurisdicción sobrevenida para continuar conociendo del recurso de casación núm. 2481-2004 a causa de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, ya que esta ley reserva, en términos claros e inequívocos, con carácter exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional el control de las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco. De esta forma se constata la voluntad del legislador de poner fin de forma inmediata y definitiva a una situación que considera disconforme con la naturaleza y función de aquellas normas en el sistema de fuentes, que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional se han ocupado de calificar como equivalentes a las leyes.

De hecho la asunción por la jurisdicción contencioso-administrativa del con-

trol de las normas forales fiscales vascas se ha debido a que, de no ejercerlo sus órganos, quedarían sin fiscalización de ninguna clase, lo cual repugna al principio de constitucionalidad y, en definitiva, al concepto mismo de Estado de Derecho (STS de 9 de diciembre de 2009). De igual manera la jurisprudencia ha precisado, como se recuerda en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, que el juicio a realizar sobre dichas normas era un juicio de constitucionalidad, al no poder asimilarse su posición ordinamental a la de simples reglamentos con respecto a las leyes. En otras palabras, se trata de normas sujetas de manera directa e inmediata a las normas que integran el bloque de la constitucionalidad. Tienen, por tanto, una posición idéntica a la ley.

Es lógico que la atribución al Tribunal Constitucional del control de estas normas y el hecho de que la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, no contenga ninguna previsión de Derecho transitorio traiga como consecuencia obligada el cese de las actuaciones del Tribunal Supremo.

b) La representación procesal de la Diputación Foral abunda a continuación en los motivos por los que entiende que se ha producido la pérdida sobrevenida de la jurisdicción del Tribunal Supremo.

La Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» el día 20 de febrero y entró en vigor el día 12 de marzo de 2010, una vez transcurridos los veinte días de *vacatio legis* (art. 2.1 del Código civil: Cc). Desde esa misma fecha los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa han quedado desprovistos de jurisdicción para continuar conociendo de las impugnaciones dirigidas contra las normas forales fiscales. La nueva regulación debe aplicarse no sólo a los recursos directos e indirectos que se interpongan en lo sucesivo, sino también a los que ya están siendo conocidos por

los Jueces y Tribunales de ese orden jurisdiccional, ya que aquella ley ha privado por completo de jurisdicción a los órganos del orden contencioso-administrativo para conocer de las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En otro caso, la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, habría incorporado una disposición transitoria similar a la que estuvo en su día la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se suprimió el recurso previo de inconstitucionalidad, que determinaba la continuación de la tramitación de los recursos previos ya iniciados. En este caso fueron razones de política legislativa y constitucional, derivadas de unas circunstancias muy especiales, las que orientaron y justificaron la citada disposición transitoria.

Sin embargo, en el caso de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, en su exposición de motivos no se realiza consideración ni salvedad alguna equiparables a las que se hacía en la de la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, que permitan sustentar un régimen transitorio. Además, las referencias que se hacen a la situación anterior a la reforma son para denostarla y, desde luego, no se manifiesta en absoluto la vocación de prolongar la regulación vigente. Al revés, la única preocupación del legislador es darla por definitivamente terminada. En coherencia con el preámbulo, los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, nada dicen sobre las cuestiones pendientes o de derecho intertemporal. De esa manera la concatenación que establece la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, entre la atribución en exclusiva al Tribunal Constitucional del enjuiciamiento de las normas forales fiscales, la negación expresa del mismo a la jurisdicción contencioso-administrativa y la decisión de no incluir una disposición transitoria revelan con nitidez que la finalidad de la norma es la de no mantener la inicial jurisdic-

ción de los Tribunales Contencioso-Administrativos sobre las normas forales fiscales.

Así las cosas, conviene recordar que la previa atribución de jurisdicción es presupuesto inexcusable para que los Tribunales de Justicia puedan entrar a conocer y resolver los litigios que se le presenten (arts. 9.3 y 117.3 CE; 9.1 LOPJ; 37 y 44 de la Ley de enjuiciamiento civil: LEC). Además de estar previamente atribuida, la jurisdicción ha de mantenerse en todo momento para que los actos judiciales sean válidos. De otro lado, la carencia de jurisdicción ha de ser apreciada incluso de oficio (art. 5.2 LJCA), tanto cuando se produce ab initio como cuando sobreviene una vez comenzadas las actuaciones judiciales. Desde esta perspectiva la aplicación inmediata de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, resulta obligada, sin que ello la convierta en una norma retroactiva. Y no lo es porque su afectación a los procedimientos en trámite y, en particular, al presente recurso contencioso-administrativo, sobreviene en la fase en la que se encuentren cualquiera que sea ésta. En definitiva, lo que la citada ley produce no es la asignación a los actos procesales ya ejecutados de unos efectos distintos a los que tuvieron conforme a la legislación procesal derogada, sino la imposibilidad de que se sigan dictando otros nuevos al carecer los órganos judiciales de jurisdicción para ello a causa de la pérdida de la que venían ejerciendo hasta el momento. La ley, por lo tanto, despliega su eficacia pro futuro, dejando sin presupuesto válido la actuación en este caso de la Sala que venía conociendo del recurso de casación núm. 2481-2004.

Como se tiene declarado en la STC 4/1990, en relación con la modificación producida en los artículos 22 y ss. de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar, que crearon la Sala Quinta del Tribunal Supremo, a las

normas procesales les es de aplicación el principio *tempus regit actum*. Sería ahora inconsistente sostener que la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, no tenga incidencia en procedimientos judiciales pendientes.

Sobre esta misma cuestión se pronunció la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de mayo de 1966 (recurso contencioso-administrativo núm. 105-1993) que rechazó los argumentos del Ministerio Fiscal sobre la falta de previsión en la Ley Orgánica 6/1994 de su retroactividad y el «principio de continuidad de la jurisdicción» y centró su ratio decidendi en la necesidad de garantizar el cumplimiento de la finalidad de la reforma del art. 66. «Tal propósito –se afirma en la Sentencia– quedaría desvirtuado si de la nueva competencia de la Audiencia Nacional se excluyeran los actos de los Jefes de los Estados Mayores por razón de la aplicación del principio de perpetuación o continuación de la jurisdicción, según la delimitación existente al iniciarse el proceso» (FJ 2).

Criterio que han seguido otras leyes ordinarias de modo que puede decirse que cuando el legislador ha querido mantener la aplicación de la ley derogada a los procesos en curso lo ha previsto expresamente. Así consta, por ejemplo, en las disposiciones transitorias de la LEC o en la reforma llevada a cabo por la disposición transitoria décima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ.

El mencionado principio de continuidad de la jurisdicción (art. 411 LEC) implica que las alteraciones que una vez iniciado el proceso se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia. De ahí se deriva, en definitiva, el mantenimiento de la competencia inicial del Juez aunque más tarde se mo-

difiquen o alteren los hechos que dieron lugar a su fijación. Sin embargo, como acertadamente precisa la Sentencia de 10 de mayo de 1996, la *perpetuatio iurisdictionis* no juega cuando las que se alteran son las normas reguladoras de la jurisdicción, frente a cuya modificación no cabe oponer dicho principio.

No obstante, aunque los ejemplos invocados confirman la interpretación que defendemos, se refieren a supuestos en los que la modificación legislativa ha consistido en una reasignación de la jurisdicción en el seno del Poder Judicial (en el ya citado orden militar, en el mercantil con la creación de los Juzgados del mismo o en las infracciones y sanciones en el orden social) de modo que la materia seguía siendo justiciable pero ante otro órgano o con otras normas procesales. Sin embargo, en el caso que nos ocupa el cambio es cualitativo, pues quien asume la función de control jurisdiccional de las normas forales fiscales es la justicia constitucional a través de un órgano constitucional separado y diferenciado por completo del Poder Judicial al que, consecuentemente, se niega en bloque el enjuiciamiento de dichas normas. Éstas pasan a ser materia no fiscalizable por los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, sin que eso signifique que queden exentas de control alguno. Lo que ocurre es que la sumisión de las normas forales fiscales al bloque de la constitucionalidad se asegura directamente por el guardián de la Constitución que pasa a ser Juez natural de estas cuestiones.

En definitiva, a diferencia de los supuestos en los que la pérdida de jurisdicción por parte de un órgano judicial se ha debido a su atribución a otros órdenes jurisdiccionales legalmente establecidos, aquí la asume un órgano constitucional distinto, por lo que su incidencia en los procesos que resulten afectados han de ser, con toda lógica, más inmediata y efectiva si cabe.

c) La representación procesal de la Diputación Foral sostiene, a continuación, que la pérdida de la jurisdicción del Tribunal Supremo no implica necesariamente que la competencia para conocer del recurso de casación núm. 2481-2004 haya de recaer en el Tribunal Constitucional.

La decisión que haya de tomar el Tribunal Constitucional, al amparo del art. 4.1 LOTC, ha de fundarse en lo dispuesto en la Constitución y en la LOTC, siendo determinante a esos efectos la consideración de las funciones que tiene atribuidas y, por lo tanto, los concretos procesos constitucionales a través de los que las ejercita. Si se analiza la LOTC se observa que el plazo para interponer el recurso directo contra las normas forales fiscales es de tres meses a contar desde su publicación (arts. 31 y 33, en relación con la disposición adicional quinta de la LOTC). Un plazo que por razones obvias no se observaría en este caso. En consecuencia, el vencimiento del plazo para recurrir es el motivo que impide que el Tribunal Constitucional entre a conocer del referido recurso de casación. En estricta aplicación de los citados preceptos de la LOTC, el Tribunal Constitucional debe apreciar su incompetencia y ordenar el archivo de las actuaciones.

d) A mayor abundamiento, argumenta la representación procesal de la Diputación Foral que la Administración del Estado en el recurso contencioso-administrativo núm. 1380-2001 no alegó ninguna vulneración constitucional, de modo que el recurso de inconstitucionalidad que se interpusiera no podría ser admitido a trámite, ya que la impugnación de la norma foral no se ha basado en infracciones constitucionales, sino exclusivamente en vulneraciones del Concierto económico que escapan a la competencia del Tribunal Constitucional.

Además, de conformidad con una reiterada doctrina constitucional, la termi-

nación del procedimiento acordada por Auto del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010 y la declaración de incompetencia del Tribunal Constitucional no lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La primera decisión porque el recurso de casación es expresión de un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de desenvolverse en el marco de lo que determinen las leyes en cada momento, las cuales lo limitan significativamente cuando se trata del acceso a la segunda instancia judicial como ocurre en este caso. Es evidente que la interpretación de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, que ha hecho el Tribunal Supremo está fundada en razones objetivas que derivan del propio texto legal, así como viene avalada por la doctrina constitucional y del propio Tribunal Supremo. Por motivos análogos, la declaración de incompetencia del Tribunal Constitucional satisface plenamente las exigencias del art. 24 CE.

La representación procesal de la Diputación Foral concluye su escrito suplicando del Tribunal Constitucional que inadmita la remisión de las actuaciones relativas al recurso de casación núm. 2481-2004 y, subsidiariamente, desestime las alegaciones efectuadas en dicho recurso.

7. La representación procesal de las Juntas Generales del Territorio Histórico de Guipúzcoa evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 10 de noviembre de 2010, de contenido idéntico al escrito de la Diputación Foral del mismo Territorio Histórico resumido en el anterior antecedente y que, en razón de su identidad, se da por reproducido.

8. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 22 de noviembre de 2010 que, en lo sustancial, a continuación se resume.

a) Para el Ministerio Fiscal se trata de un supuesto en el que procede que el Tribunal Constitucional ejerza la potestad de delimitar el ámbito de su jurisdicción y adopte las medidas necesarias para preservarla (art. 4.1 LOTC). No es cuestión a debatir si la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, excluye del conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo los recursos que se interpongan contra las normas forales vascas de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que a partir de la entrada en vigor de aquella ley corresponderán al Tribunal Constitucional, sino la decisión de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de declinar el conocimiento del recurso de casación. Decisión que se basa en dos pilares: la ausencia en la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de una disposición transitoria que permita perpetuar la jurisdicción del Tribunal para acabar de conocer y resolver los recursos interpuestos contra las normas forales del Territorio de Guipúzcoa y el tenor de la nueva normativa («corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos “interpuestos”»). A juicio del Ministerio Fiscal ninguno de los dos argumentos resultan atendibles.

b) En cuanto al primero, la decisión judicial resulta improcedente y basada en un razonamiento contrario al sentido natural de la *perpetuatio iurisdictionis*, que, más allá de hallar manifestaciones concretas en algunos preceptos de nuestra legislación (art. 411 LEC), constituye una exigencia de aplicación general en el orden procesal en materia de cuestiones de competencia y jurisdicción. Asimismo, como se razonará más adelante, podrá venir a implicar una contravención del principio rector en materia de aplicación en el tiempo de las normas procesales que, previsto en el art. 2 LEC, pero de aplicación supletoria a los demás órdenes jurisdiccionales, se concreta en la regla

de que salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los Tribunales se sustanciarán por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas.

En efecto, conforme al referido principio de *perpetuatio iurisdictionis*, entroncado con el derecho al Juez natural o predeterminado por la ley (art. 24 CE) y derivado de las exigencias de seguridad jurídica y economía procesal, la regla es que un cambio posterior en materia de jurisdicción y/o competencia no tiene efecto respecto de las que rigen para el momento de la interposición del recurso e iniciación del correspondiente proceso, de manera que las alteraciones que se produzcan con posterioridad al inicio de éste no modificarán la jurisdicción y competencia a no ser que una disposición transitoria expresa establezca otra cosa. En consecuencia, un recto entendimiento de dicho principio implica que no puede un Tribunal, por una situación sobrevenida de cambio normativo, mantener, sin más, que la jurisdicción y/o competencia que tenía atribuida es ya de otra autoridad, ya sea administrativa, judicial o, como en este caso, constitucional salvo que la ley misma disponga otra cosa. La radicación de un causa ante un Tribunal fija definitivamente la jurisdicción de este Tribunal sobre aquella causa, que debe mantenerse rigiendo a tales efectos la situación normativa vigente al momento del inicio de la litispendencia salvo disposición expresa de la que se deduzca una solución de distinto tenor. Una correcta interpretación del principio reseñado conlleva, como se sostiene en el Voto particular emitido a la resolución de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a que ésta debió conocer del recurso de casación y dictar Sentencia resolviéndolo. La Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, no contiene disposición transitoria alguna para

los procesos aun no fenecidos y excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa los recursos que se interpongan –debe entenderse por el principio de perpetuación en la jurisdicción, en lo sucesivo– contra las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

c) Respecto al argumento de que la competencia de este Tribunal se deduce del tenor literal de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, (recursos «interpuestos»), además del carácter no unívoco de este término en la disposición adicional quinta de la LOTC, los términos de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, apuntan precisamente en una dirección contraria a lo sostenido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, trasluciendo una voluntad del legislador de proyectar al efecto de futuro la vigencia de la nueva disposición jurisdiccional de manera congruente con la ausencia de una disposición transitoria para los procesos en curso que sometiese los mismos al nuevo régimen.

En efecto, el artículo segundo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, que tiene por objeto la modificación del art. 9.4 LOPJ, y su disposición adicional única, que añade una letra *d*) al art. 3 LJCA, emplean los términos «recursos directos o indirectos que se interpongan», lo que, a juicio del Ministerio Fiscal, indica una proyección de estas disposiciones al futuro, de manera que su aplicación ha de entenderse a los recursos que se interpongan tras la entrada en vigor de la reforma. Lo que se ve reforzado por el alcance de la nueva disposición adicional quinta de la LOTC al establecer que «[l]a interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y Sentencia de los recursos y cuestiones referidos en el apartado anterior, se regirán por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de

inconstitucionalidad respectivamente». Previsión ésta que plantearía problemas de difícil solución si se pretendiese aplicar a procesos en curso que, como sostiene el Tribunal Supremo, deben salir, sin más, del conocimiento de la actual jurisdicción contencioso-administrativa, y parece estar pensado para nuevos recursos interpuestos a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa que se someten a las nuevas reglas –las de la normativa procesal constitucional– de legitimación, interposición y tramitación.

d) Resulta palmario que la Sala judicial no se plantea la cuestión del cambio de tramitación y excluye de su conocimiento «el recurso de casación» núm. 2481-2004 interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de diciembre de 2003, en el recurso núm. 1380-2001, por haber pasado a corresponder «el conocimiento del mismo» al Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en los artículos primero y segundo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero. Incluso la Sala en su Auto ordena emplazar a las partes para que puedan comparecer ante este Tribunal Constitucional «para que puedan seguir el curso de los autos». Se está, pues, ante una suerte de traspaso de conocimiento de un concreto recurso de casación. Ello quiebra la lógica del sistema. Resulta evidente que el Tribunal constitucional no puede conocer del recurso de casación, no puede convertirse en el Juez de la casación y estar delimitado, adicionalmente, por los concretos límites de conocimiento propios de la naturaleza extraordinaria y singular del recurso de casación y el motivo que eventualmente haya sido invocado. Se desconoce con ello que el cambio que implica la reforma no es simplemente un cambio de sujeto jurisdiccional responsable del conocimiento sino un cambio

de todo el modelo procesal impugnativo y no se ha establecido una regulación expresa que permita una especie de sucesión procesal en actos de tramitación o resolución respecto de concretos procesos y procedimientos no fenecidos que posibilite que un órgano de jurisdicción constitucional suceda y retome sin solución de continuidad a un órgano judicial ordinario continuando en el mismo punto procesal que éste dejó el correspondiente procedimiento y proceso.

Si se siguiera la tesis de la Sala judicial acerca de la pérdida de jurisdicción ordinaria del orden contencioso-administrativo sobre los recursos con procesos en curso a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, se llegaría al absurdo, llevada a sus últimas consecuencias, de la necesidad de comenzar ab initio con la tramitación desde el principio y conforme a las nuevas reglas de plazo de interposición (art. 33 LOTC), legitimación (art. 32 LOTC) y tramitación (art. 34 LOTC), se supone, a partir de la vigencia de la reforma, siendo que el proceso lleva más de nueve años de tramitación y hay una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco aún sin firmeza, sin que la jurisdicción ordinaria haya dado una respuesta definitiva tras una permanencia del recurso de casación que se pretende «traspasar» de más de seis años en sede y bajo la responsabilidad del órgano que acuerda su traspaso. Dicha Sentencia «intermedia» quedaría, por demás, en un limbo jurídico o afectada de una invalidez o eficacia extra ordinem de llevar la exclusión de conocimiento por la jurisdicción ordinaria a todos sus extremos respecto del proceso en curso. Se trufaría la reforma con una aplicación retroactiva de implicaciones procesales insospechadas. Ello implicaría admitir una especie de muerte retroactiva de la jurisdicción contencioso-administrativa injustificable desde el plano técnico jurídico procesal. El ya reseñado principio rector en materia

de aplicación en el tiempo de las normas procesales, previsto en el art. 2 LEC, pero de aplicación supletoria a los demás órdenes jurisdiccionales es que salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de derecho transitorio, los recursos que correspondan a los Tribunales se sustanciarán por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas.

Los argumentos de la Sala se resquebrajarían adicionalmente de estimar que el objeto del recurso de casación y de análisis jurisdiccional es precisamente la Sentencia ya dictada y, por tanto, más que un recurso contra la norma foral es un recurso extraordinario contra la Sentencia. Desde luego ello eximiría de tratar la cuestión central de cuestionar la aplicabilidad de la reforma a un proceso en curso, ya que ni siquiera estaríamos ante un «recurso contra la norma», sino ante un recurso contra una Sentencia, lo que definitivamente excluiría la esfera de influencia de la reforma normativa. Pero es que aún si se entiende que lo que se acaba discutiendo directa o indirectamente es la conformidad o no a derecho de la norma foral, lo cierto es que no cabe reconocer una aplicabilidad retroactiva del nuevo régimen procedimental y jurisdiccional a los procesos en curso por las razones ya insistentemente expuestas.

La solución de que el Tribunal Constitucional retome el proceso en el punto en que se dejó por el órgano judicial ordinario o de que se inicie de nuevo todo el trámite abriendo un nuevo plazo de interposición bajo la nueva reglas procesales se revelan inadmisibles sobre la base de lo estrictamente dispuesto en la Ley Orgánica 1/2020, de 19 de febrero, y los principios rectores en el orden procesal.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones solicitando que el Tribunal Constitucional, conforme al art. 4.1 LOTC, delimite su ámbito de jurisdicción

y declare su falta de jurisdicción para conocer de las actuaciones remitidas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo relativas al recurso de casación núm. 2481-2004 y proceda a su devolución a dicho órgano judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2010, recaído en el recurso de casación núm. 2481-2004, hace necesario que este Tribunal Constitucional, ejercitando la facultad que le confiere el art. 4 LOTC de delimitar el ámbito de su jurisdicción y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para preservarla, resuelva si puede entrar en el ámbito de la jurisdicción que tiene atribuida por la Ley Orgánica la decisión del recurso de casación que por el Auto precitado ha sido remitido, sometiéndolo a nuestro conocimiento, teniendo nuestra resolución al respecto el alcance que le atribuyen los apartados 1 y 2 de dicho artículo.

Como se ha dejado constancia en los antecedentes, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha acordado en el mencionado Auto excluir de su conocimiento el recurso de casación núm. 2481-2004, interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 781/2003, de 26 de diciembre, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 1380-2001 promovido contra el art. 4, apartado 8, de la Norma Foral 2/2001, de 12 de febrero, por la que se aprueban determinadas medidas tributarias para el Territorio Histórico de Guipúzcoa, por entender que su conocimiento ha pasado a corresponder al Tri-

bunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en los artículos primero y segundo de la citada Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, procediendo, en consecuencia, a remitir a este Tribunal las actuaciones practicadas en el referido recurso y a emplazar ante él a las partes para seguir el curso de los autos.

El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, tras poner de manifiesto en sus respectivos escritos de alegaciones que sólo al Tribunal Constitucional corresponde delimitar el ámbito de su jurisdicción (art. 4.1 LOTC), sostienen, por las razones que se han dejado expuestas en los antecedentes, que procede declarar la falta de jurisdicción de este Tribunal para conocer del recurso de casación núm. 2481-2004 y devolver las actuaciones a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Por su parte la representación procesal de las Juntas Generales y de la Diputación Foral del Territorio Histórico de Guipúzcoa, por las razones que también se han recogido en los antecedentes, considera correcta la decisión de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de apreciar su falta de jurisdicción sobrevenida para continuar conociendo del recurso de casación núm. 2481-2004 a causa de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, si bien estima asimismo que el Tribunal Constitucional debe apreciar su incompetencia y ordenar el archivo de las actuaciones.

2. La Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, ha sido objeto de cuatro recursos de inconstitucionalidad pendientes aún de resolución (recursos de inconstitucionalidad núms. 3443-2010, 4138-2010, 4223-2010 y 4224-2010, promovidos, respectivamente, por el

Consejo de Gobierno y el Parlamento de la Rioja y por la Junta y las Cortes de Castilla y León). Sin necesidad de llevar a cabo un análisis de la constitucionalidad de esta reforma legislativa, que pudiera prejuzgar algunas de las cuestiones suscitadas en dichos recursos, en las que este Auto en modo alguno pretende entrar, es suficiente una consideración liminar de la misma respecto a las previsiones relativas al control jurisdiccional de las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco para delimitar el ámbito de la jurisdicción de este Tribunal como consecuencia de la referida decisión de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

La Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, añade a la LOTC una nueva disposición adicional quinta, que a los efectos que ahora interesa, establece:

«Disposición adicional quinta (nueva).

1. Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre).

El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal.

El parámetro de validez de las Normas Forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de esta Ley.

...»

Se trata, en el primer caso, de un recurso directo contra las referidas normas forales y, en el segundo, de un proceso prejudicial respecto del litigio principal del que conocen los órganos jurisdiccionales, cuyo fallo depende de la validez de la norma foral cuestionada ante el Tribunal Constitucional. El parámetro de validez de las normas forales enjuiciadas a través de dichos procesos ha de ajustarse a lo dispuesto en el art. 28 LOTC, esto es, al parámetro de validez de las normas y disposiciones legales objeto del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad regulados en el Título II LOTC. También por lo dispuesto en este Título II LOTC para estos dos últimos procesos constitucionales se rigen la interposición, la legitimación, la tramitación y la Sentencia de los recursos y cuestiones sobre las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, si bien los trámites de traslado de la demanda previstos para el recurso de inconstitucionalidad en el art. 34 LOTC y para la cuestión de inconstitucionalidad en el art. 37 LOTC han de entenderse en su caso con las correspondientes Juntas Generales y Diputaciones Forales. En fin, en la tramitación de los recursos y cuestiones sobre dichas normas forales son de aplicación las reglas atributivas de competencias al Pleno y las Salas del Tribunal Constitucional recogidas en la LOTC (apartados 1 y 2 disposición adicional quinta de la LOTC).

La adición a la LOTC de esta nueva disposición adicional quinta se complementa en la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, con la nueva redacción que se da al art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y con el añadido al art. 3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) de una nueva letra *d*). En efecto, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, da una nueva redacción al art. 9.4 LOPJ, que define el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional conten-

cioso-administrativo, en cuyo inciso final se dispone que «[q]uedan excluidos de su conocimiento [del orden contencioso-administrativo] los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica». En el mismo sentido la disposición adicional única de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, añade al art. 3 LJCA una nueva letra *d*), en la que, como asuntos que no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se recogen «[l]os recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica».

Así pues, en una consideración liminar de las reformas legislativas llevadas a cabo por la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, cabe concluirse, a los efectos que ahora interesan, que el Tribunal Constitucional tiene atribuido el conocimiento de los recursos y cuestiones sobre las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco regulados en la disposición adicional quinta, apartados primero y segundo, de la LOTC, a los que son de aplicación, en materia de interposición, legitimación, tramitación y Sentencia lo establecido, respectivamente, para el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad en el Título II LOTC, así como las disposiciones comunes a uno y otro procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, ajustándose el parámetro de validez de aquellas normas forales a lo dispuesto también en el art. 28 LOTC para el recurso y la cuestión de

inconstitucionalidad. De otra parte, queda excluido el orden jurisdiccional contencioso-administrativo del conocimiento de los recursos directos e indirectos que se interpongan contra dichas normas forales, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional «en los términos establecidos en la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica» [arts. 9.4 in fine LOPJ y 3.d) LJCA].

3. Este Tribunal entiende que el ámbito de su jurisdicción en relación con el control de las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya se circunscribe exclusivamente a los recursos y cuestiones regulados en la disposición adicional quinta de la LOTC que se promuevan contra dichas normas tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero. En otras palabras, los únicos procesos a través de los cuales el legislador orgánico ha atribuido al Tribunal Constitucional el control de las normas forales fiscales de los mencionados Territorios Históricos son el recurso y la cuestión contemplados en la mencionada disposición adicional quinta de la LOTC, resultando efectiva dicha atribución, a falta de una expresa previsión legal en sentido contrario, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero.

Delimitado en los términos expuestos el ámbito de la jurisdicción de este Tribunal en relación con la concreta competencia que le confiere la disposición adicional quinta, apartados primero y segundo, de la LOTC, no resulta adecuado a esa delimitación el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2010.

En efecto, su falta de adecuación resulta evidente si se atiende al tenor literal del referido Auto, en el que se acuerda excluir del conocimiento de la Sección y que pase al conocimiento del Tribunal

Constitucional el recurso de casación núm. 2481-2004 interpuesto contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 781/2003, de 26 de diciembre, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 1380-2001, remitiendo las actuaciones y emplazando a las partes ante este Tribunal para que comparezcan ante él a fin de seguir el curso de los autos. Es notoria la absoluta falta de jurisdicción o competencia de este Tribunal para conocer de un recurso de casación. Como rotundamente afirman el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, y sin necesidad de entrar en otro tipo de consideraciones, este Tribunal Constitucional no es un Juez de casación, ni, más concretamente, la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, lo ha convertido en un Tribunal de casación de las Sentencias dictadas por los Tribunales contencioso-administrativos sobre las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La conclusión tampoco puede ser distinta si la decisión de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se entendiese, en un significado más contextualizado, en el sentido de remitir al Tribunal Constitucional los procesos o recursos sobre las normas forales fiscales de los referidos Territorios Históricos en curso o no fenecidos a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero. En efecto, además de que la entrada en vigor de esta Ley es el momento en que ha devenido efectiva la atribución y asunción por el Tribunal Constitucional del control de aquellas normas forales a través del recurso y de la cuestión regulados en la disposición adicional quinta de la LOTC, este Tribunal, de acuerdo con la delimitación de su jurisdicción que ha efectuado, únicamente puede enjuiciar las normas forales fiscales de los Territo-

rios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco a través de esos concretos procesos constitucionales y en los términos regulados en la LOTC, los cuales por su naturaleza, requisitos y parámetro de enjuiciamiento, entre otros elementos, presentan sustanciales diferencias con los recursos contencioso-administrativos y con los recursos de casación. En definitiva, el legislador orgánico ha atribuido a la jurisdicción o competencia del Tribunal Constitucional los recursos y cuestiones sobre las normas forales fiscales de los mencionados Territorios Históricos, no otros procesos judiciales o recursos de distinta naturaleza.

Y, en fin, el expediente a una posible transformación o adecuación de los procesos o recursos no concluidos que tengan por objeto inmediato o mediato normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco en los procesos constitucionales regulados en la disposición adicional quinta de la LOTC carece de base legal, no habiendo facultado el legislador a este Tribunal para llevar a cabo la referida transformación procesal.

4. En consecuencia, delimitado ex art. 4.1 LOTC en los términos que han quedado expuestos el ámbito de la jurisdicción de este Tribunal en relación con procesos constitucionales sobre las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco atribuidos a su conocimiento por la disposición adicional quinta de la LOTC (apartados 1 y 2), procede, a los efectos de preservar aquel ámbito, declarar su falta de jurisdicción para conocer del recurso de casación núm. 2481-2004 remitido por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y devolver las actuaciones y el expedientes recibidos a dicho órgano jurisdiccional.

Por lo expuesto el Pleno del Tribunal
ACUERDA

Declarar la falta de jurisdicción de este Tribunal para conocer del recurso de casación núm. 2481-2004 remitido por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por Auto de 14 de mayo de 2010 y devolver las actuaciones y el expediente recibidos relativos al referido recurso de casación a dicho órgano jurisdiccional.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a uno de diciembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugeni Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez-Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

SALA PRIMERA

SALA PRIMERA. AUTO 154/2010, de 15 de noviembre de 2010. Desestima el recurso de súplica del Fiscal sobre inadmisión del recurso de amparo 6392-2007, promovido por don José María Valdemoro Giménez y doña María Dolores Amparo Valdemoro en relación con resoluciones de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictadas en trámite de admisión de recurso de casación («BOE» núm. 306 de 17 de diciembre de 2010.)

Excms. Srs.: Doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.

Núm. de registro: 6392-2007.

Asunto: Recurso de amparo promovido por don José María Valdemoro Gi-

ménez y doña María Dolores Amparo Valdemoro Giménez.

Sobre: Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la diligencia de ordenación de 29 de enero de 2007, y Auto de 6 de febrero de 2007, dictados en el recurso de casación núm. 1058-2003.

AUTO

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 17 de julio de 2007, el Procurador de los Tribunales don Vicente Rui-gómez Murieras, en nombre y representación de don José María Valdemoro Giménez y doña María Dolores Amparo Valdemoro Giménez, interpuso recurso de amparo contra, por un lado, el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la diligencia de ordenación de 29 de enero de 2007, dictada en el recurso de casación núm. 1058-2003, en la que se notifica cambio de composición en la Sala de admisión y, por otro, el Auto de 6 de febrero de 2007, por el que se inadmite el citado recurso de casación.

2. La demanda de amparo trae causa en los siguientes hechos:

a) Los demandantes de amparo interpusieron recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, tramitado con el núm. 1058-2003. Por diligencia de ordenación de 29 de enero de 2007, se notificó un cambio de composición de la Sala de admisión y de ponente. El recurso fue inadmitido por Auto de 6 de febrero de 2007, argumentando, en relación con el tercer motivo, que estaba incurso en la causa de inadmisión

del artículo 483.2, en relación con los artículos 481.1 y 479.2 de la Ley de enjuiciamiento civil 2000, por cuanto se fundamenta en una infracción legal diferente de las indicadas en la preparación, ya que en ese escrito no se citaba la infracción del artículo 1717 del Código civil (CC). La diligencia de ordenación y el Auto de inadmisión fueron notificados el mismo día.

b) Los demandantes de amparo interpusieron recurso de reposición contra la diligencia de ordenación alegando que la notificación conjunta con el Auto de inadmisión les impedía ejercer su derecho de abstención y recusación. El recurso fue desestimado por Auto de 22 de mayo de 2007, argumentando que no se acompañaba de manifestación expresa sobre la eventual concurrencia de una causa de recusación concreta cuyo ejercicio se hubiera visto impedido por la notificación tardía de la diligencia impugnada.

3. Los recurrentes aducen en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho de acceso al recurso, argumentando que el Auto de inadmisión había incurrido en error, ya que el artículo 1717 CC fue citado de modo expreso en el escrito de preparación del recurso. Igualmente, alegan la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que la notificación tardía de la diligencia de ordenación comunicando el cambio de composición de la Sala de admisión y de ponente impidió el ejercicio del derecho de recusación. Por último, vuelven a alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruencia omisiva del Auto resolutorio del recurso de reposición, al no darse respuesta a las cuestiones planteadas respecto de la notificación tardía del cambio de composición y de ponente. En la demanda se justifica la especial trascendencia constitucional del

recurso poniéndolo en relación con la existencia de las vulneraciones alegadas.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 22 de abril de 2009, inadmitió el recurso de amparo por no apreciar la especial trascendencia constitucional que, como condición para la admisión de un recurso de amparo, requiere el artículo 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

5. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 18 de mayo de 2009, interpuso recurso de súplica contra la citada providencia de inadmisión, considerando que en la demanda de amparo se dedicaba un apartado a la justificación de la especial trascendencia constitucional, en el que se destacaba la existencia de un error manifiesto del Tribunal Supremo y la indefensión que ello le había generado, así como la limitación del derecho a recusar, haciendo especial incidencia en que la vulneración denunciada procede del máximo órgano jurisdiccional, salvo en materia de garantías constitucionales, como lo es el Tribunal Supremo. A partir de ello el Ministerio Fiscal afirma que las lesiones denunciadas pueden ser incluidas en cualquiera de los apartados del artículo 50.1.b) LOTC referidos a la importancia que tiene para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia así como para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

6. La Secretaría de Justicia de la Sección Segunda de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 20 de mayo de 2009 acordó dar traslado del recurso de súplica para alegaciones a los demandantes, quienes por escrito registrado el 28 de mayo de 2009 se adhirieron al recurso, reiterando los argumentos ya formulados en la demanda de amparo.

7. La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 27 de abril de 2010,

acordó recabar para sí el conocimiento de esta causa.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Ministerio Fiscal fundamenta su recurso de súplica en que las vulneraciones denunciadas en la demanda de amparo –relativas a la existencia de un error patente, incongruencia omisiva y privación del derecho a recusar por la notificación tardía del cambio de composición de la Sala de admisión– tienen especial trascendencia constitucional, en los términos señalados en el artículo 50.1.b) LOTC, toda vez que pueden ser incluidas en cualquiera de los supuestos contemplados en este precepto, referidos a la importancia que tiene para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia así como para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Por tanto, la demanda de amparo debe ser admitida a trámite.

2. Este Tribunal ya ha destacado que la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha supuesto una importante modificación del régimen jurídico del trámite de la admisión del recurso de amparo, por la inclusión de nuevos requisitos de procedibilidad, entre los que destaca el enunciado en el artículo 50.1.b) LOTC de que el contenido del recurso debe justificar una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional por su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (así, STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

Igualmente, este Tribunal ha señalado que este requisito «plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el artículo 161.1.b) CE, en relación con su artículo 53.2 CE, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo, la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su “especial trascendencia constitucional”, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1.b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1.b) LOTC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (SSTC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC)» (STC 155/2009, FJ 2).

Este Tribunal, en la función que le corresponde de apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de la especial trascendencia constitucional, atendiendo

a los tres criterios que se establecen el artículo 50.1.b) LOTC, ha señalado una serie de casos en los que cabe apreciar dicha especial trascendencia constitucional, como son: «a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los su-

puestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios» (STC 155/2009, FJ 2).

3. En el presente caso, como se ha expuesto en los antecedentes y ha recordado el Ministerio Fiscal, los recurrentes han intentado justificar formalmente la especial trascendencia constitucional de su demanda. Dicha justificación, sin embargo, se ha limitado a remitirse a lo expuesto para justificar las vulneraciones aducidas. Del mismo modo, el Ministerio Fiscal, en su recurso de súplica también ha destacado que los recurrentes han expuesto en su demanda la existencia de un error manifiesto del Tribunal Supremo y la indefensión que ello le había generado, así como la limitación del derecho a recusar, haciendo especial incidencia en que la vulneración denunciada procede del máximo órgano jurisdiccional, salvo en materia de garantías constitucionales, como lo es el Tribunal Supremo. A partir de ello el Ministerio Fiscal afirma que las lesiones denunciadas pueden ser incluidas en cualquiera de los apartados del artículo 50.1.b) LOTC referidos a la importancia que tiene para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia así como para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales, pero sin argumentar en qué consiste su especial trascendencia.

4. En atención a lo expuesto, procede confirmar la inadmisión de la demanda de amparo, cuya reconsideración solicitaba el Ministerio Fiscal, por no cumplir con el necesario requisito de admisión de tener una especial trascendencia constitucional que permita a este Tribunal pronunciarse sobre el fondo de

las vulneraciones aducidas en la demanda.

En primer lugar debe recordarse que no cabe apreciar la eventualidad de una especial trascendencia constitucional del recurso fundamentada exclusivamente en la lesión subjetiva del derecho, toda vez que, como ya se ha señalado anteriormente, la especial trascendencia constitucional es algo diferente a la mera lesión subjetiva del derecho fundamental cuya vulneración se aduce en el amparo. De ese modo la pretensión de los recurrentes y del Ministerio Fiscal de que se considere justificada la especial trascendencia constitucional del recurso con fundamento en las vulneraciones denunciadas, pero sin realizar ningún esfuerzo argumental que las ponga en conexión con ninguno de los tres criterios establecidos en el artículo 50.1.b) LOTC, no resulta suficiente para apreciar la necesaria especial trascendencia constitucional exigida legalmente como requisito de admisión de la demanda de amparo.

Igualmente, tampoco se aprecia en el presente caso que, en los términos señalados anteriormente, concurra ninguno de los supuestos a partir de los cuales cabría derivar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional. Así, es manifiesto que las vulneraciones aducidas en este recurso de amparo, referidas a un error patente, incongruencia omisiva y a la eventual privación del derecho a recusar, no provienen de una disposición de carácter general, no trascienden al caso concreto, ni plantean cuestiones sobre la que no exista ya una amplia y nutrida doctrina del Tribunal Constitucional. Del mismo modo, en ausencia de una específica acreditación sobre el particular, cuya carga hubiera correspondido a los recurrentes, tampoco cabe apreciar que dichas vulneraciones provengan de

una reiterada interpretación jurisprudencial, de que exista un incumplimiento generalizado de la doctrina de este Tribunal ni que resulte preciso aclararla en ningún extremo.

Por último, tampoco se aporta ningún otro argumento que pueda justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. El único argumento que cabe deducir del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal consistiría en que las vulneraciones aducidas provienen del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, del Tribunal Supremo. Sin embargo, la redacción del artículo 50.1.b) LOTC es inequívoca al vincular la especial trascendencia constitucional con una serie de criterios que nada tienen que ver con la naturaleza del órgano al que se impute la vulneración.

5. En conclusión, debe confirmarse la inadmisión del presente recurso de amparo por estar incurso en la causa de inadmisión consistente en carecer de especial trascendencia constitucional [art. 50.1.b) LOTC], al no apreciarse ni haberse acreditado que su contenido resulte importante para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, ni para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

ACUERDA

Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, confirmar en su integridad la providencia de 22 de abril de 2009.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Jorge Rodríguez Zapata Pérez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SENTENCIAS. SECCIÓN TERCERA

Asunto Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. España

(Demandas n.ºs 51762/07 y 51882/07)

ESTRASBURGO, 7 de diciembre de 2010.

Esta sentencia será definitiva en las condiciones definidas en el artículo 44 § 2 del Convenio. Puede sufrir retoques de forma.

En el asunto Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera), reunido en sala de consejo compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra,

Ann Power, *jueces*,

y de Santiago Quesada, *secretario judicial*,

Tras haber deliberado a puerta cerrada el 9 de noviembre de 2010,

Dictan la siguiente sentencia adoptada en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del asunto se encuentran las demandas (n.ºs 51762/07 y 51882/07) dirigidas contra el Reino de España, en las que un partido político, Eusko Abertzale Ekintza - Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) («el demandante»), ha interpuesto demanda ante el Tribunal el 6 de noviembre de 2007 en virtud del artículo 34 del Convenio de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales («el Convenio»).

2. El partido demandante ha estado representado por el señor Rouget, abogado en San Juan de Luz, D. A. Araiz Flamarique, abogado en Pamplona y D. I. Iruin Sanz y D. U. Aiartza Azurtza, abogados de Guipúzcoa. El Gobierno español («el Gobierno») ha estado representado por son agente, D. I. Blasco Lozano, Abogado del Estado-Jefe ante el

Tribunal Europeo de los derechos humanos en el Ministerio de Justicia.

3. En su demanda, el demandante se queja, desde la perspectiva de los artículos 10 y 11 del Convenio, de la anulación de siete candidaturas de sus miembros en las elecciones al Consejo general de Guipúzcoa, Álava y Vizcaya, de 125 candidaturas de sus miembros en las elecciones municipales del País Vasco y de su candidatura en las elecciones al Parlamento de Navarra. Estas elecciones tuvieron lugar el 27 de mayo de 2007. Por otra parte, estimaba que tanto el recurso que había interpuesto ante el Tribunal Supremo como el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no habían constituido recursos efectivos en el sentido del artículo 13 del Convenio. Asimismo, en la demanda n.º 51762/07, el demandante invocaba también el artículo 3 del Protocolo n.º 1.

4. El 14 de abril de 2009, el Tribunal decidió acumular las demandas y comunicárselas al Gobierno. Tal y como permite el artículo 29 § 1 del Convenio, decidió, además, que la Sala se pronunciaría sobre la admisibilidad y el fondo al mismo tiempo.

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante, Eusko Abertzale Ekintza–Acción Nacionalista Vasca («EAE-ANV») es un partido político vasco.

A. El origen del asunto.

1. Historia del partido demandante hasta la transición y su integración en la coalición electoral Herri Batasuna.

6. El partido demandante se creó como partido político el 30 de noviembre de 1930, en Bilbao (País Vasco). En la base ideológica fundamental del partido

demandante se encuentra la afirmación de la especificidad de Euskal Herria (País Vasco) y su derecho a decidir libremente su futuro.

7. Cuando se proclamó la Segunda República en España, el 14 de abril de 1931, el partido demandante militó e hizo campaña a favor de la adopción de un estatuto de autonomía para el País Vasco. El 5 de noviembre de 1933, el Parlamento español aprobó por un voto el estatuto de autonomía.

8. En diciembre de 1976, después de la muerte del General Franco, se celebró el 2º Congreso del partido con el objetivo de su reorganización, basada en el reconocimiento de la personalidad jurídico-política del País Vasco, la existencia de una unidad nacional de siete provincias y el ejercicio del derecho a la autodeterminación en el ámbito de las libertades democráticas. También se decidió que el partido demandante debía usar todos los medios a su alcance para que el País Vasco dispusiera de un partido socialista y *abertzale* (patriota).

9. Con la instauración de la democracia en 1977, el partido demandante comenzó a existir legalmente. En junio de 1977, se presentó a las elecciones generales al Parlamento español. Ninguno de sus candidatos fue elegido.

10. En el 4.º Congreso del partido, el 17 de diciembre de 1978, se decidió reforzar el movimiento de Unidad Popular, Herri Batasuna (ver *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, n.ºs 25803/04 y 25817/04, CEDH 2009-...), conjuntamente con otros partidos nacionalistas de izquierda y personalidades individuales. El partido demandante apoya a la formación de Herri Batasuna desde el inicio, no obstante las divergencias políticas existen entre las dos formaciones, aunque sin dejar de reiterar su apoyo a la unidad nacionalista de izquierda.

2. La inscripción de EAE-ANV en el registro de partidos políticos y sus estatutos de 1977.

11. En los estatutos registrados por el partido político demandante figuran las siguientes indicaciones: «EAE-ANV es desde 1930 un partido político patriótico, con fines no lucrativos, que tiene en cuenta valores históricos y tradicionales de los pueblos circunvecinos y que busca la obtención de la autonomía para el País Vasco y una acción resuelta que tiende a la constitución de una sociedad equilibrada, democrática, lo más justa posible y no violenta». Se constituyó entonces como un partido político independiente y distinto de Batasuna y se inscribió como tal en el Registro de partidos políticos del Ministerio del Interior.

12. En aplicación de la ley n.º 43/1998 del 15 de diciembre de 1998 sobre la restitución o la compensación a los partidos políticos de los bienes y derechos embargados en aplicación de la regulación sobre las responsabilidades políticas del período 1936-1939, el partido demandante pidió al Gobierno español el pago de diversas cantidades relativas a varios inmuebles y cuentas corrientes de los que era propietario o titular durante este período.

13. Por un acuerdo del 27 de julio de 2001, el Consejo de Ministros estimó parcialmente la petición del partido demandante. En desacuerdo con esta decisión, el partido demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo que, por una sentencia del 7 de abril de 2003, acogió parcialmente su recurso. La cantidad global percibida del Estado por el partido demandante en aplicación de la ley n.º 43/1998 del 15 de diciembre de 1998 ascendía a un total de 695.901,37 euros (EUR), a 684.298,12 EUR en 2001 y a 11.603,25 EUR en 2003.

3. La ley orgánica n.º 6/2002 del 27 de junio de 2002 sobre partidos políticos

y el procedimiento de disolución de los partidos políticos Batasuna, Herri Batasuna y Euskal Herritarrok.

14. El 27 de junio de 2002, el Parlamento español adoptó la ley orgánica n.º 6/2002 sobre partidos políticos («la LOPP»). Entró en vigor al día siguiente.

15. Por una sentencia del 27 de marzo de 2003, el Tribunal Supremo declaró ilegales los partidos políticos Batasuna, Herri Batasuna y Euskal Herritarrok, y declaró su disolución, debido a que habían infringido la LOPP (*Herri Batasuna y Batasuna*, ya citada).

16. El partido demandante no estaba concernido por el procedimiento de disolución de los tres partidos arriba citados. Era pues un partido político legal.

B. La anulación de algunas candidaturas del partido demandante.

17. Por Real Decreto n.º 447/2007 del 2 de abril de 2007 fueron convocadas elecciones locales en todo el Estado español, así como elecciones a las Asambleas de Ceuta y de Melilla.

18. Por diversos decretos forales del 2 de abril de 2007 firmados por el Presidente del Gobierno de Navarra, el Diputado general de Álava, la Diputación foral de Guipúzcoa y la Diputación general de Vizcaya, se convocaron elecciones al Parlamento de Navarra y a las Asambleas generales de los Territorios históricos mencionados.

19. Por el decreto foral n.º 29/2007 del 2 de abril de 2007, se convocaron también por el Gobierno de Navarra elecciones municipales en esta provincia.

20. El 1 de mayo de 2007, los boletines oficiales de Navarra, de Vizcaya, de Álava y de Guipúzcoa publicaron las listas proclamadas de los candidatos presentados a las elecciones antes citadas, entre las cuales estaban incluidas todas las candidaturas presentadas por el par-

tido demandante en las diferentes elecciones.

21. El 3 de mayo de 2007, el Abogado General del Estado presentó un recurso contencioso-electoral con fundamento en el artículo 49 §§ 1 y 5 de la ley orgánica n.º 5/1985 del 19 de junio de 1985 relativa al régimen electoral general («la LOREG») y en el artículo 12 § 3 de la LOPP contra la aprobación de las listas de candidatos publicadas en los boletines oficiales de Álava, de Vizcaya, de Guipúzcoa y de Navarra del 1 de mayo de 2007, relativo a algunas candidaturas presentadas por el partido demandante.

22. El mismo día, la Fiscalía presentó un recurso contencioso-electoral, basado también en las mismas disposiciones, contra la aprobación definitiva de algunas candidaturas presentadas por el partido demandante.

23. El 3 de mayo de 2007, la Sala Especial del Tribunal Supremo, constituida conforme al artículo 61 de la Ley orgánica del Poder judicial («la LOPJ»), fijó un plazo que expiraba al día siguiente, para que los demandantes y los representantes de las listas electorales afectadas presentaran sus alegaciones en relación con el carácter adecuado, en este caso, del procedimiento previsto por el artículo 12 de la LOPP (párrafo 37 más arriba). Los interesados pudieron comparar y formular sus observaciones a este efecto.

24. Por resoluciones del 4 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo declaró admisibles los recursos presentados por el Abogado general y por la Fiscalía en el marco del procedimiento de ejecución 1/2003 derivado de las sentencias 6/2002 y 7/2002 del 27 de marzo de 2003 relativos a la disolución de los partidos políticos Batasuna, Herri Batasuna y Euskal Herritarrok. Decidió, además, acumular los recursos y examinarlos según la vía prevista por el artículo 12 § 3 combinado con el artículo 12 § 1 b) de la LOPP.

25. El 4 de mayo de 2007, el partido demandante formuló sus observaciones, contestando a las del abogado del Estado y de la fiscalía.

26. Por un auto del 5 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo estimó los recursos presentados por el Abogado general del Estado y por la Fiscalía y anuló las candidaturas del partido demandante.

27. El Tribunal Supremo evocó en primer lugar la vía procedimental utilizada por los demandantes a saber, el recurso contencioso-electoral, y las diferencias en relación a los otros procesos electorales examinados por la misma Sala del Tribunal. Señala que, en las elecciones municipales de 2003, las elecciones al Parlamento europeo de 2004 y las elecciones a los Parlamentos de las comunidades autónomas de 2005, los recursos presentados por el abogado del Estado y la fiscalía estaban fundados en la continuidad de los partidos políticos disueltos a través de diferentes instrumentos tales como las agrupaciones electorales, constituidas para descartar los efectos de la sentencia de disolución. En este caso, sin embargo, la demanda de prohibición de las candidaturas concernía a las listas presentadas por un solo partido político –el partido demandante– en las diferentes circunscripciones electorales de las comunidades autónomas del País Vasco y de Navarra. Sin embargo, los demandantes no pretendían obtener la exclusión de todas las listas presentadas por el partido demandante, y aun menos su disolución como partido político. Según el Tribunal Supremo, los partidos políticos disueltos por su sentencia del 27 de marzo de 2003 «han sido capaces de colocar en las listas de esas candidaturas un número de miembros suficiente para continuar su actuación política a través de ellos».

28. El Tribunal Supremo se refirió a los criterios fijados por el artículo 12 de

la LOPP (párrafo 36 más adelante), de forma no limitativa debido a naturaleza mutable y adaptable del fraude de ley, con el fin de evitar que las candidaturas impugnadas se convirtieran en instrumentos de sucesión fraudulenta de los partidos disueltos, y llegar a un mecanismo automático de violación del derecho de voto o a ser candidato por los miembros del partido demandante. Particularmente, señala los siguientes criterios¹:

«la similitud sustancial de estructuras, organización y funcionamiento, de las personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión entre las candidaturas que nos atañen en el partido político que fraudulentamente las utiliza en provecho de la continuación de su propia actividad».

El Tribunal Supremo enumeró también otros criterios que podían ser considerados para apreciar la existencia de continuidad tales como, entre otras cosas, la participación de los partidos disueltos en la promoción de las agrupaciones de electores o las manifestaciones y compromisos públicos de los candidatos, precisando que los criterios previstos por el artículo 12 de la LOPP no eran exhaustivos. A este respecto, señala que la apreciación global de estos factores debía ser realizada de manera que fuera posible deducir la existencia de una estrategia fraudulenta. El Tribunal Supremo examinó los elementos de prueba practicados y concluyó que ponen en evidencia

¹ El texto de las resoluciones judiciales de los órganos jurisdiccionales españoles se reproduce del original, sin traducir la reproducción contenida en el texto original de la sentencia del Tribunal.

una estrategia por parte de los partidos políticos declarados ilegales con la intención de eludir los efectos de la sentencia de disolución del 27 de marzo de 2003 mediante la instrumentalización de algunas candidaturas electorales del partido demandante, con el objetivo de continuar sus actividades. En cuanto a los indicios de naturaleza subjetiva concerniente a las circunstancias propias de los candidatos y relacionados con los partidos políticos declarados ilegales, el Tribunal Supremo efectuó el siguiente análisis:

«Número 1.

La candidatura de Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) proclamada por la Junta Electoral Provincial de Navarra está integrada por 53 candidatos; entre ellos 9 tienen relación con los partidos ilegalizados o agrupaciones electorales sucesoras de los mismos; en particular el candidato núm. 1, fue candidato por el ilegalizado partido HB en las elecciones locales de 1987 y 1991 en el municipio de Tudela y en las elecciones forales de Navarra de 1995, y fue en el puesto núm. 21 de la colación «Batzarre-EH» en las elecciones locales de 1999 por el municipio navarro de Tudela; la candidata núm. 2 lo fue con el núm. 10 de la agrupación electoral «AUB» en las elecciones forales de Navarra del 2003, y; el candidato núm. 5, lo ha sido con el núm. 1 por EH en las elecciones municipales de 1999, en la localidad navarra de Leiza, donde sale elegido alcalde, y además ha sido también candidato con el núm. 45 de la agrupación de electoral «AuB» en las elecciones forales de Navarra de 2003, y candidato núm. 7 de la agrupación «Larrain Herri Plataforma» por el municipio de Leiza en las elecciones locales de 2003; la candidata núm. 8, desde el 24 de mayo de 2006 forma parte de la mesa

negociadora constituida por Batasuna para canalizar la comunicación con los partidos políticos y además participó como candidata núm. 2 de la agrupación «HerriTarren Zarrenda» en las elecciones al Parlamento Europeo 2004, y fue portavoz desde 1996 en Navarra de la organización «EGIZAN»; el candidato núm. 11 lo fue por HB en las elecciones locales de 1987, 1991 y 1995 por el municipio de Burlada, y elegido miembro de la Mesa Nacional de HB en 1998; el candidato núm. 24 fue candidato núm. 2 de la agrupación electoral «Lizarrar Herri Alternativa Alternativa Popular» en las elecciones locales de 2003 por la localidad de Estella, y el candidato núm. 29 fue candidato de EH en las elecciones locales de 1999 por la localidad de Arbizu; el candidato núm. 42 fue candidato suplente de EH en las elecciones del Parlamento europeo de 1999 y suplente núm. 3 de la Agrupación «Auzokide Batzarra» en las elecciones locales del 2003 por el municipio de Burlada; y el candidato núm. 49 lo fue por HB en las elecciones al Parlamento navarro de 1987 y también en las elecciones municipales de Pamplona y al Parlamento Navarro en 1995, y candidata núm. 5 por EH en las elecciones locales de 1999 por el municipio de Falces y candidata en las elecciones forales de Navarra de ese mismo año.

Número 2.

Deba-Urola, Eskualdea (Agrupación Electoral: Eusko Abertzale Ekintza/Acción Nacionalista Vasca (EAE/ANV) La candidatura presentada por la agrupación electoral Eusko Abertzale Ekintza/Acción Nacionalista Vasca (EAE/ANV) en la circunscripción electoral Deba-Urola, en Guipúzcoa, está integrada por 18 candidatos, 14 titulares y 4 suplentes, de entre los cuales 7 tienen relación con los partidos ilegalizados o agrupaciones

electorales sucesoras de los mismos; en particular, quien figura como titular 2.º participó como candidato en las elecciones municipales de 2003, en el puesto 3.º, en la candidatura AUB en el municipio Deba-Urola; la candidata 4.ª concurrió como candidata al Ayuntamiento de Aizkoitia en las elecciones de 2003 ocupando el puesto 10.º en la candidatura Kimue Herri; la candidata número 7, ocupó el puesto 10.º en las elecciones municipales en el Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón, por la candidatura Herro Anitza; y la que ocupa el puesto de titular número 9 fue tercer suplente en las elecciones municipales de 2003 en la candidatura AUB en el Ayuntamiento de Deba-Urola. Por otro lado, el titular núm. 1 ha participado como candidato a juntero en las elecciones de 1995, ha sido concejal por HB en el Ayuntamiento de Aia en 1995 y concejal por EH en el mismo Ayuntamiento en 1999; la candidata 2.ª fue concejal por HB en el Ayuntamiento de Getaria en 1995, concejal por EH en el mismo Ayuntamiento en 1999, y tercer Teniente de Alcalde por EH en ese mismo Ayuntamiento y año; la candidata 7.ª fue candidata a juntera por HB en la circunscripción Deba-Urola, concejal por HB en el Ayuntamiento de Arrasate en 1995, primer Teniente de Alcalde en dicho Ayuntamiento en ese mismo año, candidata a juntera por EH en la circunscripción Deba-Urola en 1999, y concejal por EH en el Ayuntamiento de Arrasate en 1999; la candidata 9.ª ha sido candidata a juntera por EH en 1999; el candidato que ocupa el puesto de titular 10.º ha sido concejal por EH en el Ayuntamiento de Zestoa en 1999 y Alcalde de Zestoa por EH en ese mismo año; y el tercer suplente ha participado como candidato a concejal por HB en el Ayuntamiento de Zumaia en las elecciones municipales de 1999.

(...).

El Tribunal Supremo procedió así al examen detallado de las 133 candidaturas en cuestión.

En total, 133 candidaturas presentadas por el partido demandante a las elecciones del 27 de mayo de 2007 fueron anuladas, 125 listas a las elecciones municipales, 7 listas de candidatos a los consejos generales del País Vasco y la lista de candidatos a las elecciones del Parlamento de la comunidad foral de Navarra. Las otras candidaturas presentadas por el partido demandante pudieron participar normalmente en las elecciones.

29. El 9 de mayo de 2007, el partido demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Particularmente alegaba:

– la violación del derecho a un juicio justo con todas las garantías necesarias, por el hecho de que el procedimiento aplicado para examinar los recursos del abogado del Estado y de la fiscalía era el previsto en el artículo 12 § 3 en relación con el artículo 12 § 1 b) de la LOPP, y no el procedimiento contencioso-electoral previsto por el artículo 49 de la LOREG;

– la violación del derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o a través de representantes elegidos libremente en las elecciones periódicas por sufragio universal, en relación con el derecho a la libertad de asociación, como consecuencia de la anulación de las listas que había presentado como partido político legal que no formaba parte de lo que la Sala competente del Tribunal Supremo había designado como «el entorno Bata-suna», sin que mantuviera relaciones orgánicas o funcionales con ETA ni contara, entre sus dirigentes o afiliados, con personas condenadas por delitos de terrorismo.

30. Por una sentencia del 10 de mayo de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso.

31. En cuanto a las quejas relativas al derecho a un juicio justo y con todas las garantías, la alta jurisdicción recordó que no forma parte de sus competencias la de examinar la interpretación de la legalidad efectuada por los órganos judiciales, en ausencia de arbitrariedad. Observa que el Tribunal Supremo, en su decisión del 5 de mayo de 2007, había estimado que la vía prevista por el artículo 12 de la LOPP era el procedimiento adecuado para examinar la presentación de las candidaturas por un partido político con la intención fraudulenta de eludir los efectos de la disolución de otro partido político, «es decir, con la finalidad abusiva de continuar con su actividad [de este último], quebrantando las sentencias de ilegalización». El Tribunal Supremo confirmó así su competencia para apreciar, si llega el caso, la continuidad o la sucesión de un partido disuelto por otro partido legal.

El Tribunal Constitucional se expresó a este respecto en los siguientes términos:

«Tenemos en este caso, de un lado, pues, un partido legal; de otro, la sospecha de que su primera actividad tras un largo período sin mayor presencia en la vida política fuera la de constituirse en instrumento para el acceso de un partido ilegalizado a las instituciones públicas. Eventualidad ésta que la Ley electoral impide expresamente que pueda materializarse a través de agrupaciones electorales, pero para la que no prevé una técnica específica en el supuesto de que intente consumarse por medio de un partido (...) perfectamente legal (...).

Ahora bien, si la sospecha de que con algunas de las candidaturas presentadas por un partido se pretende dar continuidad a un partido disuelto pudiera entenderse razonablemente como insuficiente para tachar a aquél de mero continuador de éste, los poderes públicos no pueden, sin em-

bargo, dejar de reaccionar frente a esa eventual maniobra defraudatoria impidiendo la proclamación de aquellas candidaturas. .

(...).

En el caso del partido recurrente, se ha acreditado en los autos núm. 6-2002 y 7-2002 que algunas de sus candidaturas ofrecen elementos de conexión con partidos declarados ilegales. Para ello se ha servido el Tribunal Supremo de la técnica prevista en la Ley electoral para la invalidación de agrupaciones electorales. Una técnica que pudiera parecer extravagante aplicada a una parte de las candidaturas de un partido y no a la totalidad de las que éste ha presentado, pues el hecho de que todas ellas lo sean formalmente de un único partido político no permite trazar diferencias entre las mismas ni conferirles una existencia separada o autónoma. Sin embargo (...) puede también suceder que [el partido ilegalizado] procure hacerse con la estructura de otro partido de manera gradual y, sin llegar a hacerlo suyo por completo, adquirir en él una posición dominante o, cuando menos, significativa. En tal supuesto, la inexistencia de una dirección unitaria en el partido podría tener su consecuencia en la autonomía de las candidaturas por él formalizadas, reducidas respectivamente a unidad en centros directivos diferenciados.

La circunstancia de que buena parte de las candidaturas presentadas por el partido recurrente responden al designio de una maniobra defraudatoria ha quedado acreditada con la identificación de una trama conformada por un conjunto de candidaturas articuladas alrededor de una dirección separada de la oficial de aquel partido, a la que sólo cabe imputar las listas que, también presentadas en su nombre, no

presentan indicios de conexión material con aquélla. No habiéndose alcanzado el punto en que la trama defraudatoria se confunda con la dirección formal del partido, la disolución de éste pudiera haber resultado desproporcionada, pero la indemnidad de las candidaturas que se han demostrado utilizadas al servicio de un fraude de la legalidad supondría una inaceptable infracción de la obligación de asegurar que se respeten y ejecuten todos los efectos previstos por las leyes para el supuesto de disolución de un partido político (art. 12.2 LOPP).” .

El Tribunal Constitucional constata que el tribunal *a quo* se ha servido de la ley electoral para anular las listas de las agrupaciones electorales constituidas con fines fraudulentos. Consideró entonces probada:

«(...) la existencia de una trama defraudatoria en la que se han concertado determinadas candidaturas que, dotadas de autonomía frente al partido recurrente, se han constituido materialmente en sujetos electorales separados, esto es, en equivalentes de agrupaciones de electores sintonizadas bajo un designio común o, sencillamente, en un nuevo partido de facto, cuya suerte no ha de correr pareja con la del partido al que sólo les une una relación puramente formal.»

El Tribunal Constitucional señaló por otro lado, que el partido demandante no justificaba los motivos por los cuales sus posibilidades de defensa habrían disminuido a causa de la utilización del procedimiento indicado por la Sala competente del Tribunal Supremo. Por una parte, constató que el partido efectivamente había sido oído antes de la adopción, el 4 de mayo de 2007, de la decisión relativa al procedimiento a seguir para examinar los recursos de las partes demandantes y, por otra parte, que había tenido

la ocasión de hacer valer sus derechos e intereses en el marco del procedimiento en cuestión, beneficiándose de todas las garantías adecuadas.

32. Por último, en cuanto a la queja relativa al derecho a participar en los asuntos públicos, el Tribunal Constitucional investigó si existía la trama fraudulenta y si estaba suficientemente comprobada para determinar si la decisión del Tribunal Supremo había supuesto o no una vulneración del derecho invocado por el partido demandante.

La Alta jurisdicción se refirió a la constatación del Tribunal *a quo* que en su razonamiento evocaba:

«el hecho objetivo y debidamente verificado, de las tentativas de la organización terrorista ETA y de los partidos disueltos de participar, a pesar de las sentencias de disolución, en todos los procesos electorales de la comunidad autónoma del País Vasco y de la comunidad foral de Navarra con la única excepción, de las elecciones generales de 2004, utilizando las estrategias necesarias y dando las instrucciones pertinentes a las personas y a las organizaciones pertenecientes a su esfera de influencia».

Entre los indicios de carácter objetivo que el Tribunal Supremo había considerado pertinentes para llegar a su conclusión, la alta jurisdicción subrayó:

«(...) la detención, con ocasión de la operación antiterrorista de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en la desarticulación del comando de «liberados» Uruderra, de [M.], coordinador de la Mesa de Navarra de la ilegalizada Batasuna en la zona Leiz-Sakana, en cuyo poder se encontró documentación [relativa a personas que figuraban en la lista de candidatos de una agrupación electoral y del partido demandante en la localidad de Ultzamau]. También el documento incau-

tado al dirigente de ETA [A.] (...), del que se deriva, a juicio de la Sala, la estrategia de los partidos ilegalizados respecto del proceso electoral y del papel que en el marco de dicha estrategia quieren que ocupe el partido demandante de amparo. Confiere también relevancia la Sala al informe de la Comisaría General del Información sobre las elecciones a celebrar el 27 de mayo de 2007 en el que se alude al aprovechamiento de la cobertura de un partido político ya inscrito y que incluso manifiesta rechazar la violencia.

De otro lado, la Sala toma en consideración como indicio de carácter objetivo la propia trayectoria del partido político recurrente en amparo, que únicamente ha concurrido a las elecciones celebradas el día 15 de junio de 1977, no obteniendo representación alguna, no habiendo presentado desde entonces candidaturas a ninguna contienda electoral. A partir de la ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna tampoco presentó candidaturas, limitándose a pedir el voto en los diferentes comicios para las agrupaciones electorales constituidas con el fin de suceder y continuar la actividad de los partidos políticos declarados ilegales y disueltos. En este sentido, resulta también relevante, sin duda, la información del diario «Deia» y de la agencia Europa Press sobre el resurgimiento y la revitalización electoral del partido político recurrente en amparo, que desde hacía mucho tiempo había abandonado la actividad electoral.

A los anteriores indicios, se añade, en fin, el protocolo de colaboración que en fecha 24 de enero de 2003, esto es, en fechas próximas a las sentencias de ilegalización, pactaron los miembros

de Batasuna [P. y A.] con los miembros del partido político recurrente en amparo [G. B. y G. Ll.] para intentar en la medida de lo posible frenar parte de los efectos de la ilegalización de Batasuna (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 27). Y, en fin, la incautación en Francia a quien durante catorce años fue el responsable político de ETA, [A.], de varios documentos, entre los cuales en uno de ellos, encabezado con las palabras «qué hacer», se conectaba de manera sucesiva la ilegalización de Batasuna, con la congelación para un momento posterior de las siglas que dan nombre al partido recurrente en amparo».

En cuanto a los criterios subjetivos tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional consideró que los siguientes elementos eran conformes a su jurisprudencia: participación en las candidaturas anuladas de un número significativo de personas que habían figurado en buena posición en las listas de los partidos disueltos y en las de las agrupaciones electorales que habían intentado dar continuidad y suceder a los partidos disueltos; un gran número de estos candidatos había obtenido, por otro lado, puestos selectivos en algunas listas presentadas por los partidos en cuestión o aun figuraban entre sus dirigentes, o habían desempeñado un papel predominante o importante en la concertación de las tentativas fraudulentas antes del proceso electoral.

Teniendo en cuenta la constatación del Tribunal *a quo*, que había considerado probada la existencia de una operación «del entorno de Batasuna» para utilizar un elevado número de candidaturas electorales del partido demandante para sucederla políticamente, y que dicha comprobación no había afectado al partido en sí sino solamente a una parte de sus candidatos, y considerando que la decisión del Tribunal Supremo de anular estas

candidaturas no era arbitraria ni contraria a los derechos fundamentales, sino que revestía un carácter razonable y tenía en cuenta todos los intereses y los derechos en conflicto, el Tribunal Constitucional consideró que la restricción del derecho a participar en asuntos públicos estaba justificada.

33. Las actividades del partido demandante fueron suspendidas por un auto del 8 de septiembre de 2008 del Juez central de instrucción n.º 5 en el marco de un procedimiento penal por presuntos delitos de integración en el seno de una organización terrorista y de colaboración con una organización terrorista.

34. Por una sentencia del 22 septiembre de 2008 de la Sala especial del Tribunal Supremo, el partido demandante fue declarado ilegal y disuelto. La disolución fue confirmada por una sentencia del 29 de enero de 2009 del Tribunal Constitucional.

II. EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL PERTINENTE.

35. Las disposiciones pertinentes de la LOREG, modificadas por la LOPP, son del siguiente tenor:

Artículo 44 § 4

«No podrán presentar candidaturas las agrupaciones de electores que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento de las personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el te-

rorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión».

Artículo 49

«1. A partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las *Juntas Electorales* (...).

4. El amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes.

5. Los recursos previstos en el presente artículo serán de aplicación a los supuestos de proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por las agrupaciones de electores a las que se refiere el apartado 4 del artículo 44 de la presente Ley Orgánica, con las siguientes salvedades:

a) El recurso al que se refiere el apartado primero del presente artículo se interpondrá ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (...).

36. La disposición pertinente de la LOPP está redactada como sigue:

Artículo 12

Efectos de la disolución judicial

1. La disolución judicial de un partido político producirá los efectos previstos en las leyes y, en particular, los siguientes:

a) Tras la notificación de la sentencia en la que se acuerde la disolución, procederá el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a responsabilidad, conforme a lo establecido en el Código Penal.

b) Los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de ésta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto.

c) La disolución determinará la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala sentenciadora. El patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario.

2. Corresponde a la Sala sentenciadora asegurar, en trámite de ejecución de sentencia, que se respeten y ejecuten todos los efectos previstos por las leyes para el supuesto de disolución de un partido político.

3. En particular, corresponderá a la Sala sentenciadora, previa audiencia de los interesados, declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto a la que se refiere el párrafo b) del apartado 1, teniendo en cuenta para determinar la conexión la similitud sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructura, organización y funcionamiento, de las personas que las componen, rigen, representan o administran, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión en contraste con los datos

y documentos obrantes en el proceso en el que se decretó la ilegalización y disolución..

(...».

37. El artículo 61 de la LOPJ, modificado por la LOPP, se lee así:

Artículo 61

«1. Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá:

1. De los recursos de revisión (...).
 2. De los incidentes de recusación (...).
 3. De las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los presidentes de Sala (...).
 4. De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de Sala (...).
 5. Del conocimiento de las pretensiones de declaración de error judicial cuando este se impute a una Sala del Tribunal Supremo.
 6. De los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.
- (...».

38. Otras disposiciones legales pertinentes están expuestas en la sentencia *Etxebarria y otros c. España* (n.ºs 35579/03, 35613/03, 35626/03 y 35634/03, 30 de junio de 2009), en la que también se reproducen extractos de la Resolución n.º

1308 (2002) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa titulada «Restricciones concernientes a los partidos políticos en los Estados miembro del Consejo de Europa», extractos de las líneas directrices sobre la prohibición y la disolución de partidos políticos y las medidas análogas adoptadas por la Comisión de Venecia en su reunión plenaria del 10 y 11 de diciembre de 1999, así como el código de buena conducta en materia electoral adoptado por la Comisión de Venecia el 18 y 19 de octubre de 2002.

EN DERECHO.

I. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 3 DEL PROTOCOLO N.º 1

39. En el marco de la demanda n.º 51762/07, el partido demandante se queja de haber sido privado de la posibilidad de presentar algunas de sus candidaturas electorales a las elecciones al Parlamento de la Comunidad foral de Navarra, lo que impidió a los electores expresar libremente su opinión a través de su voto y estar representados por los elegidos democráticamente por designación en el seno de las instituciones, lo que atentaría de manera arbitraria y desproporcionada a la libertad de expresión y de opinión. Invoca el artículo 3 del Protocolo n.º 1, que tiene la siguiente redacción:

«Las Altas Partes contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo».

40. El Gobierno se opone a esta tesis.

A. Sobre la admisibilidad.

41. El Tribunal constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. El Tribunal aprecia además que no concurre ningún otro motivo de inadmisibilidad. Acuerda, por tanto, declararla admisible.

B. Sobre el fondo.

1. Tesis de las partes.

a) El Gobierno.

42. El Gobierno se refiere a la disolución de los partidos políticos Batasuna y Herri Batasuna, que el Tribunal ha considerado conforme a las exigencias del Convenio por una sentencia del 30 junio de 2009 (*Herri Batasuna y Batasuna*, ya citada, §§ 93-94) y remite al artículo 12 de la LOPP (párrafo 36 más arriba) relativo al fraude de ley cometido por la creación o la utilización de un partido que existe para suceder o dar continuidad a un partido declarado ilegal y disuelto. El Gobierno estima que no se trata de una restricción injustificada al derecho de voto susceptible de vulnerar su contenido esencial, sino de la aplicación de todas las consecuencias de la disolución de un partido político frente a las tentativas de darle continuidad a través de las candidaturas presentadas con este fin.

43. En cuanto a las exigencias de previsión, el Gobierno indica que la medida estaba prevista por el artículo 12 §§ 1 b), 2 y 3 de la LOPP. Estas disposiciones prevén en efecto, la obligación de respetar todos los efectos previstos por las leyes cuando un partido político es disuelto, lo que implica la anulación de las candidaturas que tienen fuertes y comprobados vínculos con los partidos políticos disueltos. El párrafo 3 del artículo 12 de la LOPP se refiere, particularmente, a la utilización de un partido político ya inscrito en el Registro que proseguiría o

continuaría la actividad de un partido declarado ilegal o disuelto.

El Gobierno señala por otra parte, que en el caso de utilización de las candidaturas de un partido político ya existente, hay que aplicar el procedimiento previsto por el artículo 12 § 3 en relación con el artículo 12 § 1 b) de la LOPP, que se inscribe en el ámbito de la ejecución de la sentencia de disolución de los partidos *Batasuna* y *Herri Batasuna*, y no el procedimiento previsto en el artículo 49 § 5 de la Ley orgánica relativa al régimen electoral general, como era el caso para las agrupaciones electorales. El procedimiento seguido ha sido equitativo y los demandantes nunca han estado en una situación en la que no pudieran defenderse.

El Gobierno estima que la interpretación por los tribunales internos de las disposiciones citadas no era arbitraria. Según él, éstos sólo prohibieron las candidaturas en las que las circunstancias permitían concluir que perseguían la continuidad de las actividades de un partido político declarado ilegal y disuelto debido a su apoyo al terrorismo y su conducta contraria al orden democrático.

44. En cuanto a la necesidad de la medida, el Gobierno estima que la disolución de los partidos políticos *Batasuna* y *Herri Batasuna* habría sido inútil si hubieran podido proseguir *de facto* sus actividades a través de las candidaturas del partido demandante. Subraya que sólo algunas listas del partido político demandante han sido anuladas, después de un examen individual detallado de las circunstancias de cada candidatura por el Tribunal Supremo, corroborando así la proporcionalidad de la medida en relación con el fin perseguido. Se refiere por otra parte, al párrafo 55 de la sentencia *Exteberria y otros*, antes citada.

45. A la luz de los argumentos arriba mencionados, el Gobierno estima que no

ha habido violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1.

b) El demandante.

46. El partido demandante observa que ni la fiscalía ni el abogado del Estado lo consideran como sucesor de los partidos disueltos, lo que explica según él, que no hayan pedido la anulación del conjunto de las candidaturas que presentó sino solamente, de una parte de ellas. Hace valer que la LOPP, adoptada el 27 de junio de 2002, es una ley *ad hoc* cuyo único objetivo es dar un marco legislativo a la disolución de partidos políticos pertenecientes a la izquierda independentista Vasca.

47. Estima que el Tribunal Constitucional no efectuó ningún análisis individualizado de las candidaturas para probar la materialización, en el seno de cada una de ellas, de la intención de defraudar las sentencias que declararon la ilegalidad de los partidos disueltos, dando continuidad a la actividad de dichos partidos. En efecto, para el partido demandante, ningún elemento objetivo entre los considerados por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en sus sentencias, puede ser considerado como prueba de la existencia de una «maniobra fraudulenta». En cuanto a los elementos subjetivos, el demandante discute aquellos que el Tribunal Supremo tuvo en consideración y que el Tribunal Constitucional validó y, en particular, el de la «contaminación ulterior», o participación en las candidaturas no proclamadas de un número significativo de personas que habían sido candidatas en las listas de los partidos declarados ilegales y disueltos, y en el seno de las candidaturas de las agrupaciones electorales constituidas para asegurar la continuidad y suceder a estos partidos disueltos. Critica también la aplicación, en este caso, de otros elementos subjetivos tales como el «porcentaje significativo» de candidatos «contaminados» en una candidatura, su colocación en

una posición elegible en la lista y la antigüedad (antes 1999) de la participación electoral de algunos candidatos en las candidaturas, entre otros. Subraya que, según sus Estatutos, «rechaza la violencia», algo que ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional tuvieron en consideración.

48. Por otra parte, el partido demandante considera que la medida de la que fue objeto, no era proporcionada al fin perseguido y no respondía a una necesidad imperiosa: tuvo efectos mucho más amplios que la sola anulación de sus candidaturas. En efecto, desde el punto de vista del individuo cuya presencia en una candidatura justificó la anulación de esta lista, es considerado como «contaminante» y, en consecuencia, inelegible de manera absoluta y para siempre, lo que no puede ser considerado como proporcionado a los fines legítimos perseguidos (*Selim Sadak y otros c. Turquía*, n.ºs 25144/94, 26149/95, 26154/95, 27100/95 y 27101/95, § 38, CEDH 2002-IV). Desde el punto de vista de la colectividad afectada, los efectos de poner fuera de la ley a los partidos disueltos, se extienden a millares de ciudadanos vascos, en tanto que electores o candidatos.

49. El partido demandante subraya que en todas las etapas de los procedimientos de disolución de los partidos políticos y de la prohibición de las candidaturas en las diversas elecciones, es siempre la misma formación del Tribunal Supremo la que toma las decisiones esenciales en la materia. Estima que, en este caso, la Sala en cuestión del Tribunal Supremo se atribuyó a sí misma, *contra legem*, el poder de declarar la anulación de las candidaturas que busquen la continuidad de los partidos disueltos en virtud del artículo 44 § 4 de la LOREG, cuando se trataba de un contencioso de naturaleza electoral. Así, para el partido demandante, el procedimiento de anulación de las listas de candidatos no cumplió las exigencias de equidad procedi-

mental y de seguridad jurídica (*Ždanoka c. Letonia*, n.º 58278/00, 6 de marzo de 2003 (dec.) y *Podkolzina c. Letonia*, n.º 46726/99, §§ 35 y 36, 9 abril de 2002). Manifiesta, por otra parte, que el Tribunal Constitucional estimó, el 21 de mayo de 2009, el recurso de amparo presentado por *Iniciativa Internacionalista-La solidaridad entre los pueblos (IISP)* contra la decisión del Tribunal Supremo del 16 de mayo de 2009 de anular las candidaturas presentadas por este partido a las elecciones europeas de 2009. Para rechazar la anulación de la lista de IISP, el Tribunal Constitucional habría aceptado argumentos que había rechazado durante seis años para otras candidaturas electorales.

50. Visto lo anterior, el demandante estima que la medida litigiosa no era ni proporcionada al fin perseguido ni necesaria en una sociedad democrática, y que atentó contra el contenido esencial del derecho a presentarse a las elecciones.

2. Apreciación del Tribunal.

51. El Tribunal constata de entrada que, aunque las circunstancias factuales y los problemas jurídicos no sean idénticos a los de la demanda *Etxeberria y otros c. España* en la que, por una sentencia del 6 de noviembre de 2009, se declara que no hubo violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1, el razonamiento que desarrolló en los párrafos 47-50 de dicha sentencia, en cuanto a una queja similar a la planteada en las presentes demandas, se aplica también en este caso. Dichos párrafos disponen como sigue:

«El Tribunal subraya en primer lugar que el artículo 3 del Protocolo n.º 1 consagra un principio fundamental en un régimen político verdaderamente democrático y reviste por tanto una importancia capital en el sistema del Convenio (*Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, 2 de marzo de 1987, § 47, serie A n.º 113). En efecto, la demo-

cracia representa un elemento fundamental del «orden público europeo», y los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo n.º 1 son cruciales para el establecimiento y el mantenimiento de los fundamentos de una verdadera democracia regida por la preeminencia del derecho (ver, en último lugar y entre muchas otras, *Ždanoka* ya citada, §§ 98 y 103).

Sin embargo, el Tribunal recuerda que, por muy importantes que sean, los derechos reconocidos en el artículo 3 del Protocolo n.º 1 no son absolutos. Tal como los reconoce el artículo 3 sin enunciarlos en términos expresos ni menos aun definirlos, hay espacio para «las limitaciones implícitas» (*Gitonas y otros c. Grecia*, 1 de julio de 1997, § 39, *Repertorio* 1997-IV). En sus respectivos ordenamientos jurídicos, los Estados contratantes vinculan los derechos de voto y de elegibilidad a condiciones a las que el artículo 3 no pone obstáculo, en principio. Gozan de un amplio margen de apreciación en esta materia, aunque es al Tribunal a quien incumbe decidir en última instancia, sobre el cumplimiento de las exigencias del Protocolo n.º 1; debe asegurarse que dichas condiciones no reduzcan los derechos de los que se trata, hasta el punto de vulnerar su contenido esencial y de privarlos de su efectividad, que persiguen un fin legítimo y que los medios empleados no se estimen desproporcionados (*Ždanoka* ya citada, § 115, y *Matthews c. Reino Unido* [GC], n.º 24833/94, § 63, CEDH 1999-I), sin perder de vista la necesidad de habilitación legal para la ejecución de cualquier medida restrictiva de los derechos garantizados por esta disposición.

La noción de «limitación implícita» que se deriva del artículo 3 del Proto-

colo n.º 1 significa también que el Tribunal no aplica los criterios tradicionales de «necesidad» o de «necesidad social imperiosa» que son utilizados en el ámbito de los artículos 8-11 del Convenio. Cuando tiene que conocer cuestiones referidas a la conformidad de una restricción al artículo 3 del Protocolo n.º 1, el Tribunal se atiene esencialmente a dos criterios: por una parte, investiga si hubo arbitrariedad o falta de proporcionalidad y por otra, si la restricción atentó contra la libre expresión de la opinión pública (*Ždanoka* ya citada, § 115). Además, el Tribunal subraya la necesidad de apreciar toda legislación electoral a la luz de la evolución política del País concernido, lo que implica que características inaceptables en el marco de un sistema pueden justificarse en el contexto de otro (ver, particularmente, los asuntos *Mathieu-Mohin y Clerfayt*, y *Podkolzina* ya citados).

Finalmente, el Tribunal distingue entre el derecho de voto, en el aspecto «activo» de los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo n.º 1, y el derecho de presentarse a las elecciones, que constituye su aspecto «pasivo». Observa que el derecho de presentarse a las elecciones legislativas puede ser definido por exigencias más estrictas que el derecho de voto. En efecto, mientras que el criterio relativo al aspecto «activo» del artículo 3 del Protocolo n.º 1 implica comúnmente una apreciación más amplia de la proporcionalidad de las disposiciones legales que privan a una persona o a un grupo de personas del derecho de voto, el enfoque adoptado por el Tribunal en cuanto al aspecto «pasivo» de esta disposición se limita esencialmente a verificar la ausencia de arbitrariedad en los procedimientos internos que conduzcan a privar a un

individuo de la elegibilidad (*Melnitchenko c. Ucrania*, 19 de octubre de 2004, § 57, y *Ždanokaya citada*, § 115)».

52. El Tribunal señala, en primer lugar, que la medida litigiosa estaba prevista por el ordenamiento jurídico español (artículo 12 §§ 1 b) y 3 de la LOPP). En efecto, la disposición en cuestión estaba publicada en el boletín oficial y en vigor en el momento en que las candidaturas del partido político demandante han sido anuladas, lo que confiere a la ley un carácter suficientemente previsible y accesible. El Tribunal constata por otra parte, que el demandante ha podido presentar observaciones al respecto, que han sido rechazadas de manera motivada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

53. En cuanto a los fines de la medida litigiosa, el Tribunal señala que, conforme al artículo 12 § 1 de la LOPP, la disolución judicial de un partido político, en este caso Batasuna y Herri Batasuna produce efectos previstos por la ley y entraña, en particular, la prohibición de utilizar otro partido político ya inscrito en el Registro para perseguir la actividad de un partido disuelto. Tal utilización se presume fraudulenta. La ley tiene en cuenta, entre otros elementos, la similitud substancial de las estructuras, de la organización y del funcionamiento de los partidos en cuestión, de sus miembros y de sus dirigentes o representantes, así como cualquier otra circunstancia significativa tal como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo. El Tribunal toma nota del argumento del Gobierno según el cual la disolución de los partidos políticos Batasuna y Herri Batasuna habría sido inútil si hubieran podido proseguir *de facto* su actividad a través de las candidaturas del partido demandante. Por tanto, juzga que la restricción litigiosa perseguía fines compatibles con el principio de la preeminencia del derecho y

los objetivos generales del Convenio, a saber, particularmente, la protección del orden democrático.

54. Queda por establecer si la anulación de ciertas candidaturas del partido político demandante era proporcionada al fin perseguido. En este tema, el Tribunal es de la opinión de que las autoridades nacionales se han basado en numerosos elementos que permiten concluir que las candidaturas en litigio pretendían asegurar la continuidad de las actividades de los partidos políticos previamente declarados ilegales, como, por ejemplo, la detención, durante una operación antiterrorista de las fuerzas de seguridad del Estado dirigida al desmantelamiento de un comando de «liberados», de un coordinador del órgano ejecutivo para Navarra de uno los partidos disueltos, que tenía documentos relativos a personas que figuraban en las listas del partido demandante, el documento incautado a un dirigente de ETA exponiendo la estrategia de los partidos disueltos en relación al proceso electoral, y el papel que estos últimos deseaban que el partido demandante jugase en el marco de dicha estrategia o incluso, el historial del partido demandante, que no había presentado listas desde las elecciones de 1977, limitándose a pedir el voto para las agrupaciones electorales que se habían constituido para dar continuidad a la actividad de los partidos políticos disueltos.

55. El Tribunal observa que las autoridades judiciales tomaron las decisiones de anulación de las candidaturas de modo individualizado y, tras un examen contradictorio durante el cual, el partido demandante pudo presentar observaciones, comprobando la existencia inequívoca de vinculación entre algunas de sus candidaturas y los partidos políticos declarados ilegales.

56. En opinión del Tribunal, ha quedado suficientemente probado por las

jurisdicciones internas españolas que las candidaturas litigiosas del partido demandante pretendían asegurar la continuidad de las actividades de Batasuna y Herri Batasuna, que anteriormente habían sido disueltos debido a su apoyo a la violencia y a las actividades de la organización terrorista ETA.

57. El Tribunal observa que del contexto político existente en España, marcado por la presencia de partidos políticos de carácter independentista en el seno de los Parlamentos de algunas Comunidades autónomas, y en particular en el País Vasco, resulta que la medida litigiosa no respondía a una intención de prohibir toda manifestación de ideas separatistas. Por lo tanto, considera que su propia jurisprudencia, según la cual la expresión de puntos de vista separatistas, no implica *per se* una amenaza contra la integridad territorial del Estado y la seguridad nacional, ha sido respetada (*Organización macedoniana unida Ilinden y otros c. Bulgaria*, n.º 59491/00, § 76, 19 de enero de 2006).

58. Por consiguiente, la Tribunal estima que la restricción litigiosa es proporcionada al fin legítimo perseguido y que, en ausencia de arbitrariedad, no atentó contra la libre expresión de la opinión del pueblo. Por tanto, no hubo violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1.

II. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 11 DEL CONVENIO

59. Invocando los artículos 10 y 11 del Convenio (en el ámbito de las demandas n.ºs 51762/07 y 51882/07), el demandante se queja de la anulación de algunas de sus candidaturas a las elecciones al Parlamento de la Comunidad foral de Navarra (1) así como a las elecciones de los consejos generales del País Vasco (7) y a las elecciones municipales del País Vasco (125), mientras que otras 123 listas han sido aceptadas. Subraya

que tal medida prohíbe no sólo la participación de los candidatos en el debate político electoral y en la gestión de los asuntos públicos, sino que constituye también una traba a la libre elección de los electores y una vulneración directa al ejercicio por parte del pueblo, de su derecho a la libre expresión de sus opiniones y a la libre elección de sus representantes en las instituciones.

60. Las invocadas disposiciones del Convenio disponen como sigue:

Artículo 10

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.»

Artículo 11

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el de-

recho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

A. Sobre la admisibilidad

61. El Gobierno alega la falta de agotamiento de las vías de recursos internos. Hace valer que el recurso de amparo interpuesto por el demandante estaba basado en el derecho a un juicio justo y el derecho a participar en los asuntos públicos, pero no en los derechos protegidos por los artículos 10 y 11 del Convenio.

62. Señala además, que en un contexto electoral, la libertad de expresión debe ser analizada como una forma específica del derecho a participar en los asuntos públicos, reconocido en el artículo 3 del Protocolo n.º 1. Por ello, las cuestiones planteadas no se refieren a la libertad de expresión, más allá de su intrínseco vínculo con el ámbito material del artículo 3 del Protocolo n.º 1.

63. El demandante alega que invocó expresamente, entre otros, los artículos 22 (libertad de asociación) y 23 (derecho a participar en los asuntos públicos) de la Constitución española.

64. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal, el demandante subraya que el derecho a elecciones libres a nivel local se encuentra bajo la protección del derecho a la libertad de expresión (*Rekvényi c. Hungría* [GC], n.º 25390/94, § 26, CEDH 1999-III, y *Ahmed y otros c. Reino Unido*, 2 de septiembre de 1998, § 41, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1998-VI). A este respecto, considera que la prohibición impuesta a un partido político de presentar candidatos a las elecciones, además de que impide a los candidatos participar en el debate electoral, constituye un obstáculo grave a los fundamentos mismos de la democracia. Esta prohibición también constituye una injerencia en el derecho a la libertad de asociación en la medida en que atenta contra el derecho de los ciudadanos a asociarse libremente con el fin de participar en el debate político, de solicitar los votos de los electores y de representarlos en las instituciones (*Partido comunista unificado de Turquía y otros c. Turquía*, 30 de enero de 1998, §§ 42 y 43, *Repertorio* 1998-I).

65. A la luz de las quejas presentadas en amparo por el demandante, el Tribunal constata que no existe ninguna cuestión de falta de agotamiento de las vías internas respecto de la queja del demandante relativa al artículo 11 del Convenio.

66. En cuanto a la queja derivada del artículo 10 del Convenio, el Tribunal recuerda que este derecho debe ser interpretado englobando también el de comunicar informaciones e ideas a terceros en el contexto político. Así, aunque el derecho a la libertad de expresión está ligado, *in concreto*, a un procedimiento electoral, ello no excluye su aplicación en los presentes asuntos (*Exteberria y otros*, ya citada, § 64). En efecto, en el asunto *Exteberria y otros*, el Tribunal constató (§ 70) que la queja derivada del artículo 10 se remitía a los mismos hechos que las quejas planteadas sobre el

mismo ámbito del artículo 3 del Protocolo n.º 1, y recordaba que esta última disposición constituye una *lex specialis* en cuanto al ejercicio del derecho de voto. El Tribunal estima que esta cuestión está estrechamente ligada a la esencia de las quejas enunciadas por el demandante sobre los artículos 10 y 11 del Convenio que están íntimamente ligados entre sí, y decide acumularla a la cuestión de fondo.

67. En cuanto a la aplicabilidad de los artículos 10 y 11 del Convenio en este caso, el Tribunal remite a sus conclusiones en el asunto *Exteberria y otros* (ya citado, §§ 62-65), en el que concluyó que el derecho a la libertad de expresión debía ser interpretado englobando también el de comunicar informaciones e ideas a terceros en un contexto político, el hecho de estar ligado *in concreto* a un procedimiento electoral no basta para excluir su aplicación en el presente asunto.

68. A la luz de lo anterior, el Tribunal concluye la aplicabilidad del artículo 10, así como la del artículo 11, con el que está íntimamente ligado en este caso.

69. Constata que estas quejas no están manifiestamente mal fundadas en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. Por tanto, acuerda declararlas admisibles.

B. Sobre el fondo

1. Tesis de las partes.

a) El Gobierno.

70. El Gobierno reitera su argumento según el cual esta queja debe ser analizada como una forma específica del derecho a participar en los asuntos públicos, reconocido en el artículo 3 del Protocolo n.º 1, y remite a sus observaciones desde la perspectiva de esta disposición.

Recuerda que hubo candidaturas del partido demandante que no fueron anu-

ladas y que personas que figuraban en las listas no anuladas fueron elegidas. La actividad del partido demandante prosiguió hasta su disolución por una sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 22 de septiembre de 2008.

b) El demandante.

71. El partido político demandante ha presentado observaciones conjuntas para las quejas relativas a los artículos 10 y 11 del Convenio y 3 del Protocolo n.º 1, cuyo resumen figura más arriba (párrafos 46-50).

2. *Apreciación del Tribunal.*

a) Demanda n.º 51672/07.

72. La demanda concierne a la imposibilidad del partido demandante de presentar algunas de sus listas electorales a las elecciones al Parlamento foral de Navarra. El Tribunal constata que la queja derivada del artículo 10 se remite pues a los mismos hechos que las quejas planteadas en el mismo ámbito del artículo 3 del Protocolo n.º 1. A este respecto recuerda que esta última disposición constituye una *lex specialis* en cuanto a ejercer el derecho de voto (*Hirst c. Reino Unido* (n.º 2) [GC], n.º 74025/01, § 89, CEDH 2005, y *Ždanoka*, ya citada). Esta consideración es aplicable *a fortiori* al derecho subjetivo de presentarse candidato. Por consiguiente, el Tribunal remite a las conclusiones alcanzadas anteriormente, desde la perspectiva del artículo 3 del Protocolo n.º 1 y declara que no se plantea ninguna cuestión distinta a la luz de los artículos 10 y 11 del Convenio.

b) Demanda n.º 51882/07.

73. La demanda se funda en la imposibilidad del partido demandante de presentar algunas de sus candidaturas a las elecciones a los Consejos generales y a las elecciones municipales del País Vasco. En la medida en que el artículo 10 y 11 son las únicas disposiciones invocadas, el Tribunal recuerda que más arriba concluyó que no había violación del ar-

tículo 3 del Protocolo n.º 1, –disposición que no es aplicable en este caso – en tanto que la medida de anulación de la que habían sido objeto algunas candidaturas del partido demandante era proporcionada al fin legítimo perseguido y no había atentado contra la libre expresión de la opinión del pueblo (párrafo 58 más arriba).

74. Teniendo en cuenta el estrecho vínculo entre los derechos a la libertad de expresión y de asociación y los criterios establecidos por su jurisprudencia concerniente al artículo 3 del Protocolo n.º 1, el Tribunal opina que el Estado está en el derecho de disponer de un margen de apreciación comparable al aceptado en la jurisprudencia que concierne a esta disposición. A la luz de las consideraciones que lo condujeron a la declaración de inexistencia de violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1 en cuanto a la demanda n.º 51762/07, y teniendo en cuenta de hecho que el presente asunto concierne a un partido político y no a un demandante individual, el Tribunal estima que las autoridades españolas no han excedido el margen de apreciación del que disponían según los artículos 10 y 11 del Convenio. Por consiguiente, el Tribunal concluye que no hay violación de los artículos 10 y 11 del Convenio.

III. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO

75. El demandante estima que tanto el recurso del que dispuso ante el Tribunal Supremo como el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, no constituyen recursos efectivos en el sentido del artículo 13 del Convenio.

El artículo 13 del Convenio se lee así:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio han sido vulnerados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional (...).».

A. Sobre la admisibilidad

76. El Tribunal constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. El Tribunal aprecia por otra parte, que no concurre ningún otro motivo de inadmisibilidad. Acuerda, por tanto, declararla admisible.

B. Sobre el fondo.

1. Tesis de las partes.

a) El demandante.

77. En sus observaciones, el demandante sostiene de una parte que en todas las etapas de los procedimientos de disolución de los partidos Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok y de prohibición de candidaturas a las diversas elecciones, fue siempre la misma formación del Tribunal Supremo la que tomó las decisiones esenciales en la materia. Subraya, por otra parte, que el recurso de amparo presentado ante el Tribunal Constitucional no respondía a las exigencias de un recurso efectivo. Alega a este respecto que la alta jurisdicción ejerció un control judicial demasiado restringido sobre los motivos y los efectos de la medida litigiosa así como sobre sus consecuencias para el demandante, y no examinó la necesidad y la proporcionalidad de la medida litigiosa. El Tribunal Constitucional no habría procedido por otra parte a ningún análisis individualizado de las candidaturas electorales anuladas, y además habría rechazado examinar la violación de un derecho reconocido por el Convenio.

b) El Gobierno.

78. El Gobierno juzga lógico y razonable que sea la misma formación del tribunal que dictó la sentencia en lo principal (en este caso concreto, la sentencia de disolución de los partidos Batasuna y Herri Batasuna), la que se encargue de la ejecución de esta última. Recuerda por otro lado, que la Sala especial del Tribunal Supremo constituye una clase de

«sala plenaria reducida», donde están representadas todas las Salas del tribunal, entre otros, por sus presidentes.

En cuanto al carácter supuestamente inefectivo del recurso de amparo, el Gobierno indica que el demandante se limita a manifestar, sin apoyarlo, su desacuerdo con la apreciación efectuada por la jurisdicción *a quo* sobre la base de pruebas suficientes, examinadas con respeto de las garantías, y contra las que pudo formular las observaciones que estimó oportunas.

2. Apreciación del Tribunal.

79. El Tribunal recuerda que, si el objeto del artículo 13 del Convenio es proporcionar un medio a través del cual los justiciables puedan obtener, a nivel nacional, la reparación de las vulneraciones de los derechos garantizados por el Convenio, antes de ejecutar el mecanismo internacional de queja ante el Tribunal (*Kudła c. Polonia* [GC], n.º 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI), la protección ofrecida por esta disposición no alcanza, sin embargo, a exigir una forma particular de recurso, los Estados contratantes tienen reconocido un cierto margen de apreciación en cuanto a la manera de cumplir con las obligaciones que les impone esta disposición (ver, por ejemplo, *Kaya c. Turquía*, 19 de febrero de 1998, § 106, *Repertorio* 1998-I).

80. En la medida en que la queja del demandante descansa sobre la efectividad del procedimiento ante el Tribunal Supremo, el Tribunal constata que este último ha estimado que la vía prevista por el artículo 12 de la LOPP era el procedimiento adecuado para examinar las candidaturas presentadas por un partido político con la intención fraudulenta «de continuar la actividad [de otro partido disuelto], eludiendo así las sentencias de disolución». El Tribunal Supremo ha confirmado, por tanto, su competencia para apreciar, si llega el caso, la continuidad o la sucesión de un partido disuelto por

otro partido legal. El Tribunal no habría de llegar a una conclusión diferente en ausencia de arbitrariedad, salvo si y en la medida en que el procedimiento en cuestión pudiera haber atentado contra los derechos y libertades salvaguardados por el Convenio (ver, entre otras, la sentencia *Tejedor García c. España*, 16 de diciembre de 1997, § 31, *Repertorio* 1997-VIII). Constata que tanto la fiscalía y el abogado del Estado, por una parte, como el partido demandante por otra, pudieron presentar sus alegaciones al respecto, en el marco de un procedimiento contradictorio. Recuerda que, en principio, incumbe a las jurisdicciones internas la responsabilidad de velar por el buen desarrollo de sus propios procedimientos, en particular, cuando se trata, como en este caso, de resolver una cuestión relativa a la competencia de los tribunales para tratar un asunto. El Tribunal llega a la misma conclusión cuando se trata de examinar la queja relativa a la composición de la Sala especial del Tribunal Supremo –constituida según el artículo 61 § 1 LOPJ– llamada a zanjar el procedimiento de anulación de las candidaturas en cuestión.

81. En cuanto a la queja del demandante sobre la eficacia del procedimiento ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal recuerda que la obligación de los tribunales de motivar sus decisiones no puede interpretarse como exigencia de una respuesta detallada a cada argumento (*García Ruiz c. España* [GC], n.º 30544/96, CEDH-1999-I, § 26). Señala que, en otras situaciones, puede ser suficiente que una jurisdicción superior rechace un recurso refiriéndose solamente a las disposiciones legales que prevén este procedimiento, cuando las cuestiones planteadas por el recurso no revisten una importancia particular o no ofrecen una posibilidad suficiente de éxito (ver, entre otras, *Vogl c. Alemania* (dec.), n.º 65863/01, 5 de diciembre de 2002, y *Burg y otros c. Francia* (dec.), n.º 34763/02, CEDH 2003-I). En

este caso, el Tribunal constata que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han examinado el fondo de las pretensiones del demandante y las han rechazado por decisiones suficientemente motivadas y privadas de arbitrariedad. A pesar del desacuerdo del demandante con la resolución dictada, el Tribunal no ve ningún motivo para concluir que los procedimientos seguidos en este caso no constituyeran un recurso efectivo para las quejas planteadas por el demandante en el sentido del artículo 13 del Convenio.

82. Por consiguiente, no hubo violación del artículo 13 del Convenio.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

1. *Acumula al examen de fondo*, por unanimidad, la excepción del Gobierno relativa a la falta de agotamiento de las vías de recurso internas en cuanto a la queja sobre el artículo 10 del Convenio y la *rechaza*;

2. *Declara*, por unanimidad, las demandas admisibles;

3. *Dice*, por seis votos contra uno, que no ha habido violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1;

4. *Dice*, por seis votos contra uno, que no se plantea ninguna cuestión distinta bajo el ángulo de los artículos 10 y 11 del Convenio, por lo que concierne a la demanda n.º 51762/07;

5. *Dice*, por cinco votos contra dos, que no ha habido violación de los artículos 10 y 11 del Convenio, por lo que concierne a la demanda n.º 51882/07;

6. *Dice*, por unanimidad, que no ha habido violación del artículo 13 del Convenio.

Hecho en francés, comunicado después por escrito el 7 de diciembre de 2010, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del Reglamento.

Santiago Quesada Casadevall Josep
Secretaria de Sección Presidente

A la presente sentencia se adjunta, conforme a los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del reglamento, la exposición de las opiniones disidentes de las juezas Gyulumyan y Power.

J.C.M.

S.Q.

OPINION DISIDENTE DE LA JUEZ GYULUMYAN

No puedo suscribir la conclusión de la mayoría en cuanto a que no hubo violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1 y que no se plantea ninguna cuestión distinta bajo el ángulo del artículo 11 del Convenio.

1. Uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática es un régimen apropiado para garantizar el desarrollo libre y equitativo de las elecciones legislativas. El artículo 3 del Protocolo n.º 1 exige, sin duda alguna, elecciones libres que las Altas Partes contratantes se comprometan a organizar que se desarrollen «en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». En su sentencia del 2 de marzo de 1987 dictada en el asunto *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica* (§ 47, serie A n.º 113), el Tribunal reconoció que, «consagrando un principio característico de [la democracia]», este artículo «reviste pues una importancia capital en el sistema del Convenio».

Considero que el Tribunal habría debido seguir la jurisprudencia establecida por los asuntos *Ādamsons c. Letonia* (n.º 3669/03, 24 de junio de 2008) y *Selim Sadak y otros c. Turquía* (n.ºs 25144/94, 26149/95-26154/95, 27100/95 y 27101/95, CEDH 2002-IV), según la cual «una restricción de los derechos electo-

rales de sus miembros debe seguir un estudio individualizado que permita tener en cuenta su comportamiento real». A ojos del Tribunal, la necesidad de esta individualización es cada vez más importante con el tiempo, a medida que nos alejamos de la época en que las artimañas litigiosas se presumía que tenían lugar (*Ādamsons* ya citada, § 125).

La sentencia del Tribunal Constitucional no comporta un análisis suficientemente detallado de las candidaturas electorales. En mi opinión, cada lista de candidatos presentada por EAE-ANV a las elecciones del 27 de mayo de 2007, constituye un caso diferenciado y debe ser considerada separadamente.

2. En este caso concreto, la anulación de algunas candidaturas no resulta de la disolución del partido político actual, sino de la del partido político anteriormente ilegalizado.

El Tribunal Constitucional reconoció que EAE-ANV no es un partido político que sucede al partido Batasuna, declarado ilegal.

Sin embargo, la participación en las elecciones constituye el objeto mismo de la existencia de un partido político. Por tanto, antes de la disolución, la prohibición de participar en las elecciones atenta contra la libertad de reunión.

Es por esto por lo que estimo que procede considerar separadamente estas cuestiones desde la perspectiva del artículo 11 del Convenio.

OPINION PARCIALMENTE DISIDENTE DE LA JUEZ POWER

(Traducción)

El 1 de mayo de 2007 fueron publicadas las candidaturas del partido demandante que se proponía presentar a las elecciones locales y nacionales. Las au-

toridades españolas decidieron entonces anular 133 de sus candidaturas. Una de las candidaturas así invalidadas se presentaba en el marco de las elecciones legislativas, a las cuales se aplica el artículo 3 del Protocolo n.º 1. Las otras 132 candidaturas invalidadas se referían a las elecciones locales, a las que no es aplicable esta disposición del Convenio.

La mayoría ha concluido que no hay violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1 en cuanto a la anulación de la única candidatura presentada a las elecciones legislativas. Esta lista había sido anulada en su totalidad porque 9 de los 53 candidatos habían tenido vinculación (en décadas anteriores) con partidos declarados ilegales. La conclusión de la mayoría se fundamenta ampliamente en las disposiciones del derecho interno¹ y en las anteriores sentencias del Tribunal en los asuntos *Herri Batasuna y Batasuna c. España* y *Etxeberria y otros c. España*². Con muchas dudas, he votado con la mayoría en este punto. Yo hubiera preferido sin embargo, que el Tribunal analizara la anulación de la candidatura de cada uno de estos nuevos miembros de la lista en función de su compatibilidad con el artículo 3 del Protocolo n.º 1. El Tribunal ha confirmado en efecto, en la sentencia *Adamsons c. Letonia*³, que una simple sospecha general en relación a un grupo de personas no es suficiente y que las autoridades deben aportar argumentos y elementos de prueba suplementarios para justificar la medida litigiosa. El Tribunal ha declarado que una restricción de los derechos electorales de los miembros de tal grupo, debe seguir un estudio indivi-

dualizado que permita tener en cuenta su comportamiento real.

Sin embargo, me preocupa aun más el hecho de que la anulación de las otras 132 candidaturas (que habían sido presentadas en el marco de las elecciones locales) no plantee cuestión alguna desde la perspectiva del artículo 3 del Protocolo n.º 1 (párrafo 28 de la sentencia); así, las quejas del partido demandante respecto a los artículos 10 y 11 han sido rechazadas, al menos, sin haber sido examinadas como se debía. El Tribunal ha reconocido que un régimen político verdaderamente democrático se aplica tanto a nivel local como a nivel nacional⁴. En este caso, tras haber examinado la candidatura presentada a las elecciones legislativas y estimado que a este respecto no existía ninguna violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1, la mayoría concluyó después que no se planteaba ninguna cuestión distinta desde la perspectiva de los artículos 10 u 11 en cuanto al conjunto de las otras candidaturas, respecto a las cuales, las disposiciones del artículo 3 del Protocolo n.º 1 no son en realidad aplicables.

He votado, sin dudar, contra el enfoque de la mayoría a este respecto, en particular, en lo concerniente a la queja derivada del artículo 10. Vista la importancia de la expresión política para el fundamento mismo de la democracia, no basta, a mi juicio, con que el Tribunal se limite a invocar simplemente su conclusión de no violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1 respecto a una candidatura invalidada, para concluir que no se plantea ninguna cuestión distinta desde la perspectiva del artículo 10 (párrafo 72 de la sentencia) o que el margen de apreciación del Estado respecto al artículo 10 del Convenio es del todo «comparable»

¹ Artículo 12 de la LOPP, citado en el párrafo 36 de la sentencia.

² *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, n.ºs 25803/04 y 25817/04, CEDH 2009-; y *Etxeberria y otros c. España*, n.ºs 35579/03, 35613/03, 35626/03 y 35634/03, 30 junio 2009.

³ *Adamsons c. Letonia*, n.º 3669/03, 24 de junio de 2008, §§ 123, 125.

⁴ *Ahmed y otros c. Reino Unido*, 2 de septiembre de 1998, § 52, *Repertorio de sentencias y decisiones 1998-VI*.

al reconocido por el artículo 3 del Protocolo n.º 1 (párrafo 74).

El partido demandante representaba y expresaba, particularmente, las aspiraciones de personas que desean obtener la independencia y la autonomía política del País Vasco. Entre sus objetivos se encuentra, expresamente, la creación de una sociedad democrática, justa y «no violenta». La forma más evidente de participar en el debate público sobre esta importante cuestión, consistía en presentar candidatos a las elecciones locales para poner a prueba la procedencia de sus argumentos en un espacio de discusión pública. Esto habría permitido al partido demandante expresar de manera no violenta sus aspiraciones e ideas, disfrutando de la cobertura mediática que inevitablemente rodea estas elecciones. El Tribunal «*tiene por doctrina que la persecución de actividades de naturaleza política se enmarca en el artículo 10, en la medida en que la libertad del debate político constituye un aspecto particular de la libertad de expresión. En efecto, el libre juego del debate político se encuentra en el corazón mismo de la noción de sociedad democrática*»¹. Además, el Tribunal ya indicó, en un asunto donde concluyó que había violación del artículo 10, que «*es particularmente importante, en periodo preelectoral, permitir circular libremente las opiniones y las informaciones de cualquier orden*»².

Podríamos sostener que la invalidación de las candidaturas presentadas por el partido demandante no ha limitado directamente su libertad de expresión, ya que siempre tuvo la libertad de expresar sus ideas. Sin embargo, el Tribunal ya ha rechazado el argumento de que es necesaria una «restricción directa» de la li-

bertad de expresión para que el artículo 10 entre en juego³. En la sentencia *Bowman c. Reino Unido*, ha señalado que la disposición aplicable del derecho interno no limitaba directamente la libertad de expresión, pero la demandante había sido «directamente afectada» por la disposición en cuestión, de modo que se analizaba una restricción de su libertad de expresión. Por mi parte, no cabe duda de que la anulación de 133 candidaturas presentadas por el partido demandante ha «afectado directamente» a éste, y constituyó un importante atentado contra la comunicación práctica y efectiva de sus ideas en el marco de las elecciones públicas así como a la utilidad de su contribución al debate político. Ha podido en teoría conservar su libertad de expresión, aunque en la práctica, la mayor parte de su programa ha sido desmantelado y la mayor parte de sus micrófonos han sido cerrados.

El Tribunal ha repetido a menudo, que en una sociedad democrática, los límites de la crítica admisible frente al ejecutivo son amplios. En el periodo preelectoral, el debate público consiste, en lo esencial, en analizar y criticar las acciones y omisiones de los órganos gubernamentales y ejecutivos. Parecidos análisis y críticas a menudo emanan de los partidos de la oposición. Cualquiera que sea el ángulo desde el que se observe, el hecho de que el Estado llegue a «silenciar» prácticamente a un partido no violento y legal procediendo a la anulación de la mayor parte de sus candidaturas, constituye una

¹ *Rekvenyi c. Hungría*, 20 de mayo de 1999, § 26 ; ver también *Lingens c. Austria*, 8 de julio de 1986, § 42, serie A n.º 103.

² *Bowman c. Reino Unido*, 19 de febrero de 1998, § 42, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1998-I.

³ En la sentencia *Bowman*, el Tribunal ha apreciado que el artículo 75 de la ley de 1983 sobre la representación del pueblo no restringe directamente la libertad de expresión, aunque fijaba en 5 GBP la cantidad máxima que toda persona no autorizada, como la demandante, podía gastar en publicaciones y otros medios de comunicación durante el periodo electoral. El Tribunal ha estimado sin embargo, que la demandante había estado «directamente afectada» por la disposición litigiosa y que indudablemente la prohibición enunciada en dicho artículo 75 equivalía a una restricción de la libertad de expresión de la interesada.

grave injerencia en la libertad de expresión de este partido. Esto habría merecido, por lo menos, un examen meticulado y profundo del Tribunal, en la medida en que procedía determinar la «estricta necesidad» de esta medida. Ahora bien, la mayoría se contenta con evocar vagamente el criterio netamente menos riguroso que aplicó a la anulación de la única candidatura presentada a las legislativas, para finalmente concluir, de manera un poco apresurada, que no se plantea ninguna otra cuestión¹. No puedo suscribir la idea de que tal razonamiento baste para rechazar una queja seria referida al artículo 10 derivada de la anulación de numerosas candidaturas, a las que el artículo 3 del Protocolo n.º 1 no es aplicable.

De igual forma, no he de compartir la opinión de la mayoría según la cual, el margen de apreciación del Estado respecto al artículo 10, es «comparable» al reconocido en el marco del artículo 3 del Protocolo n.º 1. Los criterios pertinentes a la luz de los cuales conviene evaluar la

¹ En el marco de la demanda n.º 51762/07 (la única en la cual el artículo 3 del Protocolo n.º 1 es aplicable), la mayoría remite al asunto *Hirst c. Reino Unido* (n.º 2) (IGC, n.º 74025/01, CEDH 2005-IX), para justificar su enfoque de la queja derivada del artículo 10. Sin embargo, a mi juicio, es fácil hacer una distinción entre el presente caso y el asunto *Hirst*. Éste se refería en efecto al aspecto «activo» del artículo 3 del Protocolo n.º 1, a saber el derecho de voto, y el Tribunal había ya constatado una violación de esta disposición a este respecto. Dado que el Estado no había pasado la barrera del criterio «menos riguroso», era improbable que fuera considerado como satisfactorio al «criterio superior» del artículo 10. En estas condiciones, el Tribunal no consideró útil examinar esta última queja. En cambio, el presente asunto trata del aspecto «pasivo» de los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo n.º 1, el derecho a la elegibilidad por el cual, el criterio «menos riguroso» se reduce a simplemente «verificar la ausencia de arbitrariedad» (*Ždanoka c. Letonia* [GC], n.º 58278/00, § 115, CEDH 2006-IV). Incluso si el Estado ha satisfecho el criterio inferior para una candidatura, esto no le dispensa de la obligación de demostrar su capacidad de satisfacer al «criterio superior» que debe cumplirse según el artículo 10.

compatibilidad con el Convenio, son manifiestamente diferentes. El Tribunal ha declarado expresamente que hay que aplicar criterios distintos cuando se examina el margen de apreciación respecto al artículo 3 del Protocolo n.º 1 y el que es aplicable en el marco del artículo 10 del Convenio. El margen de apreciación respecto al artículo 3 del Protocolo n.º 1 es amplio². Los Estados están en el derecho de adoptar sistemas muy diversos y de imponer diversas restricciones en la organización de las elecciones legislativas. Por el contrario, el margen aplicable en virtud del artículo 10 es restringido y el Tribunal ha subrayado, en numerosas ocasiones, que conviene interpretar estrictamente las disposiciones del artículo 10 § 2³.

Además, la Gran Sala ha reconocido expresamente y afirmado que las normas que deben ser aplicadas para establecer la conformidad o no con el artículo 3 del Protocolo n.º 1, son «menos estrictas» que las aplicadas por el artículo 10 (*Ždanoka*, § 115). La noción de «limitación implícita» que se deriva de la primera de estas disposiciones, significa también que el Tribunal no aplica los criterios tradicionales de «necesidad» o de «necesidad social imperiosa» que utiliza cuando tiene que conocer una queja bajo la perspectiva de la segunda disposición (*Ždanoka*, § 115). En efecto, el Tribunal ha dicho claramente, que el criterio al que ha recurrido tratándose del derecho a presentarse a las elecciones, se limita

² Esto resulta claramente de las sentencias *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, 2 de marzo de 1987, 52, serie A n.º 113; *Matthews c. Reino Unido* [GC], n.º 24833/94, § 63, CEDH 1999-I; *Labita c. Italia* [GC], n.º 26772/95, § 201, CEDH 2000-IV; *Podkolzina c. Letonia*, n.º 46726/99, § 33, CEDH 2002-II; y *Zdanoka*, sentencia ya citada.

³ Ver las sentencias *Klass y otros c. Alemania* (6 de septiembre de 1978, § 42, serie A n.º 28) sobre la interpretación de las excepciones al ejercicio de un derecho; *Barthold c. Alemania*, 25 de marzo de 1985, § 55, serie A n.º 90; *Lingens*, precitada, § 39; y *Sunday Times c. Reino Unido* (n.º 2), 26 de noviembre de 1991, § 50, serie A n.º 217.

en lo esencial a «verificar la ausencia de arbitrariedad» en los procedimientos internos. Hay un gran trecho entre una simple «verificación de la ausencia de arbitrariedad» y un «examen profundo de la existencia de una estricta necesidad».

La necesidad implica la existencia de una «necesidad social imperiosa»¹. Al imponer los límites específicos enunciados en su artículo 10 § 2, el Convenio restringe substancialmente la amplitud de las vulneraciones de la libertad de expresión –en la cúspide de la cual se encuentra, en un orden democrático, el derecho a la libertad de expresión política-. Una restricción a la expresión de opiniones, en particular en el contexto del debate político, puede ser tolerada frente a una grave amenaza para este orden democrático. En un caso semejante, el Tribunal debe determinar si los motivos avanzados por las autoridades nacionales para justificar la injerencia eran «pertinentes y suficientes». No ha sido expuesta ninguna «necesidad social

¹ *Lingens c. Austria*, ya citada, §§ 39-40, serie A nº 103; Sunday Times, precitado, § 50.

imperiosa» que justifique la restricción a la contribución útil del partido demandante al debate político. No se ha expuesto ningún tipo de motivo para justificar tal restricción durante el periodo pre-electoral, menos aun, se ha examinado, de manera profunda, el carácter pertinente o suficiente. Visto el contexto global de este asunto –un partido político legalmente reconocido que apoya de manera justa, democrática y no violenta los fines separatistas vascos– el nivel de «control» ejercido por la mayoría ha sido verdaderamente mínimo. Parece que una simple «verificación de la ausencia de arbitrariedad» reemplaza, de ahora en adelante, el examen riguroso de la «estricta necesidad» de una injerencia litigiosa. Es un deterioro preocupante del nivel de protección asegurado por el Tribunal en el marco de su examen de las alegadas vulneraciones del artículo 10.

Por tanto, en ausencia de la apreciación requerida según dicho artículo, me es imposible concluir como hace la mayoría, que no exista violación de los derechos garantizados al partido demandante por esta disposición.