

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 5

Sentencias de especial relevancia TC y TS

SOFÍA DE SALAS
JOSÉ ELÍAS ESTEVE MOLTÓ
DOMINGO GARBAJO
ANA DE LA PUEBLA PINILLA
MARÍA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ



Cátedra de Derechos Humanos

Manuel de Lardizabal



Santander

tirant lo blanch

Valencia, 2015

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

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

Índice

Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Civil.....	4
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal.....	25
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ...	82
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social.....	116
Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional	144

CIVIL

SOFÍA DE SALAS

Profesora Titular de Derecho Civil

(Tol 5000594)

Cabecera: El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente, caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica. Para la determinación de la capacidad, el juez no está vinculado por los hechos aportados por las partes, ni por las pruebas solicitadas, sino que puede tener en consideración todos los hechos que estime relevantes, con independencia del momento en que hubieran sido aportados, y goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer cómo ha llegado a aquella determinada convicción psicológica. La incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en la medida de lo posible en la realización de un traje a medida. Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen porque determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.

Jurisdicción: Civil

Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 13/05/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 244/2015

Número Recurso: 846/2014

Número: STS 1945/2015

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

El objeto del proceso es la determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardas adecuadas y efectivas (juicio de incapacidad)

de una persona afectada por una demencia senil de tipo vascular, así como el correspondiente nombramiento de guardador legal.

Se interponen dos recursos ante el Tribunal Supremo: un recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima, y un recurso de casación, que se estima.

La recurrente es Ana, la incapacitada; el recurrido, su hijo Ceferino, al que en primera instancia se había nombrado tutor, nombramiento confirmado en todos sus extremos por la Audiencia Provincial de Valencia.

Resuelve la Sala Primera, siendo ponente Ignacio Sancho Gargallo.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Ana se encuentra afectada por una demencia senil de tipo vascular de grado leve: tiene orientación espacial y goza de cierta autonomía, si bien únicamente en el entorno protegido de la residencia en la que vive. Carece de las mínimas habilidades para una vida independiente, lo que le impide vivir sola, y tiene limitaciones que le impiden administrar bienes y realizar compras. Desde el punto de vista físico, tiene una minusvalía (discapacidad) reconocida del 90%: además de sordera, carece de movilidad, por lo que necesita silla de ruedas y precisa del cuidado de otra persona para realizar las tareas elementales de cuidado personal, alimentación y tomar la medicación.

2. Instan su incapacitación ante el Juez de Primera Instancia de Picassent, tanto su hijo Ceferino como el Ministerio Fiscal.

3. El Juzgado de Primera Instancia declara la incapacitación total de Ana, tras valorar las pruebas practicadas, entre las que se encuentran la exploración judicial, el informe médico forense y lo relatado por los testigos que la cuidan y atienden. En ellas se comprueba, además de lo dicho en el punto 1, que, entre otras cosas, Ana no puede realizar operaciones de cálculo elementales: de hecho, cuando el juez le preguntó *“qué cambio le tenían que dar en caso de comprar una barra de pan que valía 68 céntimos, cuando se había entregado un euro”*, no supo qué contestar.

En esta instancia, Ana había aportado como medio de prueba en contrario un informe del psiquiatra Dr. Eugenio. Sin embargo, este informe quedó desvirtuado, en primer lugar, por el interrogatorio al propio Dr. Eugenio durante la vista del juicio, en el que reconoció que para su elaboración tan sólo había tenido en cuenta la entrevista clínica, y no la información médica de la paciente. En segundo lugar, y en relación con la capacidad de administrar sus bienes, el informe sostenía la capacidad de Ana para realizar pequeñas

sumas y restas, de la que se demostró que carecía, como ya se ha relatado, en la exploración judicial.

4. Respecto al nombramiento de su hijo Ceferino como tutor, el Juzgado de Primera Instancia parte de que en principio son los parientes más próximos los llamados por la Ley para hacerse cargo de la tutela: en consecuencia, los dos hijos de la incapacitada, Ceferino y Luz. De los dos, la persona más idónea para garantizar el cuidado y atención de la madre es Ceferino, pues es el que más y mejor se ha ocupado de su madre desde que fue ingresada en la residencia donde se encuentra. Constan, además, algunas conductas inadecuadas por parte de la hija (por ejemplo, en el parte de quejas y reclamaciones de la residencia, se refleja que Luz se llevó a su casa a su madre Ana a pasar un domingo, sin esperar a que la enfermera le preparara la medicación para la comida ni darle la insulina, y que la devolvió sin haberle dado de cenar ni avisar la hora de llegada, provocando que la paciente sufriera una importante subida de glucosa).

Por su parte, Luz había denunciado que su hermano tenía un conflicto de intereses con su madre, que constituía causa de inhabilidad para hacerse cargo de la tutela, pero no ha quedado constancia del mismo.

5. La representación procesal de Ana recurre en apelación, pidiendo que fuera nuevamente interrogado el psiquiatra Dr. Eugenio; sin embargo, aunque fue citado, la Audiencia consideró que no era necesario volver a oírle. Se aporta en esta instancia un nuevo informe (esta vez de la psicóloga Raimunda), que si bien es admitido la Audiencia, no fue acompañado del interrogatorio de ésta, también solicitado, por entender la Audiencia que resultaba irrelevante.

Tras volver a realizar la exploración judicial, recabar nuevo informe médico forense y oír nuevamente a los parientes más próximos (todo ello preceptivo conforme al art. 759 Lec), resuelve la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia.

6. Tras la desestimación de la apelación, Ana interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

III. DISPUTA JURÍDICA, FUNDAMENTOS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

1. El recurso extraordinario por infracción procesal

Este recurso se formula por un motivo único: la infracción del art. 24 CE y de los arts. 464 y concordantes Lec por la “*negativa discrecional y posi-*

blemente arbitraria, irrazonada e ilógica de no admitirle a la demandada los medios de prueba directos como eran la prueba pericial médica del doctor en psiquiatría Eugenio y la pericial de la psicóloga Raimunda”. Los dos habían sido citados a la vista a celebrar en la apelación, y la Audiencia no permitió su declaración.

El Tribunal Supremo desestima este recurso con fundamento en las especiales reglas a las que se sujeta la prueba en los procesos de incapacitación, recogidas en los arts. 748 a 763 Lec (que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en adelante Convención), que le otorgan al juez una discrecionalidad que le permite, en este caso concreto, prescindir de dichos interrogatorios.

Para fundamentar el carácter especial de estas reglas, la Sala Primera parte de que todo el proceso especial de modificación de la capacidad de obrar ha de concebirse *“como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica”*, y siempre bajo la consideración —enunciada en las SSTS 282/2009, de 29 de abril (Tol 151778), y 341/2014, de 1 de julio (Tol 4468983)— de que la persona con discapacidad *“sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección”* en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona.

Como ya se dijo en la primera de las sentencias citadas por la Sala Primera (la conocida STS 282/2009, de 29 de abril), la incapacitación ha de ser *“un traje a medida”*, que —se añade en la sentencia que comentamos— requiere *“un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones”*.

En el contexto de lograr el *“traje a medida”*, juega un papel decisivo la actividad probatoria a la que se refiere este recurso, pues es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es esa situación y para ello, de entre las pruebas legales previstas *“la exploración judicial juega un papel determinante”*. Exploración que se proyecta en el demandado sobre *“sus facultades cognitivas y volitivas (su-*

perando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona” (con cita de la STS 341/2014, de 1 de julio, de la que también es ponente Sancho Gargallo).

Pues bien, en estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2 Lec). El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, y en ese sentido, no está vinculado por los hechos aportados por las partes, ni por las pruebas solicitadas, sino que puede tener en consideración todos los hechos que estime relevantes, con independencia del momento en que hubieran sido aportados. Eso sí, la sentencia deberá ser motivada, exponiendo cómo ha llegado a convicción psicológica determinada que le lleva a la elaboración de ese “traje a medida” concreto.

Recuerda el Tribunal que en las dos instancias se ha cumplido con todas las pruebas preceptivas según el art. 759 Lec: en el Juzgado de Primera Instancia y en la Audiencia, han examinado por sí mismos a la presunta incapaz, han oído a los parientes más próximos, y han recabado los informes médicos pertinentes —en este caso los del médico forense de cada una de las dos instancias—, y respecto a los aportados por la demandada Ana, el informe aportado por el Dr. Eugenio y la información de los médicos que la atienden. También se ha interrogado a las personas que cuidan la residencia en la que se encuentra la demandada.

La decisión de no oír al Dr. Eugenio y la psicóloga Raimunda en la vista acordada por el tribunal de apelación para examinar a Ana, no constituye, por tanto, una grave infracción que provoque la nulidad del proceso, porque no resultaba determinante en atención al resto de las pruebas practicadas, y porque además sus respectivos informes habían sido aportados a los autos.

2. El recurso de casación

El motivo también es único: la infracción de los arts. 200 y 222 Cc en cuanto a la incapacitación total y el sometimiento a tutela, de los apartados 2 y 4 del art. 244 Cc en lo referente al nombramiento de Ceferino como tutor, y de los arts. 18, 19 y 20 de la Convención de Nueva York. No se menciona infracción de doctrina jurisprudencial ni de derechos fundamentales de la Constitución Española, lo que tiene alguna consecuencia que analizaremos en el comentario.

En concreto, y partiendo de la premisa expuesta de la necesidad de adaptación a las necesidades de la persona de cuantas limitaciones pudieran establecerse, la recurrente aduce la falta de necesidad de una incapacitación

tación total a la vista de su situación real. A su vez, y en cuanto a su residencia, afirma que si se le hubiera proporcionado la asistencia de otra persona, podría no estar recluida y sí en su domicilio ayudada de una tercera persona.

La Sala Primera, con base en la doctrina jurisprudencial sobre la Convención de Nueva York (reflejada, entre otras en las citadas SSTs 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio), tras revisar la descripción de la situación de discapacidad de Ana referida en ambas instancias, advierte una contradicción, pues *“podían haberse preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y ...precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión”*.

Tampoco se encuentra justificación para una incapacitación total en el ámbito patrimonial que anule totalmente su capacidad de decisión sobre el destino de sus medios económicos. Reconoce la Sala, no obstante, que *“al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes...necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad”*.

Sin embargo y pese a emplear el elocuente *“complemente”* no afirma —al menos expresamente— que el régimen adecuado sea el de la curatela y no se pronuncia acerca del nombramiento de la persona concreta del tutor, sino que, de manera ciertamente no usual, concluye diciendo que *“La consecuencia de la estimación del motivo de casación no es que asumamos la instancia y resolvamos sobre la capacidad de Ana, pues para ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal. Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver”*.

IV. CONTEXTO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA

Esta sentencia continúa con la línea jurisprudencial iniciada por la ya citada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 282/2009, de 29 de abril (ponente Roca Trías), sobre la reinterpretación que ha de darse a nuestro actual proceso de incapacitación y a las correspondientes

figuras de guarda legal, a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad y concretamente de su art. 12 (igual reconocimiento como persona ante la Ley).

En aquel pronunciamiento el Tribunal Supremo declaró que los arts. 10.1 y 23.1 CE no se consideran infringidos por el hecho de la incapacitación en sí, siempre que las actuaciones concretas se hagan a la luz de una interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico —CE y Convención—, integrando la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Desde ese prisma, las limitaciones en la capacidad de obrar de la persona han de ser siempre un último recurso, y han de adaptarse estrictamente a las necesidades de la persona que las sufre, en aras precisamente a su protección.

Ciertamente, la graduación de la incapacitación era una línea ya marcada por la reforma de la Ley 13/1983, pero no conseguida en la práctica, bien por las inercias presentes en muchos Juzgados de optar entre la plena capacidad, y la incapacidad absoluta para gobernar su persona y bienes, o como mucho, una incapacidad parcial pero absoluta para administrar los bienes, bien por la convicción de algunos jueces de incapacitaciones de que el detalle excesivo de la sentencia puede entorpecer el desempeño de la tutela, perjudicando en definitiva, al incapacitado.

La ratificación de la Convención supuso en este sentido un punto de inflexión, pues como, en elocuentes palabras del Ministerio Fiscal se recoge en la sentencia de abril de 2009, *“(Y)a no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta (F.J. 3º)”*. Tendencia recogida en sentencias posteriores con afirmaciones como: *“todos los profesionales que intervienen en el mismo, somos modistos de alta costura, y estamos haciendo un traje o un vestido único para esa persona, de tal forma que la incapacidad que se pida y la que se conceda, debe ajustarse perfectamente a esa persona, y sólo y exclusivamente a ella. Cada incapaz necesita su especial medida de protección”* (Sentencia Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Gijón, de 13 de octubre de 2009).

Como decía, la propia Sala Primera y los Tribunales inferiores parecen haber seguido mayoritariamente esta línea, máxime cuando no ha habido todavía ninguna modificación legislativa al respecto, fuera de cuestiones importantes pero nominales (*v.gr.*, ya no se habla de incapacitados sino de *“personas con capacidad modificada judicialmente”*, como hace la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

De las sentencias posteriores destaca, además de la necesidad de hacer el *“traje a medida”* a cada persona cuando se modifique su capacidad, la tendencia hacia la curatela y las funciones de mera asistencia, si bien la

realidad obliga al juzgador a hacer construcciones *ad casum* que no corresponden, con la curatela (ni con la tutela) tal y como está configurada en el ordenamiento jurídico estatal. De hecho, hay que reconocer que es difícil en muchos casos dilucidar si la persona es incapaz pero con posibilidad de un margen de actuación por sí misma (el punto de partida sería entonces la tutela), o capaz pero con necesidad de complementos de capacidad que en alguna ocasión requieren incluso de necesidad de sustitución (el punto de partida sería la curatela).

Antes de centrarnos en la sentencia que comentamos hay que citar, como antecedente próximo de la misma, la STS 341/2014, de 1 de julio, en la que el ponente es, como en la de 2015, Sancho Gargallo: en las dos se aprecia un cambio respecto a las sentencias anteriores (de distintos ponentes) en materia de capacidad de las personas porque, a diferencia de aquellas, en las dos se falla acordando la remisión de los autos a la Audiencia para que resuelva sobre las respectivas cuestiones que se plantean, a la luz de lo que la Sala Primera, a su vez, resuelve.

En esta sentencia anterior, se trataba de un caso en que un hijo había instado la incapacitación total de su madre, solicitando que se le nombrara tutor a él, por ser el pariente próximo más idóneo; aunque hay otro hijo, éste carecía condiciones de asumir la tutela pues padecía una esquizofrenia paranoide, con síndrome de Diógenes. Pese a ello, este hermano se personó en el procedimiento, pidiendo la incapacitación de su madre, e interesando que se le nombrara a él tutor.

En primera instancia se declaró su incapacitación total y al advertir un conflicto de intereses entre los hijos de la incapacitada, el juzgado siguió la recomendación contenida en el informe del médico forense —que valorando la situación familiar y de la incapaz, había concluido que esta “se encontraría más amparada y cuidada en la institución donde se encuentra ingresada en la actualidad”— y nombró tutor a la Fundación Murciana para la Tutela.

Recurren en apelación ambos hermanos, alegando que el nombramiento de la Fundación alteraba el orden de prelación legal para la designación de tutor, y solicitando cada uno de ellos que se les nombrara tutor.

La Audiencia desestima ambos recursos, en atención a que el segundo de los hermanos carece de condiciones para asumir la función de tutor de su madre y a que el conflicto entre los dos hermanos desaconseja el nombramiento del primero (Justo). Sólo este segundo es quien recurre en casación.

En su informe, el Ministerio Fiscal: 1) revisa los antecedentes médicos de la incapacitada y dado que las deficiencias son esencialmente somáticas y no psíquicas, entiende que al superior interés de la persona con discapaci-

dad, a la luz criterio restrictivo marcado por la Convención, debería haberse establecido una incapacitación parcial y nombrar un curador, en vez de un tutor, que le sirva sólo para aquellas facetas para las que la incapacitada no pueda gobernarse por sí misma, y 2) interesa que se nombre curador al recurrente, Justo, pues el conflicto familiar entre los dos hermanos no justifica por sí sólo que se hubiera alterado el orden legal de los llamados a ejercer la tutela.

La Sala Primera estima el recurso de casación, y entiende que el tribunal de instancia ha infringido el art. 234 Cc al prescindir de las personas llamadas a asumir la tutela, sin haberlo motivado en que así lo exige el beneficio del incapacitado porque: 1) el nombramiento del hijo no es incompatible con que su madre siga en la residencia donde se encuentra en la actualidad, y 2) el conflicto de intereses entre los hermanos no significa que el cuidado y representación de los intereses personales y patrimoniales de la madre incapaz por el recurrente pueda serle perjudicial o no tan beneficiosa como la tutela ejercida por la fundación.

Como la Sala sólo puede pronunciarse acerca del motivo de casación (el orden legal del art. 234 Cc), no puede fallar acerca de si lo procedente hubiera sido o no la curatela, sino que lo único que hace es dejar sin efecto el nombramiento de la fundación. Pero en contra de sentencias anteriores en materia de discapacidad de la misma Sala, en las que en el fallo se acuerda lo procedente (en este caso, se hubiera nombrado directamente tutor a su hijo Justo), acuerda remitir los autos al tribunal de apelación, para que resuelva sobre la designación del tutor, previa audiencia del incapacitado y la práctica de los medios de prueba que de oficio estime oportunos para cerciorarse de si el interés de la incapacitada exige dejar de nombrar tutor a su hijo Justo, y designar a una fundación pública tutelar, en cuyo caso su justificación deberá reflejarse en la sentencia.

V. COMENTARIO

1. Especialidades de la actividad probatoria en los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar de las personas

El recurso extraordinario por infracción procesal se basa en una vulneración de las normas en materia de prueba, como hemos visto.

Para la correcta interpretación de las normas probatorias en los procesos de modificación de la capacidad de obrar, hay que tener en cuenta que en

ellos se busca la verdad material por encima de la formal, puesto que su finalidad es la efectiva protección de la persona cuya capacidad de modifica, mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de ésta.

Este proceso continua respondiendo formalmente al principio contradictorio y en ese sentido, la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria de 2015 no ha introducido modificaciones: el carácter contradictorio se mantiene para dotar de mayores garantías al proceso, dando intervención el presunto incapaz, que puede comparecer en el proceso en su propia defensa y representación o en su caso, ser defendido por el Ministerio Fiscal, o en su caso, por un defensor judicial. El carácter contradictorio, por tanto, en ningún caso es consecuencia de que lo que se sustancie sea, como dice la sentencia, *“un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente, caracteriza los procesos civiles”*.

En la actividad probatoria de estos procesos se da una quiebra de los principios dispositivo y de aportación de parte que tiene como consecuencia, según el art. 752.1 y 2 Lec: a) que debe decidirse *“con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento”*; b) que el tribunal no se ve vinculado por la conformidad de las partes sobre los hechos y que, en este sentido, el recibimiento a prueba no dependerá de la no conformidad de las partes respecto de los hechos, ni de petición de alguna las partes; c) que no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos y d) que, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y las partes, el Juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.

En todo caso, se ha de explorar a la persona con discapacidad, oír el dictamen del facultativo y dar audiencia a los parientes más próximos (art. 759 Lec). La realización de estas pruebas es imperativa, y su falta puede provocar la nulidad del proceso, por cuanto son una garantía esencial de los derechos del presunto incapaz. El art. 759.3º Lec refuerza esta garantía al obligar a la realización de las mismas en segunda instancia, extendiendo el principio de inmediación no sólo al Juzgado de primera instancia sino también al tribunal de apelación, y ello, con independencia del contenido de la sentencia apelada.

No pierden su carácter probatorio —aunque sea de carácter especial— porque sirven de base necesaria para, como dice la sentencia, la formación de la *“convicción psicológica”* del juzgador para desvirtuar la poderosa presunción de capacidad de la persona que sigue vigente en nuestro ordena-

miento y hacer, en función de ello, un determinado “*traje a medida*”; convicción que habrá de motivarse necesariamente en la sentencia.

En la elaboración del “*traje a medida*” adquiere un especial protagonismo la primera de ellas: la exploración judicial. Con ella, como se dice en la STS de 2014 y se repite en la que comentamos, se puede adquirir “*una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. ...Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona*”. Es decir, no basta con alegar la mera realización de las pruebas preceptivas, sino que estas “han de superar las preguntas estereotipadas”, con una labor proactiva por parte del juez. Cómo pueda valorar esto el Tribunal ante quien se recurra una sentencia, nos introduce de nuevo en otro ámbito de apreciación propio de la labor jurisdiccional.

2. La reserva del máximo espacio de autonomía o la interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad

El Tribunal Supremo se apoya en la Convención de Nueva York de 2006, sin citar ningún artículo concreto (los recurrentes sí que lo hacen, aunque, curiosamente, no del art. 12, que es el fundamental en estos casos), para entender que las circunstancias físicas y mentales de la demandada no anulan *su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona*. En concreto, la Sala primera dice que ello no “*justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión*”, pero tampoco dice que entonces sea totalmente capaz y pueda decidir por sí sola. El empleo del término “*totalmente*” nos puede sugerir que aquí sea necesario un *apoyo*, de los que habla la Convención, o en definitiva, un complemento de capacidad como el que presta un curador, pero nada de eso dice la sentencia.

Lo mismo sucede en este caso en el ámbito patrimonial, aunque sus limitaciones allí sean más graves, lo que sin embargo, para la Sala, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. Reconoce la Sala, no obstante, que “*al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes... necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad*”.

Parece que la consecuencia natural sería entonces que se casara la sentencia en este punto y se nombrara un curador, incluso decidiendo la persona concreta que ocupara ese cargo.

Así se hace en otras sentencias, como la STS 544/2014, de 20 de octubre (Tol 4530349, ponente Seijas Quintana), que resuelve un caso de una persona con grave deficiencia visual e inteligencia límite que, si bien no tiene enfermedad o minusvalía que le impida gobernar por sí mismo su persona, carece de plena capacidad para gobernar su patrimonio. En primera instancia y en apelación se le consideró completamente incapaz para regir su patrimonio y se rehabilitó la patria potestad de la madre, *para que “la administración y disposición de sus bienes estén supervisados y controlados por persona allegada y de confianza que, conociendo la trascendencia económica de los actos y su valor, defienda sus intereses”*. El incapacitado recurre en casación (también interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima) y el Tribunal Supremo admite que *“la rehabilitación de la patria potestad... implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención”*, y declara expresamente en el fallo que el demandado es *“parcialmente incapaz respecto de los actos a los que se refiere la sentencia recurrida, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida adaptada a sus ingresos (dinero de bolsillo), conservando su iniciativa, pero precisando para ello del curador, su madre ... en la forma que también refiere la sentencia sobre toma de posesión, inventario, informes y rendimiento de cuentas”*.

No hace así la sentencia que comentamos sino que —y esto es lo más llamativo de la misma, y lo comentaré en el epígrafe siguiente— como se dice en el FJ 7º, para resolver sobre la capacidad de Ana *“sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal. Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver”*, lo que en términos del Fallo se expresa con un *“acordamos la devolución de las actuaciones al referido tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia”*.

3. La remisión de los autos a la Audiencia para que vuelva a dictar sentencia tras nueva exploración judicial del demandado

En materia de incapacitación encontramos un antecedente de este tipo de fallo en una sentencia precisamente del mismo ponente (Sancho Gargallo): la ya citada STS de 2014.

El motivo del recurso de casación en la sentencia de 2015 que analizamos, fue, recordemos, la “1º *Infracción por aplicación indebida de los arts. 200 y 222 del Código Civil (LEG 1889, 27), arts. 18, 19 y 20 de la Convención de Naciones Unidas (Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 (RCL 2008, 950), ratificado por España el 23 de noviembre de 2007) y arts. 244, núms. 2 y 4, del Código Civil (LEG 1889, 27)*”. No alega, a diferencia de otras sentencias en esta materia, infracción de doctrina jurisprudencial, ni en ningún momento menciona el interés casacional. Pero tampoco alega vulneración de un derecho fundamental (otras sentencias en incapacitación sí lo hacen: el 10, el 14 CE, etc.). Si excluimos el acceso por razón de la cuantía, no se alcanza a ver cómo juegan en este caso los arts. 477 y 487 Lec para permitir tal remisión de los autos.

Acaso la explicación sea que el recurso se fundamenta en la violación de los artículos de la Convención, sobre la base de que esta recoge *derechos de las personas con discapacidad* que se pueden considerar, a esos efectos, *derechos fundamentales*. El problema es que cuando se habla de *derechos fundamentales* en este contexto, parece estarse pensando fundamentalmente en los previstos en la Constitución Española, y dentro de ellos, sólo en aquellos que puedan ser susceptibles de tutela jurisdiccional civil, en concreto los que señala el art. 249 Lec: honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, así como las libertades de expresión e información.

Si aceptamos la hipótesis de que esa ha sido la puerta de entrada a la casación, correspondería entonces aplicar el art. 487.2 Lec “*La sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo en parte, la sentencia recurrida*”. Es decir, en un caso como éste en el que se estima el motivo de casación, se casará o anulará la sentencia recurrida. Pero a diferencia de lo dispuesto en el art. 1715.1.3º de la Lec 1881, en la actual Lec no se establece expresamente que el Tribunal, si estima el recurso, deba asumir la tarea del órgano de instancia dictando él una nueva sentencia. Sin embargo, la doctrina da por supuesta esta función, de modo que casada la sentencia procederá a resolver el fondo del litigio en los términos que procedan.

El problema en este caso se plantea porque el Tribunal Supremo no puede hacer una valoración de los hechos, sino únicamente de la aplicación de la ley, pero tal aplicación se hace necesariamente sobre una valoración de los hechos. La Sala Primera entra a valorar los hechos declarados probados —en este caso, las limitaciones físicas y psíquicas de Ana—, teniendo que partir de la determinación de los hechos que hace el tribunal de instancia (salvo que hubiese una infracción procesal de las reglas de valoración de prueba). Una vez determinados los hechos, el Tribunal Supremo considera que la valoración que se ha hecho de las circunstancias de la presunta inca-

paz ha determinado una aplicación de la Ley lesiva de los derechos fundamentales de esta, porque se ha ido mucho más allá de lo necesario para la protección de la incapaz, de modo que la pretendida protección se vuelve en su contra, al privarle de espacios de beneficiosa y positiva autonomía.

Por lo tanto se casa la sentencia, en cuanto que la interpretación de la ley resulta lesiva de los derechos fundamentales. Hecho esto, el Tribunal Supremo no se atreve a determinar cuál es el alcance concreto que haya que dar a las eventuales restricciones la capacidad de Ana, sino que eso debe hacerlo el tribunal de instancia, puesto que para *ajustar el traje a medida* ha de volver a *ver* a la demandada. En efecto, para ello tendría que valorar las circunstancias de esta, y se encuentra con que no hay trámite para hacerlo él mismo, pero tampoco puede hacerlo sobre la simple determinación de los hechos probados, y por tal motivo, lo remite al tribunal inferior para que lo haga.

La solución es justa y casa, valga la redundancia, con la filosofía actual que preside todo lo referente al proceso de modificación de la capacidad, pero no se ajusta estrictamente a la actual Ley de enjuiciamiento civil: quizá sea un ejemplo de la función integradora del Tribunal Supremo y de interpretación flexible de la Ley, que inicie una jurisprudencia consolidada en este punto en materia de discapacidad, y puede, incluso que sugiera un futuro cambio en la Ley.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2013-41566-R “Entre la guarda y el apoyo en el ejercicio de la capacidad: la reforma del sistema legal de atención a personas con discapacidad y a menores” (IIPP Sofia de Salas Murillo/M^a Victoria Mayor del Hoyo).

Sentencia de 13 de mayo de dos mil quince

ENCABEZAMIENTO:

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de mayo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10^a, como consecuencia de autos de capacidad y declara-

ción de prodigalidad seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Picassent.

Los recursos fueron interpuestos por Ana, representada por el procurador Luciano Rosch Nadal. Es parte recurrida Ceferino, representado por la procuradora Isabel Afonso Rodríguez. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Tramitación en primera instancia 1. El Fiscal presentó demanda de juicio especial sobre de-

terminación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias adecuadas y efectivos para su ejercicio de D^a Ana, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Picassent (autos núm. 855/2010), para que se dictase sentencia: “determinando los extremos objeto de este procedimiento arriba indicados, lo que comportará, teniendo como base la concreción de las habilidades conservadas: 1. La fijación precisa de la extensión de su capacidad jurídica.

2. Los medios de apoyo que se desprendan como más idóneos para la conservación de la capacidad jurídica arriba determinada: Tutela, Curatela, Defensor Judicial, Régimen de Guarda, o cualquier otro medio de apoyo adecuado.

3. Los actos a los que se refiera su intervención, cuando así proceda; debiéndose nombrar la persona que haya de asistirle o representarle y velar por él, conforme a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el art. 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo establecido en el Libro Primero, Título X, Capítulo I, II, III, IV y V del CC, relativos a la Tutela, Curatela, Defensor Judicial y Guardador de hecho.

4. Las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, y finalmente que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales”.

2. La procuradora Mercedes Soler Monforte, en representación de Ceferino, interpuso demanda de declaración de incapacidad y nombramiento de tutor de Ana ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Picassent (autos núm. 886/2010), para que se dictase sentencia: “por la que estimando la demanda, declare la incapacidad de la demandada tanto para el gobierno de su persona como para regir y administrar sus bienes, determinando la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela a que ha de quedar sometido la incapacitada constituyendo la tutela de la citada incapaz, nombrando tutor a D. Ceferino, comunicándose

la resolución judicial estimatoria al Registro Civil y otros registros públicos que correspondan”.

3. La procuradora María Luisa Galbis Úbeda, en representación de Ana, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia: “por la que se desestime la demanda de incapacitación formulada por actor D. Ceferino, proclamando no haber lugar a la incapacitación en ningún aspecto de Doña Ana, levantando las medidas cautelares adoptadas en su día y condenando a costas a la parte promotora de tales medidas.

Subsidiariamente para el improbable supuesto que se estimara la demanda contraria, deberá nombrarse tutor y Administrador de sus bienes, a las siguientes personas por este orden.

1. Doña Luz.

2. Institución que corresponda de Albal o Valencia.

3. Para el caso que se desestime el primer pedimento del suplico y no se nombre a Doña Luz tutor y administrador, deberá recaer el nombramiento de tutor en la Institución que estime procedente el órgano judicial, y todo ello por la elemental razón que entendemos que el tutor autopropuesto por el actor D. Ceferino está acreditado que concurren causas del Código Civil que le inhabilitan abiertamente para ser tutor”.

4. El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Picassent dictó Sentencia con fecha 4 de julio de 2011, con la siguiente parte dispositiva: “FALLO: Estimando la demanda interpuesta por el del Ministerio Fiscal y la Procuradora Sra. Soler Monforte, en nombre y representación de D. Ceferino debiendo declarar y declarando a todos los efectos procedentes en derecho que Dña. Ana, es total y absolutamente incapaz para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes.

Procederá la constitución de la tutela de Dña. Ana, que será ejercitada por su hijo, D. Ceferino, cítese al interesado para la aceptación del cargo y toma de posesión. Requírasele para la aportación de hoja histórico penal y certificación de nacimiento actualizada.

Librese exhorto al encargado del Registro Civil, al que se acompañará testimonio de esta sentencia, a fin de que se practique la inscripción de la incapacitación.

No se hace expresa declaración en cuanto a las costas causadas en esta instancia”.

Tramitación en segunda instancia.

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ana.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante Sentencia de 12 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: “FALLAMOS: Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ana.

Segundo.- Confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

Tercero.- No hacer imposición de las costas de esta alzada.

Cuarto.- Se declara la pérdida del depósito consignado para recurrir”.

6. Instada la aclaración de la anterior resolución, la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Auto de fecha 13 de enero de 2014, con la siguiente parte dispositiva: “No ha lugar a aclarar la sentencia recaída en estas actuaciones en el sentido solicitado por la recurrente, subsistiendo íntegros los pronunciamientos de la misma”.

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

7. La procuradora María Luisa Galbis Úbeda, en nombre y representación de Ana, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue: “1º) Infracción de los arts. 24 de la Constitución, art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, arts. 466 a 471 de la LEC”.

El motivo del recurso de casación fue: “1º) Infracción por aplicación indebida de los arts. 200 y 222 del Código Civil, arts. 18, 19 y 20 de la Convención de Naciones Unidas (Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España el 23 de noviembre de 2007) y arts. 244, núms. 2 y 4, del Código Civil”.

8. Por diligencia de ordenación de fecha 6 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Ana, representada por el procurador Luciano Rosch Nadal; y como parte recurrida Ceferino, representada por el procurador Isabel Afonso Rodríguez. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

10. Esta Sala dictó Auto de fecha 11 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue: “ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de Dª. Ana contra la sentencia dictada, con fecha 12 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª), en el rollo de apelación nº 317/2012, dimanante de los autos de juicio de incapacidad nº 855/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Picassent”.

11. Dado traslado, la representación procesal de Ceferino presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

El Ministerio Fiscal presentó escrito por el que consideraba que el recurso extraordinario por infracción procesal debía ser estimado y se adhería parcialmente al recurso de casación formulado.

12. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de abril de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Resumen de Antecedentes: 1. A instancia del Ministerio Fiscal y de Ceferino, el Juzgado de Primera Instancia declaró la incapacitación total de Ana, y nombró tutor a su hijo Ceferino.

En la sentencia de incapacitación, el juez, después de valorar la prueba practicada, entre las que se encuentran la exploración judicial, el in-

forme médico forense y lo relatado por los testigos que cuidan y atienden a Ana, apreció que: Ana sufre una demencia senil, con deterioro cognitivo leve que, además de manifestarse en una falta de orientación temporal, le afecta a la capacidad de valerse por sí misma, porque necesita atención personal para su cuidado personal y para administrar sus bienes. Entre otras cosas, no puede realizar las operaciones de cálculo elementales cuando se pretende comprar algo.

El juez deja constancia de que el único medio de prueba aportado de contrario, un informe del psiquiatra Dr. Eugenio, quedó desvirtuado por la propia comparecencia de su autor y por la exploración judicial de Ana.

En el informe se manifiesta que tan sólo había tenido en cuenta la entrevista clínica, y no la información médica de la paciente. En relación con la capacidad de administrar sus bienes, el informe refiere que la paciente es capaz de realizar pequeñas sumas y restas, y en la exploración judicial quedó constancia de que esto no es así, pues el juez preguntó a Ana "que cambio le tenían que dar en caso de comprar una barra de pan que valía 68 céntimos, cuando se había entregado un euro", y no supo qué contestar.

La sentencia de primera instancia para justificar el nombramiento de Ceferino como tutor, atiende a las siguientes razones. Los parientes más próximos llamados por la Ley para hacerse cargo de la tutela son los dos hijos de la incapacitada, Ceferino y Luz. De los dos, la persona más idónea para garantizar el cuidado y atención de la madre es Ceferino, que es quien más se ha preocupado de ella desde que fue ingresada en la residencia donde se encuentra, la visita entre semana y la lleva al médico. En la residencia, cualquier problema o cuestión relativa al cuidado de Ana se la trasladan a su hijo Ceferino.

Por otra parte, en el parte de quejas y reclamaciones de la residencia, consta que la hija se llevó a la madre a su casa para pasar un domingo sin esperar a que la enfermera le preparara la medicación para la comida ni darle la insulina, y que la devolvió sin haberle dado de cenar ni avisar la hora de llegada, provocando que a la paciente le hubiera subido mucho la glucosa.

Aunque Luz había denunciado que su hermano tenía un conflicto de interés con su madre, que constituía causa de inhabilidad para hacerse cargo de la tutela, no ha quedado constancia del mismo.

2. La sentencia de apelación confirmó la sentencia de primera instancia. Después de realizar la explotación de Ana, recabar un nuevo informe médico forense y oír nuevamente a los parientes más próximos, y tras valorar toda la prueba corroboró que: Ana se encuentra afectada por una demencia senil de tipo vascular, según el diagnóstico del médico forense, de grado leve; tiene reconocida una minusvalía del 90%; carece de movilidad propia, al necesitar una silla de ruedas, y, además, precisa del cuidado de otra persona para realizar las áreas más elementales de cuidado personal, alimentación y para tomarse la medicación; está orientada en el espacio; si bien goza de cierta autonomía, esta solo es posible en un entorno protegido como el de la residencia; carece de las mínimas habilidades para una vida independiente, lo que le impide vivir sola; tiene limitaciones que le impiden administrar bienes y realizar compras.

3. Frente a la sentencia de apelación, Ana formuló el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal 4. Formulación del motivo único. El motivo se formula "al amparo de lo previsto en los arts. 24 CE, 6 CEDH, y 466-471 LEC". El art. 24 CE se habría infringido, junto con el art. 464 y concordantes LEC por la negativa discrecional y posiblemente arbitraria, irrazonada e ilógica de no admitirle a la demandada los medios de prueba directos como eran la prueba pericial médica del doctor en psiquiatría Eugenio y la pericial de la psicóloga Raimunda. Los dos habían sido citados a la vista a celebrar ante la sección de la Audiencia que debía resolver el recurso de apelación, y no se permitió su declaración.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

5. Desestimación del motivo. La prueba en los procesos de incapacitación está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos pri-

mero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006.

El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El art. 200 CC, que regula las causas de incapacitación (“las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”), y el art. 760.1 LEC, que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad “sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección”, en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona (Sentencias 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio).

La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses

personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (Sentencia 341/2014, de 1 de julio).

En estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2º último inciso LEC). El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada.

Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer como ha llegado a aquella determinada convicción psicológica.

Es en este contexto en el que hemos de valorar la infracción denunciada en el motivo. En primera instancia, se había admitido el informe elaborado por el psiquiatra Dr. Eugenio y se había practicado su interrogatorio durante la vista del juicio. En segunda instancia, se pidió que fuera nuevamente interrogado, y aunque fue citado, la Audiencia consideró que no era necesario volver a oírle. En cuanto al informe de la psicóloga Raimunda, se admitió por la Audiencia, pero tampoco se permitió su interrogatorio, por entender que resultaba irrelevante.

El tribunal de instancia, a pesar de la prueba denegada, consta que ha cumplido con la prueba preceptiva establecida en el art. 759 LEC, pues tanto el juez de primera instancia como la Au-

diencia han examinado por sí mismos a la pre-sunta incapaz, han oído a los parientes más próximos, y han recabado los informes médicos pertinentes, en este caso los del médico forense de cada una de las dos instancias, junto con el informe aportado por la Sra. Ana del Dr. Eugenio y la información de los médicos que la atienden. El tribunal de instancia también ha interrogado a las personas que cuidan la residencia en la que se encuentra en la actualidad la Sra. Ana.

En este contexto en el que impera la discrecionalidad del tribunal de instancia, quien ha motivado en su sentencia la valoración de la prueba y cómo ha llegado a la convicción de que la Sra. Ana no está en condiciones de regirse por sí misma, y precisa de alguien que no sólo le asista en la realización de las tareas personales más elementales, sino también que le represente en sus intereses personales y patrimoniales, la decisión de no oír al Dr. Eugenio y la psicóloga Raimunda, en la vista acordada por el tribunal de apelación para examinar a la Sra. Ana, no constituye una grave infracción que provoque la nulidad del proceso. La Audiencia de estos dos facultativos no resultaba determinante, en atención al resto de las pruebas practicadas, y porque sus informes habían sido aportados a los autos.

Recurso de casación

6. Formulación del motivo único. El motivo se funda en la infracción de los arts. 200 y 222 del Código Civil, y de los arts. 18, 19 y 20 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. También se denuncia la infracción de los apartados 2 y 4 del art. 244 del Código Civil, en cuanto al nombramiento de tutor recaído en la persona de Ceferino.

En el desarrollo del motivo se razona que la conclusión alcanzada por el tribunal parece contradictoria con las pruebas practicadas, en concreto, con el informe del médico forense que, después de diagnosticar que la Sra. Ana sufre un deterioro cognitivo de leve a moderado, afirma que si se le hubiera proporcionado la asistencia de otra persona, podría no estar recluida y sí en su domicilio ayudada de una tercera persona.

Y muestra como resulta contradictorio que las limitaciones descritas en la sentencia para el

cuidado de su persona, para moverse y para el cálculo mental, hayan conllevado la incapacidad total.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

7. Estimación del motivo. Si nos atenemos a la valoración realizada por el tribunal de instancia sobre las limitaciones de la Sra. Ana, apreciaremos que tales limitaciones no justifican la incapacitación total para la adopción de las medidas de protección que realmente precisa, a la luz de la Convención de Nueva York de 2006.

Como ya hemos reseñado en otras ocasiones (Sentencias 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio), conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección. Y para que funcionen estos sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio.

De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

Lo anterior se traduce en lo que argumentábamos al comienzo del fundamento jurídico 5, en relación con que la incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en

la medida de lo posible, en la realización de un traje a medida.

Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacitación, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.

Si revisamos la descripción de la situación de discapacidad de Ana que se contiene en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacitación total, se advierte una contradicción, pues podían haberse preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.

En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesita de alguien que administre sus bienes y complete su capacidad.

La consecuencia de la estimación del motivo de casación no es que asumamos la instancia y resolvamos sobre la capacidad de Ana, pues para

ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal.

Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver.

Costas

8. La estimación del recurso de casación conlleva que no imponamos las costas a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

Tampoco procede hacer expresa condena en costas del recurso extraordinario por infracción procesal, en atención a la cuestión controvertida sobre el grado de la capacidad de la recurrente y lo finalmente resuelto al estimarse el recurso de casación.

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

FALLO:

Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Ana contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª) de 12 de diciembre de 2013, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Picassent de 4 de julio de 2011, sin hacer expresa condena en costas.

Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Ana contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª) de 12 de diciembre de 2013, que dejamos sin efecto, y acordamos la devolución de las actuaciones al referido tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastián Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada

fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sancho Gargallo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

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

PENAL

JOSÉ ELÍAS ESTEVE MOLTÓ

Universitat de València

Institut de Drets Humans

(Tol 5001812)

Cabecera: El TS confirma el archivo de la causa contra exdirigentes chinos por crímenes cometidos durante la ocupación del Tíbet por China durante el periodo 1950-1979. Modelo de jurisdicción universal limitado.

Jurisdicción: Penal

Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 06/05/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 296/2015

Número Recurso: 1682/2014

I. RESUMEN

1. El TS confirma el archivo de la causa contra los exdirigentes chinos JZ y LP por crímenes cometidos durante la ocupación del Tíbet por China

El fallo de la sentencia se adelantó por la Sala Segunda el pasado 22 de abril

El Pleno de la Sala Segunda ha confirmado el archivo de la causa contra los exdirigentes chinos JZ y LP, entre otros, por los crímenes cometidos como consecuencia de la ocupación del Tíbet por China durante el periodo 1950-1979. El fallo de la sentencia se adelantó el pasado 22 de abril.

Entre los argumentos principales de la resolución, señala que el modelo de jurisdicción universal limitado introducido en España por reforma de 2014 no es inconstitucional ni arbitrario, a juicio del Tribunal Supremo.

El procedimiento había sido archivado por la Audiencia Nacional en junio de 2014 al estimarse que no cumplían los requisitos establecidos en la reforma del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula la jurisdicción universal de los tribunales españoles. La causa fue abierta

por el juez de la Audiencia Nacional Ismael Moreno para investigar los supuestos delitos de genocidio, torturas y de lesa humanidad que se habrían producido en el Tíbet.

II. LA DEROGACIÓN DEFINITIVA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA: LA SENTENCIA 296/2015 DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL REGRESO A TIEMPOS ANTERIORES DE NÚREMBERG

1. El *iter* procesal: del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional al Tribunal Supremo

La presente sentencia del Tribunal Supremo 296/2015 (recurso de casación nº 1682/2014) de 6 de mayo de 2015 supone la estocada definitiva a la justicia universal en España y viene a ratificar en todos sus postulados la fatídica reforma legal impulsada por el Gobierno del Partido Popular a través de la Ley Orgánica 1/2014. Desde un principio no debe ignorarse que la motivación para haber procedido a esta reforma legislativa se fundamenta única y exclusivamente en argumentos extralegales: la defensa a ultranza de la deuda pública española y de los intereses comerciales y económicos con la gran potencia china. Precisamente una breve revisión del *iter* procesal del presente asunto constatan sin ningún género de dudas estos hechos.

La causa se inicia mediante presentación de una querrela ante la Audiencia Nacional el 28 de junio de 2005, ejerciendo la acción popular, por el Comité de Apoyo al Tíbet (CAT) y secundada por la Fundación Casa del Tíbet, y como acusación particular compareció, Thubten Wangchen. Se acusaba de haber cometido crímenes de genocidio, tortura, terrorismo de Estado y crímenes contra la humanidad en Tíbet a distintos líderes chinos, entre los que destacaban: Jiang Zemin, anterior Presidente de China, Secretario del Partido Comunista Chino y máxima autoridad del Ejército Popular de Liberación hasta 2003 y Li Peng, antiguo primer ministro durante la represión tibetana desde finales de los 80 y principios de los 90 del siglo pasado.

El fiscal en fecha 27 de julio de 2005 emitió un informe en el que invocando la tesis seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de marzo de 2004, decretaba que a ningún Estado “corresponde ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción”, a lo que añadió que una concepción de la justicia universal amplia, como era la pretendida en

este querrela, conducía a “una interpretación desmesurada de la soberanía nacional” y podía desencadenar una serie de “consecuencias no siempre deseables desde la perspectiva de la seguridad jurídica”. Esta interpretación restrictiva del principio de la jurisdicción universal fue secundada por el Juzgado Central de Instrucción número dos, siguiendo el hilo argumental del informe del fiscal, y concluyó que la jurisdicción española “no es competente para el conocimiento de los mismos habida cuenta que ninguno de los presuntos culpables es de nacionalidad española ni se encuentra en territorio nacional ni España ha denegado su extradición y, de otra parte, no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con estos delitos” (auto de inadmisión de 5 de septiembre de 2005, Diligencias Previas 237/2005, Juzgado Central de Instrucción nº 2 Audiencia Nacional). Esta resolución se recurrió directamente en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que debía resolver el asunto, señaló la vista para el 13 de octubre de 2005. Ahora bien, pocos días antes de que se efectuara la vista se dictó una sentencia que iba afectar de forma invariable al proceso. La célebre sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 que vino a resolver el recurso de amparo en el caso del genocidio de Guatemala, al incidir de pleno en el motivo de la apelación, dejó sin efecto el señalamiento previsto y lo pospuso *sine die*. Como consecuencia de la existencia de distintos casos pendientes ante la Audiencia Nacional con el propósito de unificar criterios en materia de jurisdicción universal, se avocó esta decisión al Pleno de la Sala de lo Penal, dando lugar al controvertido acuerdo no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005. Una vez posicionados el Tribunal Constitucional y el Pleno de la Audiencia Nacional, mediante providencia de 21 de noviembre, se señaló la vista de la apelación para el 14 de diciembre, en la cual la parte querellante insistió en la admisión a trámite del recurso (esta vez añadiendo a los argumentos ya expuestos en el recurso, los fundamentos jurídicos de la sentencia del TC), mientras que el ministerio fiscal persistió en la solicitud del archivo definitivo de la querrela concluyendo que dicha iniciativa legal suponía un abuso de derecho.

Finalmente el auto de 10 de enero de 2006 de la sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acabó por estimar la competencia de la jurisdicción española en el caso del genocidio del pueblo tibetano no condicionándolo a ningún elemento de conexión nacional, siguiendo con ello, lo preceptuado por el Tribunal Constitucional. Asegura el auto, que los hechos denunciados resultan ser “*constitutivos de delito de genocidio al amparo de lo dispuesto en el art. 2 c) y d) del Convenio sobre prevención y sanción del*

delito de genocidio relativos, respectivamente, al sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que puedan acarrear su destrucción física, total o parcial y, el segundo y a la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo” (Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previas 237/05). Asimismo resulta relevante el destacar que los jueces de la Audiencia Nacional hicieron referencia a las inexistentes posibilidades de que el caso del Tíbet pudiera ser conocido por la Corte Penal Internacional, ya por un lado se recuerda que el artículo 11 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, dispone que este tribunal únicamente es competente para conocer aquellos crímenes cometidos después de su entrada en vigor (y los hechos denunciados en la querrela son anteriores a 1998), y por otro, se declara que *“ni China ni, por supuesto el Tíbet, son Parte del citado Estatuto ni consta aceptación alguna de la competencia de la Corte por parte de China, por lo que no cabe esperar respuesta alguna del citado órgano internacional jurisdiccional”*.

El último de los elementos que examina el auto antes de su pronunciamiento final es aquel que hace referencia al llamado *test de razonabilidad* y que traemos a colación ya que de forma reiterada se ha acudido en esta ocasión al mismo por esta sentencia del Tribunal Supremo. El origen de este criterio se recoge en el auto no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2005, reunido para unificar criterios en materia de jurisdicción universal, tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala. En el mismo se apunta, que: *“constatado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico interno y descartada la actuación de la jurisdicción del lugar de comisión del presunto delito y de la comunidad Internacional deberá, como regla, aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos”*.

Los magistrados de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal en este caso del Tíbet interpretaron el criterio anterior única y exclusivamente con el fin de evitar un ejercicio abusivo de derecho, pero en modo alguno ese argumento argumentaron, podía servir como pretexto para continuar dejando en la impunidad a crímenes internacionales, y más aún bajo un postulado tan subjetivo como peregrino, referido a que el delito o el lugar de la comisión de los hechos sea “un lugar extraño y/o alejado”. Existía el peligro que se interpretara este requisito con la intención de archivar la querrela del Tíbet (ya que no se trata de un lugar muy próximo o con una conexión directa con

España), argumentación que a todas luces se advirtió en la vista de la apelación que resultaría contraria, no sólo a la letra del mismo artículo 23.4 de la LOPJ (y a la recientemente dictada sentencia del Tribunal Constitucional), sino también al principio de legalidad (art. 9.3 en relación con el art. 25.1 CE) y a los derechos de tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE) y de igualdad ante la ley (art. 14.1)

Afortunadamente en la primera ocasión que tuvieron los jueces de la Audiencia Nacional para pronunciarse e interpretar ese criterio de razonabilidad, se apostó por la lucha contra la impunidad, estimando el recurso de apelación y concluyendo sobre este caso del Tíbet, que “dados los hechos que se describen detalladamente en la querella presentada junto con la importante documentación acompañada, se desprende, no sólo la existencia de que los hechos denunciados presentan caracteres de un delito de genocidio que deben ser investigados por la jurisdicción española según lo razonado anteriormente sino la competencia de este órgano jurisdiccional para admitir y tramitar la querella en su día denegada atendiendo a los postulados y principios establecidos por la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005”¹.

Como consecuencia de la admisión a trámite de la querella, la parte querellante dirigió un escrito al juzgado con el fin de que se procediera a la práctica de diligencias previas y desde sus inicios la presión diplomática china sobre el proceso ha resultado pública y manifiesta. el 5 de junio de 2006, la primera víctima del caso del Tíbet prestó declaración ante el juez de la Audiencia Nacional, lo que provocó las airadas protestas del Gobierno Chino, a través del portavoz del Ministerio Chino de Exteriores, Liu Jianchao, quien declaró a los medios de prensa internacionales que la investigación sobre los presuntos crímenes internacionales acaecidos en Tíbet eran una “difamación total, una absoluta mentira” y obedecía a intenciones secesionistas orquestadas por la “camarilla del Dalai Lama”.

La parte querellante, presentó otro escrito con fecha 1 de septiembre de 2010, ampliando la querella contra los mismos imputados como autores de infracciones graves de las Convenciones de Ginebra. Mediante auto de 30 de marzo de 2011, se admitió a trámite la ampliación de la calificación jurídica de los hechos denunciados, como crímenes de guerra, relativos al traslado de población china a territorio tibetano; esto es, traslado de la potencia ocupante a territorio ocupado y que incurre en una grave violación del artículo 49 de la IV Convención de Ginebra, que en su último párrafo dispone

¹ Auto 16 de enero de 2006, sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Apelación 196/05, Diligencias Previas 237/05, Décimo Fundamento de Derecho.

que: *“La Potencia ocupante no podrá proceder a la evacuación o transferencia de una parte de su propia población civil al territorio por ella ocupado”*.

La parte querellante mediante escrito de 20 de marzo de 2013 amplió la querrela contra Hu Jintao, anterior Presidente de la República Popular de China, que cesó en el cargo el 15 de marzo de 2013. La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante auto de 9 de octubre de 2013, acordó tener por ampliada la causa contra el exmandatario chino ya que había *“finalizado su inmunidad diplomática”*. En fecha 8 de enero de 2014 se dictó providencia en la que se acordaba librar Comisión Rogatoria a las autoridades populares de la República Popular China a fin de que se notificara la querrela a Hu Jintao y se le tomara declaración en calidad de imputado.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante resolución de fecha 18 de noviembre de 2013, ordenó que se dictaran órdenes internacionales de detención con fines extradicionales contra los imputados. El Juzgado Central de Instrucción n° 2 mediante resoluciones de fecha 10 de febrero de 2014 dictó, con fecha 10 de febrero de 2014, con el fin tomar declaración a los imputados, órdenes internacionales de detención con fines de extradición contra ex dirigentes de la República China.

Como consecuencias de la presión diplomática china, la Ley 1/2014, de 13 de marzo, modificó por segunda vez el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Poco después el Ministerio Fiscal, mediante escrito 20 de marzo de 2014, interesó la conclusión del sumario y la elevación de la presente causa a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que se pronunciara *“sobre la concurrencia de los nuevos requisitos”* impuestos por la reforma legislativa; todo ello al amparo de la nueva redacción que la LO 1/2014 otorgaba al artículo 23.4 LOPJ, sobre los requisitos y presupuestos del principio de jurisdicción universal.

Finalmente el Juzgado Central de Instrucción número 2, por auto de 25 de marzo de 2014, ordenó la conclusión del sumario y la elevación de la presente causa a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Como respuesta la parte querellante presentó escrito de 18 de mayo de 2014 ofreciendo los argumentos pertinentes para que se declarase la revocación de la conclusión del sumario, al faltar la práctica de diligencias indispensables, y, en consecuencia su devolución al juzgado instructor; y subsidiariamente, se decretase la apertura del juicio oral. Subsidiariamente respecto de las dos anteriores, se solicitó que la Sala plantease cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Aunque la Sala no procediese a plantear dicha cuestión, el Grupo Parlamentario Socialista cuestionó la constitucionalidad de la reforma y presentó

recurso de inconstitucionalidad que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 23 de julio de 2014.

Una vez admitido el escrito de la parte querellante de 18 de mayo de 2014 y remitido a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para su sustanciación se avocó la decisión al Pleno de la Sala de lo Penal. Ésta, por auto de 2 de julio de 2014, acordó “el sobreseimiento y archivo de la presente causa”, por mayoría de sus componentes, formulando dos votos particulares, cinco de los magistrados integrantes de la Sala de lo Penal.

2. Fundamentos de derecho invocados por el Tribunal Supremo

En una serie de párrafos introductorios el magistrado ponente Conde Pumpido adelanta ya su nefasto veredicto para las víctimas de crímenes internacionales dando sus bendiciones y aplicando hasta sus últimas consecuencias más estrictas la reforma legal de la L.O. 1/2014. Puede advertirse desde sus inicios una contradicción entre la definición y alcance que debe tener la jurisdicción universal. Por un lado se reconoce que esta jurisdicción universal posee un “*carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la Comunidad Internacional*” y que en consecuencia “*consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor*”.

Pero si la gravedad del delito y su carácter universal apuntan a esta excepcional jurisdicción que tiene como bien jurídico protegido a la humanidad en su conjunto, esa misma universalidad decae cuando en el siguiente párrafo se puntualiza que ello “*no significa que estén obligados a extender dicha jurisdicción a personas que se encuentren fuera de su territorio*”. Es más la sentencia alude al derecho penal internacional en términos genéricos para concluir que no existe ninguna obligación convencional para que los Estados tengan que perseguir estos horribles crímenes internacionales. Llama la atención que la prohibición del genocidio sea una norma de derecho imperativo o de *ius cogens* (como de forma reiterada ha indicado el Tribunal Internacional de Justicia), y que al mismo tiempo no se pongan los medios judiciales oportunos para su consecuente persecución. Por el contrario el Tribunal Supremo insiste en una interpretación que protege los intereses de los Estados en detrimento de las víctimas de crímenes internacionales. Es más este voluntarismo estatal que ya denunciara en su día el

juez del Tribunal Internacional de Justicia, Cançado Trindade, se invoca y defiende acudiendo al imperio de la ley. En concreto de nuevo en el fundamento de derecho sexto se expresa que *“la lucha contra la impunidad en el Derecho Internacional Penal no puede hacerse a costa de las garantías esenciales del Estado de Derecho”*. ¿Cabría preguntarse para quién y para qué se ha construido ese derecho penal internacional? ¿Para amparar a las víctimas o a los genocidas? ¿Para combatir la impunidad o garantizarla a nuestros socios y aliados económicos y comerciales?

Sorprende también que estando pendiente un recurso de inconstitucionalidad sobre la reforma de la justicia universal admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 23 de julio de 2014, como se ha mencionado, el Tribunal Supremo directamente se pronuncie abiertamente y en consecuencia interfiera en esta cuestión, llegando a conclusiones como la siguiente: *“La reforma de 2014 no es inconstitucional, pues no vulnera el principio de igualdad, ni la interdicción de la arbitrariedad, ni el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”*.

A) Antecedentes de la sentencia: un manifiesto y reiterado error de hecho

En los antecedentes de esta sentencia que describen de forma abreviada el apuntado *iter* procesal ya apuntado, en su antecedente primero señala que los hechos de la querrela “se ciñen a los supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la dominación de la República Popular de China en el Tíbet, y su ocupación militar, entre el período comprendido entre 1950 y 1979”. De nuevo el fundamento de derecho primero insiste que “en este procedimiento se investigaban supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la ocupación del Tíbet por la República Popular China, durante el período comprendido entre 1950 y 1979”.

A todas luces estas afirmaciones demuestran que en modo alguno los magistrados del Tribunal Supremo, y mucho menos su ponente Conde Pumido, han llegado a leer la querrela. En la misma se insiste de forma reiterada para evitar vulnerar el principio de legalidad, que más tarde esta misma sentencia invoca, que se denuncian todos aquellos hechos que fueron cometidos únicamente desde el año 1971, pese a que existían pruebas y evidencias concluyentes como distintos informes de la Comisión Internacional de Juristas presentados ante la Asamblea General de la ONU desde los años 50 que eran concluyentes respecto a la comisión de un genocidio contra el pueblo tibetano desde 1950. Aún así se remarca en la querrela que se escoge la fecha de 1971, ya que el delito de genocidio se incorpora en nuestro

derecho interno, tras la ratificación de España de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, mediante la ley 44/1971. Así pues desde el 15 de noviembre de 1971, el artículo 137 bis del anterior Código Penal se puede perseguir en nuestro país los actos correspondientes a este delito; extremo que a todas luces ignora esta sentencia del Tribunal Supremo y que a su vez desde el fundamento de derecho noveno se divide en los siguientes apartados conceptuales.

B) Evolución legislativa y jurisprudencial

Este apartado de la sentencia se inicia enunciando que en esta materia en España hemos tenido tres leyes orgánicas que han ido evolucionando. El fundamento de derecho décimo describe la LO de 1985, que a pesar de su clara concepción del carácter absoluto de la jurisdicción universal, el Tribunal Supremo la cuestiona argumentando que *“la norma permitía deducir que el Legislador, al menos en determinados tipos delictivos, partía del presupuesto implícito de la presencia en España de los responsables”*. Opinión que en modo alguno sorprende ya que desde sus inicios como indica este mismo razonamiento jurídico, esta interpretación del TS se puso de manifiesto en la sentencia del caso Guatemala, *“tanto la sentencia mayoritaria, como el voto particular”*. Es más, la exigencia de *“interés nacional como elemento legitimador”* interpretan que quedó avalado por la sentencia del Tribunal Constitucional en este asunto Guatemala, cuando precisamente este último fallo es el que abrió las puertas a las víctimas de crímenes internacionales, como las del presente caso Tíbet.

El fundamento jurídico 13 insiste en la misma cuestión del vínculo nacional, que posteriormente recoge la reforma de la justicia universal en el 2009, y lo conecta con el que parece un principio sacrosanto, con mucho más valor jurídico que el *ius cogens*, y que es el *“criterio de razonabilidad”*. Para la descripción de este criterio que no contempla la ley, el Tribunal Supremo se acude literalmente a la misma argumentación de la providencia de 21 de noviembre de 2005 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (reunida tras la sentencia del TC en el caso Guatemala) para justificar que el *“valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, constituye un criterio razonable de auto restricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama (...) pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido*

amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula”.

Es más de nuevo el magistrado ponente Conde Pumpido focaliza su atención de nuevo en la interpretación que de la justicia universal ha efectuado el Tribunal Constitucional, cuando sobre esta cuestión está pendiente de resolución el recurso presentado por los diputados socialistas. Y no conforme con este margen de apreciación, en el fundamento de derecho 16, censura que en su día se interpretó de forma errónea la sentencia del TC en el caso Guatemala. Siendo así lamenta las admisiones a trámite de los casos Falun Gong y Couso; desviaciones que trató de corregir la reforma del 2009, ya que no se puede *“desconocer los problemas en las relaciones internacionales de España que la interpretación expansiva de la Jurisdicción Universal estaba ocasionando”*. Ahora bien de nuevo lamenta el TS en su fundamento de derecho 17 *“la efectividad de esta reforma no fue suficientemente restrictiva”*, y en este sentido no deja pasar la ocasión para criticar *“la acción popular y interpretación extensiva, para algunos fraudulenta, del concepto de víctimas españolas”*.

Siguiendo con esta línea interpretativa acaba censurando todo el proceso del caso Tíbet para acabar defendiendo la reforma del 2014. No sorprende la lectura en alguno de sus párrafos de valoraciones más de corte político sobre este asunto, que parecen evocar los ecos de los enconados debates en el Congreso y en el Senado mientras se tramitaba la LO 1/2014, que defendieron los políticos del PP en solitario. Se pronuncia de la siguiente forma sobre el asunto Tíbet: *“Este es el caso del proceso actual, seguido por delitos supuestamente cometidos en China a lo largo de más de 50 años (la ocupación de Tíbet, tras la guerra civil en China, se produjo en 1950, hace 65 años), con escasa viabilidad procesal, cuya instrucción se prolonga ya durante diez años sin avances significativos, y en los que no es fácil constatar un vínculo de conexión relevante con nuestra Jurisdicción. Procedimientos que, pese a su escasa efectividad, continuaban originando, además, problemas en las relaciones internacionales españolas, dada la falta de justificación clara de la continuidad del proceso en términos estrictos de Derecho Internacional”*. Afortunadamente concluye que *“con esta reforma se ha culminado, hasta el momento, la regulación de la Jurisdicción Universal en nuestro país”* (fundamentos derecho 19 y 20), lo cual ha confirmado el archivo del caso Tíbet (fundamento derecho 20).

De estas últimas apreciaciones puede compartirse que se ocasionaban *“problemas en las relaciones internacionales españolas”*. En efecto, tras el auto del 9 de octubre 2013 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la que se decide imputar al ex-presidente chino Hu

Jintao por genocidio y el auto de 18 de noviembre de 2013 acordando dictar las órdenes de arresto internacional contra los dirigentes chinos provocó la ofensiva diplomática de Beijing. Zhu Weiqun, presidente del comité de asuntos religiosos y étnicos de China, el máximo organismo asesor del Parlamento, dijo que el caso era absurdo, en unas declaraciones publicadas por los medios estatales chinos y añadió: "Si el tribunal de algún país asume este asunto, hará caer sobre sí mismo una enorme vergüenza", dijo Zhu. "Que vayan adelante si se atreven". (China califica de absurdas las órdenes de arresto en España por el Tíbet, miércoles 20 de noviembre de 2013 (<http://es.reuters.com/article/topNews/idESMAE9AJ01H20131120>). Asimismo el portavoz del Ministerio del Exterior de China, Hong Lei, dijo durante una sesión que Beijing se opone firmemente a la decisión de la corte, concluyendo: "Exhortamos a España a enfrentar la seria postura de China, modificar su decisión incorrecta, reparar el daño severo y abstenerse de enviar señales erróneas a las fuerzas de independencia tibetanas y afectar las relaciones China-España", indicó Hong.

Además Pekín ha expresado su malestar por la causa judicial al embajador de España en China, Manuel Valencia, y ha esgrimido posibles represalias económicas en un momento en que España quiere profundizar las relaciones para atraer más inversiones chinas y reducir el abultado déficit comercial con el país asiático. (REINOSO: China amenaza de forma velada a España por la orden de detención de Jiang Zemin. La portavoz de exteriores china considera que este incidente afectará a las relaciones bilaterales, EL PAÍS, 11 febrero 2014).

Habida cuenta de estos hechos públicos de presión china sobre el gobierno de España a todas luces resulta evidente que el motivo que ha propiciado la reforma del art. 23.4 LOPJ ha sido la amenaza china. Evidencia que se ha sido reiterada en los medios de prensa nacionales e internacionales (El PP fuerza una reforma para archivar la causa contra la cúpula china FERNANDO GAREA/MIGUEL GONZÁLEZ Madrid 22 ENE 2014; Miguel González, "El Gobierno reformará la ley para desactivar el proceso al régimen chino. El alcance de la jurisdicción universal será recortado por segunda vez", *El País*, 15th December 2013 at (http://politica.elpais.com/politica/2013/12/15/actualidad/1387130940_131381.html?rel=rosEP))

El Ministro de Asuntos Exteriores, Sr. Margallo, al ser preguntado por la reforma realizada en la LO 1/2014, de 13 de marzo, en la intervención que realizó en el programa de televisión española *El Debate* de la 1, el 10 de abril de 2014, sostuvo, a partir del minuto 30 de la entrevista, que China tiene el 20% de la deuda española y que estos casos son peligrosos desde el punto de vista de las relaciones internacionales. Además, afirmó, con cierto

desdén, que a algún juez se le había ocurrido dictar órdenes internacionales de detención contra autoridades chinas, y que nosotros no podemos convertirnos en “sheriff universal”. Y concluyó afirmando que estos procedimientos no son investigaciones eficaces, sino “un brindis al sol que no acaba con la impunidad”. Es más, sugirió, que “los jueces harán bien en archivar y mejorar la rapidez de la justicia”.

Por último cuestiona el TS la eficacia de este proceso; ¿si tan ineficaz era a qué se debe tanta celeridad para proceder a la reforma legislativa y así archivar el caso Tíbet? Extremo que ha recibido los elogios y públicos agradecimientos del Gobierno de Beijing.

C) Conflicto de normas entre la LOPJ y los Tratados. Derecho Internacional Penal Convencional

A continuación el fundamento de derecho 21 se dedica brevemente a negar la existencia de la jurisdicción universal para perseguir los crímenes de genocidio y tortura, para concluir que los respectivos tratados no prevén de forma imperativa la persecución universal de los crímenes y por tanto la reforma de la LO 1/2014 en modo alguno vulnera el artículo 96 de la CE.

Esta estricta interpretación del Tribunal Supremo se aleja del propósito fundamental de estos tratados internacionales que ha recordado el Tribunal Internacional de Justicia, que a pesar de quedar remarcada en el recurso de casación, finalmente se ha ignorado. El Tribunal Internacional de Justicia, en la referida Resolución 96 (1) de la Asamblea general, 11 de diciembre 1946”, ya aclaró que “los orígenes de la Convención muestran que fue la intención de las Naciones Unidas condenar y castigar el genocidio como *un crimen de derecho internacional* que implica una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, una negación que conmociona la conciencia de la humanidad y resulta en grandes pérdidas para la humanidad, y que es contrario a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas. En consecuencia, continuaba el Tribunal, “los principios que inspiran la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin ningún tipo de obligación convencional”; a lo que añadía además la clara afirmación del “carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación necesaria con el fin de liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso”. El mismo Tribunal Internacional de Justicia, dando un paso más, señalaría expresamente años después cómo, de todo lo citado, se sigue indefectiblemente que “los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*” (TIJ: *Aplicación*

del Convenio para la prevención y la sanción del delito genocidio, excepciones preliminares (*Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia*), I.C.J. Reports 1996, párrafo 31), y que, por tanto, su violación por un Estado produce una lesión a todos los demás Estados (TIJ: *Asunto Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, [1970, 2ª fase] CIJ Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ*, 1970, párrafos. 30, 33 a 34), con lo que advertía literalmente: “la obligación de cada Estado de prevenir y castigar el crimen de genocidio no se encuentra limitado territorialmente por la Convención”. El propio Tribunal Internacional de Justicia reiteraría en 2007 en el asunto *Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito genocidio, fondo (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, el carácter de derecho internacional consuetudinario de la prohibición del genocidio y de su consideración como crimen internacional, agregando que al ser la norma que prohíbe el genocidio una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), tanto esa “característica de la prohibición de genocidio y el propósito de la Convención son importantes para la interpretación de la segunda proposición enunciada en el artículo I —el deber de las Partes Contratantes de prevenir y sancionar el delito de genocidio”.

En conclusión, la obligación imperativa de derecho internacional general de perseguir universalmente el crimen de genocidio no puede limitarse, restringirse o eliminarse por las condiciones que se dispongan en una norma de Derecho interno. Esto es, que frente a la obligación ya expuesta se pretenda que en el caso de los tribunales españoles sólo se perseguirá el crimen de genocidio si su presunto autor es español o un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada.

D) Derecho comparado. Derecho Internacional Penal Consuetudinario

En el fundamento de derecho 22 el TS de forma descriptiva acude a las legislaciones internas de Alemania, Japón, Turquía, Francia, Gran Bretaña, Bélgica, Hungría, Holanda, Canadá y Estados Unidos para concluir que: “*En definitiva la costumbre internacional o práctica generalmente aceptada como Derecho consuetudinario, no avala la exigencia de un modelo absoluto o incondicional de Justicia Universal como el acogido en nuestro ordenamiento en la versión inicial de la LOP*”. Es más para dar más consistencia a este argumento el TS acude en el FJ 23 al hecho por el cual Bélgica también en el 2003 modificó su ley de justicia universal, aunque de forma deliberada de nuevo se ignoran los motivos extrajurídicos que motivaron esa reforma.

E) Jurisdicción sobre crímenes de guerra

Uno de los temas más controvertidos de la sentencia es el relativo a los crímenes de guerra, que ya provocó un voto particular cuando se desestimó el caso por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Desde el FJ 3 ya se advierte de la constitucionalidad de la reforma de la justicia universal respecto a esta limitación de lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra y que no supone discriminación alguna a las víctimas, ni se vulnera su tutela judicial efectiva.

De nuevo ahora se retoma esta cuestión para en primer lugar en el FJ 24 dictaminar que *“debe establecerse con claridad y firmeza, para éste y para otros supuestos similares, que el apartado p) del art. 23 4º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”*.

A continuación el FJ 27 interpreta lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra de una forma radicalmente opuesta a la forma en que lo han hecho hasta la actualidad y tras la reforma los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional; lo cual les ha permitido seguir con la instrucción de distintos asuntos. El TS resulta taxativo respecto a este posible conflicto entre derecho internacional y la reforma interna de la justicia universal: *“Pero si procede declarar que no se aprecia que la redacción del art. 23 4º a) de la LOPJ vulnere la Convención de Ginebra. Pero esta obligación está referida a los supuestos en que estos responsables se encuentren en el territorio del Estado firmante, pues su contenido y finalidad es evitar que ninguno de estos responsables pueda encontrar refugio en un país firmante de la Convención (...) la expresión buscar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, hace referencia necesariamente, según la interpretación literal o gramatical del precepto, a buscar en el propio territorio. Buscar, extraditar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, sería la fórmula correcta si se pretendiese establecer con carácter general una obligación de búsqueda en cualquier país del mundo, incluso para los países no beligerantes y completamente ajenos al conflicto armado donde se cometió supuestamente el delito”*.

Es más resultan chocantes alguna de las afirmaciones del TS, habida cuenta que el sentido literal del artículo 146 de la IV Convención de Ginebra, como la interpretación que del mismo efectúa la Cruz Roja Internacional, conducen a conclusiones totalmente contradictorias. Es más el TS da un paso más y califica la persecución universal absoluta de las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra como *“un sistema de injerencia clandestina en otros países, secuestrando y trasladando a los acusados sin sujetarse al procedimiento legal de la extradición, lo que constituiría una grave violación*

del Derecho Internacional y, obviamente, no puede ser el sistema pactado en la Convención de Ginebra”.

La conclusión del FJ 29 puede hacer tambalear a alguno de los casos que continúan abiertos en la Audiencia Nacional, como el asunto Couso, ya que se advierte que: *“En consecuencia, y para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción “in absentia” en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia”.*

Habida cuenta de este veredicto resulta probable que en breve los fiscales en la Audiencia Nacional acudan a esta sentencia del TS para solicitar el archivo de alguna de las actuaciones judiciales, como la del caso Couso. En este sentido tras esta sentencia, argumentos como los esgrimidos por el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1. Santiago Pedraz en el caso Couso que abiertamente advertía que el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra se contradice con el nuevo artículo 23.4.a LOPJ y por lo tanto “no debe proceder el archivo de la causa” (Auto de 17 de marzo de 2014, Sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional), quizá sea objeto de revisión.

F) Consideraciones finales

Por último el TS en su FJ 3º se dedica a recapitular todo lo dictaminado en esta sentencia para en el FJ 31 acabar precisando la retroactividad de la L.O. 1/2014 viene impuesta necesariamente por razones constitucionales básicas y que el “Código Penal vigente reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo “en el caso actual”. Finalmente no deja pasar la ocasión el TS para censurar de nuevo los juicios de justicia universal llevados a cabo en España ya que “solo establecen como única limitación la exclusión de la apertura de procedimientos “in absentia”, que por la experiencia obtenida en la Audiencia Nacional después de treinta años de aplicación de la Jurisdicción Universal (1985-2015), no suelen conducir a la celebración de un juicio (...) No está de más recordar que en el caso actual la efectividad del procedimiento, tras diez años de instrucción, es prácticamente nula”. Y de nuevo, ¿si tan inocuos e ineficaces resultaban ser estos procedimientos por qué han propiciado dos reformas legales de hondo calado y trascendencia a todos los niveles?

A continuación de nuevo acude el TS al criterio de razonabilidad, esta vez para asegurar que *“el mantenimiento “sine die” de un procedimiento sin efectividad previsible, salvo en caso de desplazamiento temporal a España de los supuestos responsables, carece de razonabilidad”*. Pues precisamente este mismo argumento podría resultar válido para mantener abiertos estos procesos y evitar que genocidas puedan a partir de ahora acudir a nuestro país sin ningún temor a suscribir cuantiosos acuerdos comerciales.

Como colofón el FJ 43 afianza el criterio que los tribunales españoles deben ser una “isla”, ajena a todo lo que acontezca en el orden internacional, ya que: *“El criterio de que los Tribunales españoles no obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento, ya establecido por este Tribunal Supremo, debe reafirmarse en el caso actual, desestimando en consecuencia la alegaciones de inconstitucionalidad, y remitiendo el ámbito de nuestra”*. Así pues ignoremos que formamos parte de una comunidad internacional y que como Estado somos parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 18 de julio de 1998 y ratificado el 24-10-00 por España, que establece en su Preámbulo que *“Es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”*. Y consecuentemente acabemos por desarraigar cualquier norma y principio que arranque o se inspire en los Principios de Núremberg, y sea bienvenida la nueva era de la Marca España, del sometimiento a los poderes fácticos de China y a los intereses de las grandes corporaciones que irremediablemente siembran la ruina democrática y ultrajan las libertades de los ciudadanos en Europa y de la humanidad en su conjunto.

Sentencia nº 296/2015

ENCABEZAMIENTO:

Nº: 1682/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido Tourón

Fallo: 22/04/2015

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 296/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de mayo de dos mil quince.

En los recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por **LA ACUSACIÓN POPULAR: COMITÉ DE APOYO AL TIBET, FUNDACIÓN CASA DEL TIBET**, y D. Emiliano Patricio, y por D. Rogelio David e **INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AUROBINDO**, contra auto de fecha 2 de julio de 2.014, dictado por la Audiencia Nacional Pleno de la Sala de lo Penal, que acordó el sobreseimiento y archivo de la causa contra los querellados Primitivo Jesús, Miguel Prudencio, Sixto Fidel, Rómulo Jenaro Y Jon Armando, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, y estando la Acusación Particular representada por Procurador D. Domingo José Collado Molinero.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción, instruyó sumario con el núm. 63/2008 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, cuyo Pleno, que con fecha 2 de julio de 2014, dictó auto que contiene los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO:

“PRIMERO. El procedimiento se inicia en virtud de querrela interpuesta con fecha 28.05.2005 por la representación procesal del **COMITÉ DE APOYO AL TIBET** y **LA FUNDACIÓN CASA DEL TIBET** ejercitando la acción popular del artículo 25 de la Constitución española, y de Emiliano Patricio (ciudadano de nacionalidad española víctima de torturas tras su detención en el Tíbet) como acusación particular por delitos de genocidio, torturas, terrorismo y de lesa humanidad

contra Primitivo Jesús, anterior Presidente de la República Popular China y secretario del Partido comunista chino; Miguel Prudencio, antiguo Primer Ministro durante la represión tibetana y de finales de los 80 y principios de los 90; Elías Fermín, Secretario del Partido en el Tíbet, durante el periodo de 1971-1980 y dirigente militar que perteneció la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet; Eliseo Mariano, Secretario del Partido en el Tíbet durante el periodo 1980-1985 y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet; Sixto Fidel, Jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los 80; Rómulo Jenaro, Secretario del Partido en la Región Autónoma del Tíbet durante el periodo 1992-2001, y Jon Armando, Ministro de Planificación Familiar en los años 90. Los hechos relatados en la querrela se ciñen a los supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la dominación de la República Popular de China en el Tíbet, y su ocupación militar, entre el período comprendido entre 1950 y 1979.

La querrela fue admitida a trámite por auto de fecha 10 de enero del 2006 de la Sección Cuarta por el delito de Genocidio practicándose las diligencias pertinentes para la investigación y esclarecimiento de los hechos, acordándose por comisión rogatoria de 17-12-2008 tomar declaración a los querellados, en tal calidad, por presuntos delitos de torturas, genocidio y lesa humanidad Se acordó la ampliación de la querrela respecto del expresidente de la República Popular China Octavio Segundo por auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9-10-2013.

Los querellados Primitivo Jesús, Miguel Prudencio, Sixto Fidel, Rómulo Jenaro Y Jon Armando se encuentran en busca y captura a tenor de OID acordada por auto de 10-02-2014 del Juzgado instructor, en virtud de auto de 18-11-2013 de la Sección Cuarta, por delitos de genocidio, torturas y lesa humanidad.

SEGUNDO. Por auto de 25-03-2014 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 se acordó a instancia del Ministerio Fiscal, la conclusión del

presente sumario y la elevación del mismo a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a fin de que se pronuncie sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado a) del Art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los efectos de cumplir con el mandato previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o bien, adopte la decisión que estime pertinente.

TERCERO. Con fecha 16-04-2014, la representación procesal del INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AUROBINDO y D. Rogelio David formuló querrela —en los mismos términos que la denuncia de 26-03-2014— por delitos de tortura y de lesa humanidad, ejercitando la acción popular

contra los miembros del Gobierno chino desde 2009 hasta nuestros días como los responsables, presuntos, de los hechos objeto de la querrela, persecución, tortura y posterior inmolación de numerosos monjes budistas tibetanos, en los monasterios del Tíbet; querrela remitida por el instructor, unida al rollo, estando al traslado de los autos a las partes para acordar lo procedente.

CUARTO. El Ministerio Público en su informe de 12-05-2014 en trámite de instrucción dijo que deberá acordarse el sobreseimiento de la causa conforme lo previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

QUINTO. Los querellantes (acusaciones popular y particular), en igual trámite, estimaron la obligada aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales españoles; en consecuencia:

1. Planteamiento de cuestión de constitucionalidad contra la disposición transitoria única de la L.O. 1/2014, de 13-03 y subsidiariamente cuestión de constitucionalidad contra toda la citada Ley Orgánica (Acusación Popular, Instituto Derechos Humanos Sri Aurobindo/Rogelio David).

2. Revocar el auto de conclusión del sumario

3. Subsidiariamente, se acuerde la apertura del juicio oral

4. Subsidiariamente, respecto de las dos anteriores peticiones, la Sala debería, en ese caso, plantear cuestión de constitucionalidad. (Acusación popular Comité de Apoyo al Tíbet y Función Casa Tíbet, y Acusación Particular Emiliano Patricio).

SEXTO. Por providencia de 30.05.2014, se acordó remitir los autos al Pleno de la Sala de lo Penal, como venía acordado, para su tratamiento y deliberación, resolución recurrida por la querellante y confirmada por auto de 17.06.2014.

SÉPTIMO. El día 23-06-2014 se celebró la sesión del Pleno de la Sala Penal acordando por mayoría el sobreseimiento y archivo de la causa sin planteamiento de cuestión de constitucionalidad frente a la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, emitiendo la presente resolución, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julio de Diego López, quien expresa el parecer de la mayoría de la Sala”.

SEGUNDO.- La Audiencia Nacional, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

“EL PLENO DE LA SALA PENAL ACUERDA:

EL SOBRESEIMIENTO Y ARCHIVO de la presente causa, con alzamiento de cuantas medidas cautelares existieren contra los querellados que constan en el antecedente primero de esta resolución Primitivo Jesús, Miguel Prudencio, Sixto Fidel, Rómulo Jenaro Y Jon Armando.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de los penados haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación a interponer en la forma y plazos legales”.

TERCERO.- Notificado dicho auto a las partes, se prepararon contra el mismo recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por LA ACUSACIÓN POPULAR: COMITÉ DE APOYO AL TIBET, FUNDACIÓN CASA DEL TIBET y D. Emiliano Patricio, y por **DON Rogelio David e INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AUROBINDO**, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación de **COMITÉ DE APOYO AL TIBET, FUNDACIÓN CASA DEL TIBET y D. Emiliano Patricio**, formalizó su re-

curso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la Lecrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 en relación con los 9.3 y 53.1 de la Constitución Española, en relación con el art. 23.4 de la L.O.P.J. SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la Lecrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 en relación con los artículos 9.3 y 53.1, todos ellos de la Constitución Española, al haberse aplicado con efectos retroactivos la reforma legal del art. 23.4 de la L.O.P.J., con sede procesal en el art. 852 de la Lecrim.

La representación de D. Rogelio David e Instituto de Derechos Humanos Sri Aurobindo, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos. PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por infracción de los artículos 3, 4, 5.2, 5.3, 6, 9.3, 9.6 y 21.1 de la L.O.P.J., en relación a la inaplicabilidad de la disposición transitoria única de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, recortando los "límites de la jurisdicción española" de una víctima española en el sumario 63/2008. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por infracción de los artículos 3, 4, 5.2, 5.3, 6, 9.3, 9.6 y 21.1 de la L.O.P.J., determinantes de la inaplicabilidad de la disposición transitoria única de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo y de la aplicación del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849 de la Lecrim., por infracción del art. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 e inaplicación de la Disposición Transitoria Única de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, en relación con el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra. CUARTO: Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la Lecrim., por infracción del art. 637 y 641 de la Lecrim. QUINTO: Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Lecrim., por infracción de los artículos 267 de la LOPJ y art. 24 y 120 de la C.E. SEXTO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. y 852 de la Lecrim., por infracción de los artículos 10.2, 24.1 y 24.2 de la Constitución Española en relación con el carácter universas inderogable e imprescripti-

ble de los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y demás tratados internacionales ratificados por España. SÉPTIMO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. y 852 de la Lecrim., por infracción de precepto constitucional del art. 10.2, 14, 24 y 96 de la C.E., en relación con el art. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, que impide la alegación del derecho interno para incumplir el derecho internacional de los Tratados, en relación al contenido de la L.O. 6/2000 de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la L.O. 18/2003, de 10 de diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional, y el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 (que son derecho interno). OCTAVO: Infracción de precepto constitucional, al infringirse el art. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados de 23 de mayo de 1969 e inaplicación de la Disposición Transitoria Única de la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, en relación al art. 96 de la C.E. y del art. 146 de la IV Convención de Ginebra. NOVENO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. y 852 de la Lecrim., por infracción de precepto constitucional del art. 10.2 y 14 de la C.E. por infracción del principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin distinción o discriminación por razón de nacimiento o cualquier otra razón personal o social (infracción del principio de igualdad del art. 7 de la DUDH). DÉCIMO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. y 852 de la Lecrim., por infracción de precepto constitucional y en concreto del art. 10.2 y 24 de la C.E., tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión en relación con lo previsto en el art. 248.4 de la L.O.P.J., sobre información de firmeza y recursos, no constando información alguna sobre posible solicitud de revocación frente al auto de conclusión del sumario. UNDÉCIMO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. y 852 de la Lecrim., por infracción de precepto constitucional del art. 10.2 y 24 de la C.E. que establece el derecho de tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, tanto de las víctimas como de las partes querellantes. DOUDÉCIMO: Por vulne-

ración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del derecho a un procedimiento con todas las garantías y el derecho a un juicio con todas las garantías (proceso debido), al amparo de lo establecido en el art. 24.1 y 2, en relación con el art. 1.1, 9.1, 9.3, 10.1 y 10.2, 13 y 14, 24, art. 81, art. 117.3, art. 117.6, ambos de la C.E.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista y lo impugnó por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento ha tenido lugar la votación y fallo el 23 de abril pasado.

SÉPTIMO.- No ha formado parte de la Sala la Excm. Sra. D^a Zaida Raimunda, por incurrir en la causa de abstención núm. 15 del art. 219 de la L.O.P.J.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El auto impugnado, dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 2 de julio de 2014, acuerda el sobreseimiento y archivo del Sumario núm. 63/2.008, tramitado ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional.

En este procedimiento se investigaban supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la ocupación del Tíbet por la República Popular China, durante el período comprendido entre 1950 y 1979.

La querrela que dio lugar a este procedimiento fue interpuesta por el llamado Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet, ejercitando la acción popular, y por un ciudadano de naturaleza tibetana, posteriormente nacionalizado español, ejercitando la acusación particular, siendo querrelados Primitivo Jesús, ex Presidente de China, Miguel Prudencio, ex primer Ministro de China, y otros altos cargos de la época.

La querrela fue presentada hace diez años, en mayo de 2005, y admitida a trámite por auto de 10 de enero de 2006 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por

delito de Genocidio, acordándose practicar las diligencias pertinentes para la investigación y esclarecimiento de los hechos. Por Comisión Rogatoria de 17 de diciembre de 2008, se intentó tomar declaración a los querrelados por presuntos delitos de torturas, genocidio y lesa humanidad, sin resultado positivo. Posteriormente se amplió el procedimiento respecto del ex Presidente de la República Popular China Octavio Segundo, por auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2013.

SEGUNDO.- El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, acordó con fecha 2 de julio de 2014 el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados.

En cuanto al delito de Genocidio, porque ninguna de las personas querreladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional. Y respecto al delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, no consta que los querrelados, nacionales de la República Popular China, se encuentren en territorio español. Se excluye, asimismo, la posible calificación de los hechos investigados como delito de terrorismo porque la imputación quedó en su día formalizada por los delitos de genocidio, lesa humanidad y tortura y en base a estos delitos se acordó tomar declaración a los querrelados y se ordenó su busca y captura.

El auto impugnado parte de que Legislador español ha precisado, en el artículo 23.4 de la LOPJ, los límites positivos y negativos de la posible extensión de la Jurisdicción española en relación con la aplicación de la Justicia Universal y que lo ha hecho de un modo ajustado a los Tratados internacionales, que no obligan a los Estados miembros a incorporar de un modo absoluto el principio de Justicia Universal. Siendo la determi-

nación de los límites procedentes, dentro de lo dispuesto por los Tratados, una cuestión de política criminal interna.

Al estimar que no existe contradicción con el Derecho Internacional, la resolución recurrida entiendo, frente a los querellantes, que no es preciso plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo.

TERCERO.- La resolución dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional va acompañada de dos votos particulares.

El primero de ellos considera, frente a la opinión mayoritaria, que el Derecho Internacional sí obliga al Estado Español a investigar y perseguir los hechos objeto del sumario núm. 63/2008.

Se afirma que los hechos imputados a los querellados también serían constitutivos de crímenes de guerra puesto que, por auto de 30 de marzo de 2011, el Juzgado Central de Instrucción amplió las conductas investigadas al traslado y asentamiento de población de la potencia ocupante —China— en el territorio ocupado del Tíbet, estimando que esta conducta constituiría un crimen de guerra conforme al Tratado de Ginebra y a nuestro Código Penal (art. 49 de la IV Convención de Ginebra, en relación con el art. 611 5º CP).

En relación con este delito se alega que el artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949), establece que cada Estado parte *“tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer una cualquiera (sic) de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios Tribunales, cualquiera cual fuere su nacionalidad”*, estimando que esta norma debe ser interpretada en el sentido de que los Convenios de Ginebra imponen para este tipo de delitos un sistema de Justicia Universal absoluta, por el cual todos los países están obligados a perseguir a todos los criminales de guerra allí donde se encuentren, con independencia de que estén fuera de su jurisdicción, extraditarlos hacia su país y enjuiciarlos, sin limitación alguna.

Esta norma, según los firmantes del voto particular, se diferencia del resto de las otras normas

convencionales que establecen una Jurisdicción Universal, como sería la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes —artículo 5— o el Tratado sobre Genocidio —artículo 6— que *“no han sido redactados en los términos de la obligación inexcusable para los Estados en materia de crímenes de guerra de buscar a los autores cualquiera que fuera su nacionalidad y hacerlos comparecer ante los Tribunales”*.

Partiendo, en consecuencia, del deber inexcusable de España, y del resto de los Estados firmantes como parte de los Convenios de Ginebra, de investigar y perseguir los crímenes de guerra sin necesidad de vínculo de conexión alguno y con independencia de que los presuntos responsables se encuentren fuera de su jurisdicción, los firmantes del voto estiman que se produciría en el caso de autos un conflicto de normas entre los Tratados internacionales y el artículo 23.4 de la LOPJ, que debe resolverse en favor de los primeros, interpretando el precepto legal conforme a los Tratados.

Subsidiariamente, los firmantes del voto entienden que deberían plantearse al Tribunal Constitucional las dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma de la Ley Orgánica 1/2014, desde dos perspectivas:

a) La Ley discrimina y otorga un trato diferenciado a las víctimas en atención al tipo de delito, haciendo de peor condición a las víctimas de los crímenes más graves, los de Derecho Internacional (Genocidio, Crímenes de Guerra y contra la humanidad, aquellos que afectan a los valores esenciales de la Comunidad Internacional, la paz, la seguridad y la prosperidad de los pueblos), requiriendo que el autor sea nacional o residente habitual en España o que se encuentre en nuestro territorio, se haya pedido su extradición por un tercer Estado y se hubiere denegado, lo que carecería de justificación en Derecho y sí en otro tipo de intereses ajenos a las razones del Derecho y de los derechos fundamentales;

b) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puesto que, en síntesis, los criterios correctores introducidos por el Legislador para el ejercicio de la jurisdicción universal (arbitrarios y

desiguales, que operan automáticamente en todos los casos, por haber sido establecidos como condiciones a su ejercicio, lo que iría en contra del "principio de progresividad" en la protección de los derechos humanos) no están amparados por la costumbre internacional y llevarían a una reducción *contra legem*, no solo del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sino del propio principio de Justicia Universal.

El segundo voto particular, adhesivo y concurrente con el anterior, muestra su conformidad con la inconstitucionalidad del artículo 23.4 de la LOPJ, pero entiende que debe resaltarse un aspecto, cual es el distinto tratamiento del principio de personalidad pasiva en la regulación contenida en el artículo 23 de la LOPJ. Especialmente, en los delitos de Genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, el Estado español se desentien- de de si las víctimas son españolas, lo que sería inadmisibles y carente de justificación, privándolas de sus derechos e intereses cuando no haya otra jurisdicción que actúe, bien internacional, bien territorial, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

CUARTO.- Frente a la resolución impugnada se articulan dos recursos, el primero interpuesto por los querellantes iniciales, el llamado Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet, ejercitando la acción popular, y por el ciudadano de naturaleza tibetana, posteriormente nacionalizado español, Emiliano Patricio, como acusación particular.

Y el segundo interpuesto por una parte acusadora personada con posterioridad, el Instituto de Derechos Humanos Sri Auribondo y D. Rogelio David.

El primero de los recursos se interpone por dos motivos, uno por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por aplicación indebida de los Tratados Internacionales que establecen la Jurisdicción Universal, y otro por vulneración del mismo derecho constitucional por aplicación retroactiva de la reforma legal del art. 23 4º LOPJ.

El segundo de los recursos se articula por doce motivos, los cinco primeros por infracción de ley

y el resto por vulneración de precepto constitucional.

RECURSO INTERPUESTO POR EL COMITÉ DE APOYO AL TÍBET, LA FUNDACIÓN CASA DEL TÍBET Y LA REPRESENTACIÓN DEL CIUDADANO NACIONALIZADO ESPAÑOL Emiliano Patricio.

QUINTO.- El primer motivo del primer recurso, se articula al amparo del art. 5 4º LOPJ y 852 Lecrim, por infracción constitucional, alegando vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 23 4º de la LOPJ.

Considera la parte recurrente que la resolución impugnada vulnera este derecho constitucional porque aplica indebidamente los Tratados Internacionales de los que, a juicio de la parte recurrente, se deriva un mandato imperativo de asunción por parte de España de la jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los hechos objeto del proceso, específicamente en relación con los crímenes de guerra, a los que no se refiere expresamente la resolución impugnada.

Se apoya asimismo el recurso en las alegaciones contenidas en el voto particular formulado al Auto impugnado, voto en el que debe destacarse el rigor y alto nivel técnico que se aprecia en su redacción.

La resolución del motivo exige, en primer lugar, un esfuerzo de clarificación sobre el propio concepto de Jurisdicción Universal, su extensión y limitaciones.

En segundo lugar, un análisis de la evolución legislativa y jurisprudencial española en esta materia.

En tercer lugar el examen de los Tratados directamente aplicables al caso actual para constatar si concurre el conflicto de normas denunciado por la parte recurrente entre los referidos Tratados internacionales que configuran el Derecho Internacional Penal de naturaleza convencional en esta materia y el artículo 23.4 de la LOPJ en su redacción actual.

En cuarto lugar, una referencia al Derecho comparado, que permita constatar si la actual legislación española constituye, o no, una anomalía que pueda ser calificada de contraria a la práctica internacional en esta materia, o Derecho Interna-

cional Penal consuetudinario, como se alega por la parte recurrente.

En quinto lugar, un esfuerzo de interpretación del párrafo p) del art. 23 4º de la LOPJ, en su redacción otorgada por la LO 1/2014, para comprobar si, como sostiene la parte recurrente, constituye una norma de carácter general y prioritario, aplicable incluso a los tipos delictivos cuya jurisdicción aparece regulada específicamente en la Ley. En sexto lugar un análisis del caso específico de los crímenes de guerra, para comprobar si los Convenios de Ginebra imponen un sistema excepcional de jurisdicción universal para estos supuestos, y determinar su alcance.

La Jurisdicción Universal.

SEXTO.- Este Tribunal ha mantenido un criterio respetuoso y favorecedor de la aplicación del principio de Jurisdicción Universal, sin perjuicio del rigor jurídico en la interpretación de los Tratados Internacionales, de los principios, valores y garantías constitucionales, especialmente del principio de legalidad penal, y de la norma competencial vigente en cada momento.

El principio general en el que se fundamenta nuestra doctrina jurisprudencial, y que debe respetarse en la resolución del presente recurso, es el de que **la lucha contra la impunidad en el Derecho Internacional Penal no puede hacerse a costa de las garantías esenciales del Estado de Derecho.**

En el Voto particular emitido a la STS 237/2003, de 25 de febrero, se proclama expresamente que: *"El ejercicio de la Jurisdicción Universal, al desterrar la impunidad por los crímenes contra la humanidad, contribuye a la paz y a la humanización de nuestra civilización. Es cierto que no devuelve la vida a las víctimas, ni puede conseguir que todos los responsables sean enjuiciados. Pero puede ayudar a prevenir algunos crímenes y a enjuiciar a algunos de sus responsables. Con ello contribuye a la consecución de un mundo más justo y seguro, y a consolidar el Derecho Internacional, en lugar de la violencia, como forma habitual de solucionar los conflictos"*.

La Jurisdicción Universal consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales

de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor.

La Jurisdicción Universal supone, en consecuencia, que conforme a determinados Tratados Internacionales los Tribunales de un Estado deben ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ciertos delitos en función de su naturaleza, para evitar que los responsables puedan encontrar un lugar de refugio donde alcanzar la impunidad.

No significa, sin embargo, que los Estados estén obligados necesariamente a extender dicha jurisdicción a personas que no se encuentren en su territorio, o en el ámbito de su soberanía, iniciando una investigación "in absentia" de delitos internacionales cometidos en cualquier parte del mundo, aunque los supuestos responsables no se encuentran a su alcance. Pero pueden extender facultativamente su jurisdicción a estos supuestos si así lo establecen en su legislación interna.

La Jurisdicción Universal se aplica, conforme a los Tratados Internacionales, a aquellos delitos que más interesan a la comunidad internacional por que afectan a la paz y a la protección y defensa de los derechos humanos.

El fundamento de la facultad de todos los Estados para el enjuiciamiento de estos delitos se encuentra en su carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la comunidad internacional. Su respaldo en el Derecho Internacional se encuentra en los Tratados Internacionales que especialmente facultan a todos los Estados a extender su jurisdicción al enjuiciamiento de estos delitos.

La razón para la aplicación del principio de jurisdicción universal es asegurar la efectiva persecución de los crímenes que más gravemente preocupan a la comunidad internacional.

El ejercicio de la jurisdicción universal en los casos prevenidos en los Tratados implica actuar en representación de la Comunidad Internacional.

SÉPTIMO.- Ejemplo de estos Tratados son el Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y el castigo del Genocidio; los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito

de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, de 23 de septiembre de 1971; la Convención sobre la prevención del castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, de 14 de diciembre de 1973; el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977; la Convención contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979; el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999; la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006; el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica o el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, entre otros.

Estos Convenios, como otros relacionados con delitos similares, facultan a los Estados para prever en sus ordenamientos el principio de Justicia Universal pero, según se deduce con nitidez de su texto, ordinariamente no la imponen. Establecen generalmente una cláusula según la cual se admite la jurisdicción penal extraterritorial ejercida conforme a las Legislaciones nacionales, añadiéndose el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no se conceda la extradición, **previendo así una reacción ordenada contra la impunidad y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio.**

Pero, como es fácil comprobar en su texto, no se establece expresamente en esos Tratados que cada Estado parte deba imperativamente investigar y perseguir, sin limitación alguna, los hechos constitutivos de delitos internacionales ocurridos en el territorio de otros Estados. Es decir, **de los Tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada.**

OCTAVO.- El compromiso derivado de los Tratados de ejercitar la Jurisdicción Universal frente a determinados delitos debe hacerse efectivo por los Estados firmantes incorporándolo a su legislación interna, dado que la asunción de responsabilidades por un Estado en el ámbito internacional no determina por sí sola la responsabilidad penal de sus ciudadanos en el ámbito nacional. Es preciso que la normativa penal nacional defina y sancione los distintos tipos delictivos y la normativa procesal establezca específicamente la jurisdicción, para respetar el principio constitucional de legalidad penal.

El establecimiento de la Jurisdicción Universal por la normativa interna puede realizarse de un modo genérico, o absoluto, en relación con cualquier responsable de los delitos a los que se refieren los Tratados Internacionales en esta materia, o bien de un modo limitado, que evite una extensión desmesurada de la jurisdicción extraterritorial, exigiendo criterios de conexión que justifiquen específicamente la Jurisdicción del Estado en cuestión o limitando el ejercicio de la Jurisdicción Universal al enjuiciamiento de los responsables que se encuentren en su territorio. El sistema de asunción limitada de la Jurisdicción Universal es el que está generalizado en el Derecho Comparado.

Evolución legislativa y jurisprudencial.

NOVENO.- El artículo 23 4º de la LOPJ, que regula en nuestro ordenamiento el ejercicio de la Jurisdicción Universal, ha experimentado dos relevantes modificaciones.

En la STS 592/2014, de 24 de julio, hemos expuesto como la regulación legal de la Jurisdicción

Universal ha seguido en nuestro país una evolución restrictiva.

En una primera fase, plasmada en la versión inicial la Ley Orgánica del Poder Judicial, se incluía una regulación muy amplia, concebida como Jurisdicción Universal absoluta o sin limitaciones, que carecía de cualquier condicionante jurídico.

En una segunda fase, concretada mediante la modificación legal operada en 2009, Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se establece un modelo de Jurisdicción Universal con exigencia de un vínculo de conexión, que relacione a la Jurisdicción española con el hecho perseguido.

Y, en una tercera fase, actualmente vigente, que nace con la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, se precisan los vínculos específicos exigidos para cada tipo delictivo, atendiendo a la configuración concreta de los Tratados Internacionales correspondientes y al grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los Estados firmantes, excluyendo expresamente la incoación de procedimientos de oficio o a instancia de la acción popular.

DÉCIMO.- Por tanto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción originaria, establecía un modelo de justicia universal absoluto, en el que no estaba prevista ninguna limitación para su ejercicio.

Disponía el precepto:

"Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio. b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España".

La única limitación era la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no hubiese sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras pala-

bras, la LOPJ instauró inicialmente un principio de jurisdicción universal absoluto, sin sometimiento expreso a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, configurado exclusivamente a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución.

Sin embargo, un análisis en profundidad de la norma permitía deducir que el Legislador, al menos en determinados tipos delictivos, partía del presupuesto implícito de la presencia en España de los responsables. Por ejemplo, carece de sentido asumir la competencia para la investigación de un delito de falsificación de moneda extranjera, cometido en el extranjero por ciudadanos extranjeros, si los responsables continúan en sus países de origen.

UNDÉCIMO.- El carácter ilimitado del ejercicio de la Jurisdicción Universal se puso en cuestión por la práctica, lo que llevó a este Tribunal a diseñar criterios racionales de restricción en la STS 327/2003, de 25 de febrero, y en su voto particular, al analizar los problemas de Justicia Universal suscitados por las denuncias formuladas ante los Tribunales españoles contra los crímenes de Genocidio cometidos en Guatemala durante la dictadura militar.

Denuncias que se referían al Genocidio sufrido por la etnia maya y que fueron interpuestas, entre otros, por la premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú.

En esta sentencia se confirmó parcialmente un auto de la Audiencia Nacional en el que se había acordado que los Tribunales Españoles carecían de jurisdicción para conocer de los hechos denunciados, calificados como constitutivos de delitos de Genocidio, terrorismo y torturas, y ocurridos en Guatemala entre 1978 y 1999.

Es conveniente resaltar que tanto la sentencia mayoritaria, como el voto particular, coinciden en el criterio básico de la necesidad de vincular el ejercicio de la Jurisdicción Universal a la concurrencia de ciertos criterios de conexión, conforme al modelo posteriormente incorporado a nuestro ordenamiento por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. La diferencia esencial se centraba en la configuración de los vínculos de conexión exigibles en el

caso específicamente enjuiciado, y en concreto en si podía exigirse para la persecución de los delitos de genocidio que las víctimas fuesen españolas, según se establecía en la sentencia mayoritaria y se negaba en el voto particular.

Pero, en cualquier caso, la resolución, en su conjunto, contenía un relevante esfuerzo de análisis de la Jurisdicción Universal, su naturaleza, contenido esencial y límites, que ha servido de referente ineludible para su aplicación posterior.

DUODÉCIMO.- Esta sentencia 327/2003, de 25 de febrero, fue anulada por la STC 237/2005, de 26 de septiembre, mediante una resolución ponderada, que sigue básicamente el criterio expresado en el voto particular de la STS 327/2003, pero que ha sido mal interpretada.

En la STS 319/2004, de 8 de marzo, se resume la doctrina establecida en la STS 327/2003, de 25 de febrero, en la siguiente forma:

1º.- Hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción.

2º.- En el art. VIII del Convenio contra el Genocidio se establece que cada parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de Genocidio, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

3º.- El principio de no intervención en asuntos de otros Estados (art. 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional; y, a este respecto, resulta significativo que el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, no permite a la Corte Penal Internacional declarar su competencia más que

en aquellos casos en que, bien el Estado del lugar de comisión o bien el de la nacionalidad del autor, sean parte del Tratado y hayan reconocido así la competencia de la Corte.

4º.- En los Tratados Internacionales relativos a estas materias se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de estos Tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogándose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado. En esta misma línea, y según se establece en el art. 23.4.g) LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos en España.

Así se desprende, por otra parte, del art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, según el cual lo acordado en ellos "no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada Estado".

Como complemento de los anteriores criterios generales, la STS 327/2003, de 25 de febrero, admite la relevancia que debe tener la existencia de **una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de Justicia Universal**, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención.

Y estima que en el caso del genocidio maya no se aprecia la existencia de conexión con un interés nacional español, **pues, siendo posible concretar la conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se aprecia la comisión de un genocidio sobre españoles, aun cuando**

haya españoles que se vieron afectados por hechos calificables como delitos distintos.

DÉCIMOTERCERO.- La STS 327/2003, de 25 de febrero, que estableció la anterior doctrina, fue adoptada por un margen exiguo de votos —ocho contra siete— centrándose la cuestión controvertida en el rigor con el que debe aplicarse la exigencia de este nexo de conexidad.

El voto particular, en el que se apoyó la argumentación del recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional y que constituye el soporte básico de la posterior sentencia, se centraba en que la resolución mayoritaria mantenía una doctrina excesivamente restrictiva que podía variar de contenido lo establecido por el Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de Genocidio en el artículo 23 4º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vulnerando con ello el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a la jurisdicción. Desde la perspectiva del voto particular, la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce la competencia de la Jurisdicción española para enjuiciar el delito de Genocidio, como crimen contra la humanidad, pero la doctrina emanada de la sentencia mayoritaria podía impedir en la práctica la efectividad de dicha competencia, condicionándola mediante presupuestos restrictivos que la Ley entonces vigente no establecía.

La doctrina de la sentencia mayoritaria podía limitar la competencia de la jurisdicción española al Genocidio de un único grupo humano, el de los ciudadanos españoles, supuesto prácticamente irreal. Con ello podía negar el derecho de acceso a la Jurisdicción española, establecido en el art 23 4º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para cualquier supuesto efectivo de Genocidio real.

Sostenía el voto particular que *el Genocidio constituye un crimen universalmente reconocido y unánimemente condenado por la Comunidad Internacional. Sus autores son enemigos comunes de toda la humanidad pues atentan contra nuestros valores más profundos y en la medida en la que niegan el propio derecho a la existencia de un grupo humano, cometen la más grave violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal*

para evitar la impunidad en un caso de genocidio étnico implica actuar en representación de la Comunidad Internacional.

La imposición por el Convenio de 1948 de la obligación de ejercicio de su propia jurisdicción a un determinado territorio sobre los actos de Genocidio ocurridos en el mismo, no excluye que otros Estados puedan establecer de modo concurrente su jurisdicción extraterritorial sobre el delito de Genocidio, como crimen de derecho internacional, a través de su legislación interna. **El Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de genocidio, pero tampoco la impide.**

Conforme a lo señalado en el referido Voto particular, **la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, constituye un criterio razonable de auto restricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama.**

Pero únicamente **si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla.**

Es un criterio que no aparecía expresamente reconocido en la Ley, señalaba el referido voto particular a la STS 327/2003, pero que puede ser asumido como emanación de los principios del Derecho Penal Internacional, y aplicado como **criterio de razonabilidad** en la interpretación de la normativa competencial.

Ahora bien, este criterio no debe ser aplicado de tal modo que deje sin contenido con carácter general lo dispuesto en el art. 23 4 de la LOPJ, es decir que sustituya la norma legal de atribución de la Jurisdicción exclusivamente en consideración a la **naturaleza** de determinados delitos, por el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en nuestro ordenamiento, o por el principio de defensa, que ya se recogía separa-

damente en el apartado tercero del citado art. 23 de la LOPJ.

En particular en lo que se refiere al denominado núcleo fundamental de los crímenes internacionales, como son el Genocidio o los crímenes contra la humanidad, señalaba el voto particular que la sustitución del principio de jurisdicción universal por el de personalidad pasiva constituye un error, pues se trata precisamente de delitos cuya sanción internacional se fundamenta en que constituyen una agresión contra valores comunes reconocidos como fundamentales para el conjunto de la Comunidad Internacional.

La aplicación del criterio de razonabilidad anteriormente enunciado puede permitir a un Tribunal nacional que tenga atribuida con carácter general competencia extraterritorial en estos supuestos, como sucede en nuestro país con la Audiencia Nacional, denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción en relación con supuestos hechos delictivos sucedidos en países que no tengan vínculo alguno de conexión, en sentido amplio, con España, con los ciudadanos españoles, sus intereses y sus relaciones.

Esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a la finalidad razonable de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos, y a garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, **pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula.**

Pero si se interpretaba el nexo de conexión, como se hacía en la sentencia mayoritaria, en el sentido de abarcar solo los casos de víctimas de nacionalidad española, que, para acoger la competencia por Genocidio, debían además formar parte de la etnia víctima de dicho delito, se restringía excesivamente el principio de jurisdicción universal, pudiendo derogarse en la práctica lo dispuesto en el art 23 4 de la LOPJ. En efecto el criterio de atribución de la jurisdicción en estos casos ya no sería la naturaleza del delito, como previene

expresamente el precepto, sino la nacionalidad de la víctima.

Según se expresaba en el citado voto particular, la afectación de víctimas o intereses españoles, en el ámbito de un supuesto genocidio, puede reforzar, **como nexo de conexión**, las razones para que la Jurisdicción española acepte el conocimiento del asunto, pero en todo caso debe hacerlo en aplicación del principio de justicia universal, abarcando el comportamiento genocida en sentido propio.

DÉCIMOCUARTO.- La STC 237/2005, de 26 de septiembre, otorgó el amparo solicitado, **declaró la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción** y anuló el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo 327/2003, de 25 de febrero, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del Auto de la Audiencia Nacional.

El núcleo esencial de la referida resolución dispone, en relación con la STS de 25 de febrero de 2003, que:

*"Pues bien debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una **reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley** y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que **tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ.***

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha

quedado menoscabado en el presente caso por que una interpretación acorde con el "telos" del precepto conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio "pro actione", y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el art. 24.1 CE.

Por tanto la forzada e infundada exégesis a que el Tribunal Supremo somete el precepto supone una restricción ilegítima del citado derecho fundamental, por cuanto vulnera la exigencia de que "los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad" (STC 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3), al constituir una **"denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable"** (STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 3).

Así la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. Según dispone el art. 607 CP el tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia.

La exégesis manejada por la Sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuan-

do la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español.

La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el Legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ, y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Obviando el hecho, destacado por el Ministerio Público en su informe, de que la referencia al mismo en la resolución impugnada es prácticamente nominal, careciendo de un mínimo desarrollo que permita concretar su contenido, lo cierto es que con su inclusión el núm. 4 del art. 23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior.

Como ya ha sido afirmado la cuestión determinante es que **el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la Sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal.**

La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo **la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a**

vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005, en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”.

Frente a ello la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal, en la medida en que aspira a unir “el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes” (fundamento jurídico décimo) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que, como ya habíamos afirmado, da lugar a una práctica abrogación de facto del art. 23.4 LOPJ.

Además **el exacerbado rigorismo con que tales criterios son aplicados por el Alto Tribunal redundante en la incompatibilidad de sus pronunciamientos con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción**, puesto que exige que la conexión con intereses nacionales deba apreciarse en relación directa con el delito que se toma como base para afirmar la atribución de jurisdicción, **excluyendo expresamente la posibilidad de interpretaciones más laxas (y, con ello, más acordes con el principio pro actione) de dicho criterio, como la de vincular la conexión con intereses nacionales con otros delitos conectados con aquél, o bien, más genéricamente, con el contexto que rodea los mismos**”.

DÉCIMOQUINTO.- La “ratio decidendi” de esta Sentencia constitucional debe obtenerse analizando detalladamente el contenido propio y sus-

tancial del núcleo argumentativo que fundamenta la decisión, que está íntimamente relacionado con el debate interno suscitado entre el sector mayoritario y el minoritario de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, y específicamente con la proscripción de una interpretación excesivamente rigorista de los criterios de acceso a la jurisdicción que contradice la normativa legal entonces vigente.

No procede, en consecuencia, anclar las conclusiones derivadas de la sentencia en afirmaciones aisladas que pueden calificarse de “obiter dictum”, prescindiendo de que la resolución se dicta en un determinado contexto legislativo, y que el otorgamiento del amparo se fundamenta esencialmente en el derecho de acceso a la jurisdicción, de acuerdo con la normativa legal entonces vigente.

Señala específicamente la STC 237/2005: “En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la voluntas legislatoris, es obligado concluir que **la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto**, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución”.

El análisis objetivo de este párrafo de la sentencia permite constatar que cuando el Tribunal Constitucional se refiere en la STC 237/2005, ordinariamente mal interpretada, a un “**principio de jurisdicción universal absoluto**” se está refiriendo al instaurado por la redacción concreta de la LOPJ de 1985, que no somete este principio a criterio restrictivo alguno.

Pero no está estableciendo que este carácter absoluto venga impuesto necesariamente por principios constitucionales, sino por criterios de legalidad.

El modelo de Jurisdicción Universal acogido por la versión inicial de la LOPJ puede, por tanto, ser modificado por el Legislador, si, como ha sucedi-

do en la práctica, éste aprecia que la combinación del carácter absoluto con el que se admite el principio de jurisdicción universal en la referida regulación legal con la admisión de la acción popular en nuestro ordenamiento penal, puede conducir a un resultado que se considera excesivamente expansivo en la aplicación de la Jurisdicción Universal en nuestro país, en relación con lo que sucede en otros países de nuestro entorno. En el mismo sentido continúa la STC expresando: "Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por **ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación** (STC 237/2005)".

El Tribunal Constitucional, que continuaba interpretando la normativa legal ordinaria entonces vigente, admitía la posibilidad de criterios reguladores que pudieran restringir el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal en nuestro ordenamiento. Tanto de carácter interpretativo, como, con mayor razón, de carácter legislativo. Lo que afirma el Tribunal Constitucional, como "ratio decidendi" que justifica la resolución final, es que, "de lege data", la normativa legal otorgaba un carácter absoluto al principio de jurisdicción universal, por lo que la interpretación de la STS de 25 de febrero de 2003 era excesivamente rigurosa. **Lo cual no excluye, en absoluto, que "de lege ferenda" pudiesen establecerse criterios reguladores para restringir el ámbito de aplicación de esta jurisdicción.**

"Ahora bien, en dicha labor exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como **una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico** (STC237/2005)".

El Tribunal Constitucional, continuando con el marco referencial de la ley entonces vigente, y sin invocar principios constitucionales que impusie-

ran una determinada regulación de la jurisdicción española en relación con el principio de jurisdicción universal, está señalando en este párrafo el límite que no puede sobrepasarse en la labor exegética de la ley entonces vigente. Límite que sobrepasó según su criterio, la STS 327/2003, de 25 de febrero, y que consiste en **"excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico"**.

"Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico "pro actione" y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE. Tal es el cauce analítico que debemos seguir (STC 237/2005)".

En definitiva, el Tribunal Constitucional no anuló la STS 327/2003 por no ser respetuosa con los principios inmanentes de la jurisdicción universal, que no admitirían limitación alguna en su ejercicio, sino porque consideró que se había vulnerado el principio "pro actione", al establecer criterios restrictivos de admisión que excluían dicha Jurisdicción en supuestos que el propio Tribunal Constitucional estimaba claramente incluidos **en la norma legal vigente en aquella fecha.**

Añadiendo, en relación con determinados criterios restrictivos, que en relación con el genocidio, **"la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas** incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que *además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, **contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base** (STC 237/2005)".*

Y asimismo que "la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales (STC237/2005)".

Criterios que han sido respetados en la legislación actual, pues como es fácil comprobar, la Jurisdicción en materia de Genocidio no se limita en absoluto en relación con la na-

cionalidad de las víctimas ni con criterios específicos de interés nacional (art. 23 4º LOPJ, reformado por la LO 1/2014, apartado a).

DÉCIMOSEXTO.- Pues bien esta resolución fue interpretada de forma bastante generalizada en el sentido de que la admisión en nuestro ordenamiento de la Jurisdicción Universal debería en todo caso ser absoluta, y no en el sentido de que era la Ley Orgánica del Poder Judicial la que había acogido ese modelo amplio, que es lo que decía la Sentencia.

En consecuencia, pese a que la STC 237/2005, admitía criterios restrictivos, incluso por vía exegética, siempre que no constituyesen *“una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico”*, lo cierto es que la práctica puso de manifiesto que la interpretación generalizada de la resolución constitucional hacía imprescindible una intervención del Legislador si se estimaba necesario introducir en materia de Jurisdicción universal **“los criterios reguladores que vinieran a restringir su ámbito de aplicación”** a que se refería la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Las sentencias de esta Sala núm. 645/2006, de 20 de junio, que admitió a trámite la querrela en el caso Falung Gong, por hechos ocurridos en China, y núm. 1240/2006, de 11 de diciembre, que asumió la Jurisdicción española para la investigación de la muerte de un periodista español en acción de guerra llevada cabo por las fuerzas norteamericanas, durante la invasión de Irak, interpretando en sentido amplio la STC 237/2005, confirmaron de forma manifiesta esta corriente interpretativa.

Fue esta razón jurídica (necesidad de introducir expresamente en la norma legal la referencia a vínculos de conexión), sin desconocer los problemas en las relaciones internacionales de España que la interpretación expansiva de la Jurisdicción Universal estaba ocasionando, la que determinó la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el art 23 4º de la LOPJ con el fin de exigir, para el ejercicio de la Jurisdicción Universal, la concurrencia de una

conexión nacional o un vínculo relevante que relacione a España con el hecho perseguido.

Declaraba el art. 23 4º LOPJ a partir de dicha forma:

“4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad. b) Terrorismo.*
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.*
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.*
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.*
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.*
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.*
- h) Cualquier otro que, según los Tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de Derecho Internacional Humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.*

*Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos **deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatare algún vínculo de conexión relevante con España** y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.*

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

DÉCIMOSEPTIMO.- Sin embargo, la efectividad de esta reforma no fue suficientemente restrictiva, desde la perspectiva del Legislador.

La inercia de la regulación anterior, unida a la indeterminación del concepto de "vínculo de conexión relevante", a la presión derivada de la posibilidad de ejercicio de la acción popular en nuestro ordenamiento penal y a la interpretación extensiva, para algunos fraudulenta, del concepto de víctimas españolas, incluyendo las que no lo eran cuando se produjeron los hechos pero se nacionalizaron después, determinó que fuesen los órganos jurisdiccionales españoles, entre todos los países de nuestro entorno, los que siguiesen siendo destinatarios de procedimientos por hechos en ocasiones muy lejanos en el tiempo y en el espacio, sin vínculos de conexión con España relevantes y en los que la justificación de la intervención jurisdiccional específica de nuestro país no tenía una fundamentación clara.

Este es el caso del proceso actual, seguido por delitos supuestamente cometidos en China a lo largo de más de 50 años (la ocupación de Tíbet, tras la guerra civil en China, se produjo en 1950, hace 65 años), con escasa viabilidad procesal, cuya instrucción se prolonga ya durante diez años sin avances significativos, y en los que no es fácil constatar un vínculo de conexión relevante con nuestra Jurisdicción. Procedimientos que, pese a su escasa efectividad, continuaban originando, además, problemas en las relaciones internacionales españolas, dada la falta de justificación clara de la continuidad del proceso en términos estrictos de Derecho Internacional.

Finalmente, y por todo ello, se realizó una segunda reforma legislativa, a través de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, que profundiza en la aplicación de criterios restrictivos al reconocimiento de la Jurisdicción Universal en nuestro ordenamiento, atiende de modo preponderante a la configuración de los Tratados internacionales y al grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los Estados firmantes respecto de cada delito específico, y **concreta, caso por caso, qué vínculos de conexión son los relevantes para que la jurisdicción española pueda conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como algunos de los delitos allí previstos.**

Se regula asimismo expresamente, en el apartado cinco del precepto, el principio de subsidiariedad. Mientras que, en el apartado sexto, se excluye, en estos casos, el ejercicio de la acción popular.

DÉCIMOCTAVO.- La Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica pone de manifiesto cuales son los objetivos perseguidos por la reforma:

Con la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, del 7 de julio, del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se produjo un cambio en la regulación y planteamiento de la llamada justicia universal. En el planteamiento de dicha reforma latía la idea de perfilar la competencia de la jurisdicción española, ampliando por un lado los delitos que, habiéndose cometido fuera del territorio nacional, e independientemente de la nacionalidad de su autor son susceptibles de ser investigados por la jurisdicción española y por otro lado, definiendo las condiciones que debían darse para que la justicia española fuera competente, adaptando la justicia universal al principio de subsidiariedad y a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo.

*Han pasado cuatro años desde que la mencionada reforma entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: **la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un Tratado Internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional.** Al tiempo, la regulación de la materia debe ajustarse a los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos.*

En esa misma línea de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los Tratados Internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley.

Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía.

Con esta finalidad, se precisan los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española: es necesario que el legislador determine, de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones. La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene además un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito.

También se delimita con carácter negativo la competencia de los Tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los Tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos

últimos casos siempre que la persona a la que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.

En todo caso, los jueces y Tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La regulación introduce límites a la jurisdicción española que deben ser aplicados a las causas actualmente en trámite, pues los Tribunales españoles no pueden continuar procedimientos sobre los que ya carezcan de jurisdicción”.

DÉCIMONOVENO.- En la citada reforma se modifican los apartados 2º, 4º y 5º del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se introduce un nuevo apartado 6º en dicho artículo 23, quedando redactados de la siguiente manera:

“2.- También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

“4.- Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1º.- El procedimiento se dirija contra un español;

o,
2º.- La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

o,
2º.- la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los Tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concorra alguno de los siguientes supuestos:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

2º.- el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3º.- el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;

4º.- la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;

5º.- el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

6º.- el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

7º.- el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

8º.- el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:

1º.- el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,

2º.- el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

o,
2º.- cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitu-

ción de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

2º.- el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3º.- el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4º.- el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

2º.- el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,

3º.- el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

m) Trata de seres humanos, siempre que:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

2º.- el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3º.- el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4º.- el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

2º.- el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3º.- el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,

4º.- el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

1º.- el procedimiento se dirija contra un español;

2º.- el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3º.- el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;

4º.- la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,

5º.- el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España”.

“5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1º.- la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2º.- se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incom-

patible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

“6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal”.

Disposición transitoria única: Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.

Con esta reforma se ha culminado, hasta el momento, la regulación de la Jurisdicción Universal en nuestro país, que es fruto de una evolución en la que una actividad jurisdiccional expansiva en esta materia por parte de los órganos jurisdiccionales competentes de la Audiencia Nacional, se ha confrontado con un criterio legislativo mucho más restrictivo.

VIGÉSIMO. - Aplicando esta normativa legal vigente, debe confirmarse el criterio del Auto impugnado, de 2 de julio de 2014, que acordó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados.

En efecto, por lo que se refiere al supuesto delito de Genocidio, ninguna de las personas querelladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional, por

lo que no se cumple un requisito esencial prevenido en el art. 23 4º a) de la LOPJ.

La naturaleza de investigación "in absentia" que ha pesado durante diez años sobre la instrucción del presente procedimiento, ha determinado que la localización de los denunciados no haya sido posible ni siquiera para recibirles declaración, o para determinar si siguen con vida, mientras que las órdenes de detención cursadas a la INTERPOL tampoco han sido atendidas, por no apreciar claramente este organismo internacional su justificación, en cumplimiento de su normativa interna.

En relación con el delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, la adquirió con posterioridad a los hechos, y no consta que ninguno de los querrelados, nacionales de la República Popular China, se encuentren en territorio español, como exige el apartado 2º a) del art 23 4º de la LOPJ.

En relación con el delito de terrorismo, aun en el supuesto de que pudiera incluirse en este proceso, concurre el mismo óbice pues el procedimiento no se dirige contra un español; ni contra un extranjero que resida habitualmente en España; ni el delito se ha cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; ni existen víctimas que tuvieran la nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos (art 23 4º LOPJ, apartado e).

Conflicto de normas entre la LOPJ y los Tratados. Derecho Internacional Penal Convencional.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Ya se ha señalado con anterioridad que en los Tratados Internacionales no se establece expresamente que cada Estado parte deba imperativamente investigar y perseguir, **sin limitación alguna**, los hechos constitutivos de delitos internacionales ocurridos en territorio de otros Estados. Es decir, de los Tratados, que configuran el Derecho Internacional Penal convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada.

Por lo que se refiere específicamente a los Convenios invocados como directamente aplicables

en el caso actual, en concreto el artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, dispone que "*Las personas acusadas de Genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción*", por lo que de modo expreso no impone a los Estados firmantes que establezcan en su legislación interna un modelo específico de Jurisdicción Universal.

Como se decía en el voto particular de la STS 327/2003, "*el Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de Genocidio, pero tampoco la impide*".

Se alega por los recurrentes que cuando se habla jurisdicción universal sobre el genocidio, lo que hay que tomar en consideración es que dicho principio implica la extensión de la jurisdicción del Estado en atención al único criterio de la naturaleza del delito. Por ello, cuando se exigen vínculos de conexión relacionados con la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima o los intereses del Estado, se aplican otros mecanismos de atribución de la jurisdicción (principio de personalidad activa o pasiva y principio de protección o de defensa), que no son los propios de la jurisdicción universal.

Pero olvida la parte recurrente que en el nuevo art. 23 4º a) de la LOPJ, la jurisdicción sobre Genocidio, se atribuye siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, **sin tener en consideración el lugar donde se cometió, y aunque tanto las víctimas como el autor sean extranjeras**, exclusivamente por la naturaleza del delito, por lo que se cumplen los parámetros esenciales de la Jurisdicción Universal. Asimismo el art. 5º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, también invocado como

aplicable en el caso actual, establece que todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre estos delitos cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Asimismo **todo Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción** y dicho Estado no conceda la extradición. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

En consecuencia, en esta Convención, si bien no se excluye la posibilidad de que los Estados establezcan un modelo más ambicioso de Jurisdicción Universal, no se impone un modelo absoluto o puro, sino que se condiciona en función de determinados criterios, y en cualquier caso se establece con carácter general para los supuestos en que el responsable se halle en el territorio del Estado Parte.

Por tanto, los Tratados que se invocan como aplicables en el caso actual, (dejando al margen de momento la cuestión de las Infracciones de los Convenios de Ginebra que se tratará separadamente), y que **son los que configuran el Derecho Penal Internacional convencional aplicable al caso**, no establecen con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal que pueda sostenerse respecto de esta norma.

No cabe apreciar, en consecuencia, un conflicto de normas entre la nueva LO 1/2014, y los Tratados, que conforme al art. 96 CE se integran en nuestro ordenamiento interno.

Derecho comparado. Derecho Internacional Penal Consuetudinario.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- Culminada la exposición de la evolución legislativa y jurisprudencial, y descartado el alegado conflicto de normas con los Tratados, que configuran el Derecho Internacional Penal Convencional, es procedente efectuar ahora un sucinto examen de la regulación vigente en el Derecho Comparado, para constatar si el modelo de Jurisdicción Universal limitada es compartido en otros países de nuestro entorno, es decir si puede apreciarse contradicción entre el actual art. 23 4º LOPJ, y la práctica internacional consolidada en esta materia.

En Alemania, el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional aprobado en el año 2002, prevé un principio de justicia universal amplio para perseguir los delitos de genocidio, delitos contra la humanidad y crímenes de guerra.

No obstante, el Ministerio Fiscal, que dispone del monopolio del ejercicio de la acción penal no admitiéndose querrelas formuladas por perjudicados o por la acción popular, tiene una amplia discrecionalidad en este campo y, de conformidad con el artículo 153 f del Código Procesal Penal, puede no formular acusación si el presunto responsable no está en Alemania ni es probable que lo esté, siempre que la víctima no sea un nacional.

También puede prescindir de la acusación si el delito está siendo perseguido por un Tribunal internacional o un Tribunal del país en el que se cometió el hecho (principio de subsidiaridad).

Respecto de los crímenes que constituyen el núcleo del derecho internacional penal, como el genocidio, la Fiscalía tiene capacidad para perseguir crímenes internacionales cometidos en el extranjero, sin que sea precisa conexión alguna con Alemania (jurisdicción universal incondicional), pero **sólo existe el deber de perseguir si puede establecerse (conforme al principio de discrecionalidad en la persecución) una vinculación específica.**

Respecto de otros crímenes sometidos a la jurisdicción universal basados en Tratados, el Tribunal Supremo Federal ha limitado el ámbito de la jurisdicción alemana al imponer requisitos adicionales; en particular, un "vínculo legitimador" (*jurisdicción universal condicional*). La presencia de

este vínculo legitimador se reconoce en aquellos casos en que el acusado tiene estrechos vínculos personales con Alemania (domicilio, país de residencia habitual, estrechos contactos sociales), o en casos en que Alemania ha estado directamente involucrada en el plano político o militar en un conflicto con el Estado en el que tuvo lugar la comisión del delito.

En concreto, para la jurisprudencia no hay vínculo legitimador por el hecho de la residencia en Alemania de una de las víctimas o del querellante. Además, la decisión de denegar o de terminar las investigaciones o procedimientos es de la exclusiva responsabilidad del Fiscal General Federal. El Fiscal puede interesar el sobreseimiento en cualquier estadio del procedimiento, incluso si se ha formulado ya la acusación. El Fiscal General Federal tiene, en esta materia, pleno poder discrecional.

En la generalidad de los países la Ley (explícita o implícitamente) exige la presencia del acusado en el territorio nacional, como destaca la doctrina más autorizada sobre esta materia. Por ejemplo, en Finlandia, que dispone de un sistema de Jurisdicción Universal amplio, la legislación procesal presupone la presencia en el territorio del Estado de la persona que es acusada por un delito cometido en el extranjero. En la práctica, el principio de universalidad no se ha aplicado nunca a personas que no estén presentes en el país.

En la práctica Japonesa la presencia del sospechoso en el territorio nacional y la inexistencia de un Estado más apropiado para llevar adelante la persecución, constituyen las dos condiciones imprescindibles para el ejercicio de la jurisdicción universal.

En Turquía la presencia del acusado en el territorio nacional, aun cuando no se mencione legalmente, es la regla general, puesto que no puede abrirse el juicio oral si el acusado no está presente, por lo que la investigación no conducirá a ninguna conclusión si el acusado no se encuentra en Turquía o se prevé que pueda estarlo.

En Francia la presencia del acusado es una exigencia para el ejercicio de la jurisdicción universal y esta exigencia se encuentra expresamente recogida por la legislación nacional. El fundamento

de esta exigencia se basa en la eficacia en la persecución de crímenes cometidos en el extranjero. El Código Procesal francés, en efecto, recoge un principio de justicia universal limitado, exigiendo en todo caso que el presunto responsable resida en Francia o se encuentre en el país en el momento en el que se inicie la investigación.

En Gran Bretaña, concretamente en Inglaterra y Gales, también está prevista la jurisdicción universal para perseguir delitos como los crímenes de guerra, los delitos de tortura, secuestro o ciertos delitos de terrorismo. En principio, sin limitaciones, aunque el papel del Ministerio Fiscal, regido por el principio de oportunidad, es decisivo. En Bélgica, que inicialmente consagró un principio de justicia universal puro, se modificó su legislación en el año 2003, estableciendo relevantes restricciones, como se analizará posteriormente de forma específica.

En Hungría, la autoridad judicial local puede dar comienzo a la investigación de sospechosos de crímenes internacionales y reunir pruebas sobre los supuestos crímenes, pero sólo cuando el Fiscal General lo ordene. El ejercicio de la jurisdicción universal queda restringido por la exigencia de una decisión del Fiscal General (que tiene poder discrecional) para desencadenar el procedimiento.

En Holanda, la regla general es que el Fiscal puede decidir no perseguir teniendo en cuenta el interés general. El Fiscal puede considerar si un caso es razonable con vistas a iniciar investigaciones. Para ello es relevante la existencia de prueba "*prima facie*" y que la acusación esté suficientemente concretada en lo que concierne al tiempo y lugar.

Consiguientemente, el Fiscal tiene que ponderar todos los hechos y circunstancias con el fin de establecer si hay perspectivas razonables de éxito en las investigaciones en un tiempo razonable. El Fiscal, según el Reglamento, debe tener en cuenta en esta materia: (a) cuándo se cometieron los hechos denunciados; (b) qué posibilidades existen de que los testigos estén dispuestos a presentarse ante el Tribunal en Holanda; (c) si será posible reunir prueba suficiente para fundamentar una condena; (d) si otros Estados podrán

y querrán prestar ayuda en caso de que se les requiera. Pero no está obligado con carácter general a promover la investigación, y los Tribunales nacionales no pueden promoverla de oficio.

En Canadá, la Jurisdicción de los Tribunales del país para enjuiciar los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra se regula en la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, aprobada en junio de 2000.

Según su artículo octavo dicha jurisdicción podrá ejercerse sobre delitos cometidos fuera del país en los siguientes casos:

a) si en el momento de cometerse el delito: el presunto responsable era canadiense, trabajaba para el Estado de Canadá —como civil o militar— o bien era nacional o trabajaba para un Estado que mantuviera con Canadá un conflicto armado; o si la víctima era un nacional o nacional de un estado aliado de Canadá en un conflicto armado; o

b) si después de cometido el hecho, el presunto responsable estuviera en Canadá.

En los Estados Unidos —18. U.S. Code 1091— es posible la persecución del delito de Genocidio, independientemente del lugar donde se haya cometido, cuando el supuesto responsable sea estadounidense, se encuentre en el país o sea extranjero o apátrida con residencia permanente en el mismo.

El análisis de estos sistemas permite constatar que en los países de nuestro entorno se admiten con normalidad restricciones en el ejercicio de la Jurisdicción Universal, sin que su interpretación de los Tratados Internacionales en esta materia acoja el criterio de que los Tratados exigen obligadamente un modelo de Jurisdicción Universal, pura o absoluta.

Con carácter general se suele establecer que los Estados no tienen jurisdicción de aplicación fuera de su territorio (obviamente, sin autorización). Así se desprende de la Sentencia de la Corte Internacional Permanente de Justicia en el caso *Lotus*, cuando se observó que un Estado “no puede ejercer su poder en forma alguna en el territorio de otro Estado. En este sentido, la competencia jurisdiccional es ciertamente territorial; no puede ejercerse por un Estado fuera de su territorio ex-

cepto en virtud de una regla permisiva que derive de la costumbre internacional o de un convenio”. En consecuencia, la Jurisdicción Universal se admite internacionalmente con carácter de excepción a la regla general de la territorialidad.

Por otra parte en el ámbito internacional se destaca que la aplicación de una jurisdicción universal pura resulta problemática, señalándose abusos potenciales de los procedimientos legales y el riesgo de sobrecargar los recursos nacionales de investigación en aquellos casos en que parece muy verosímil que nunca llegará a celebrarse el juicio penal.

En definitiva la costumbre internacional o práctica generalmente aceptada como Derecho consuetudinario, no avala la exigencia de un modelo absoluto o incondicional de Justicia Universal como el acogido en nuestro ordenamiento en la versión inicial de la LOPI.

VIGÉSIMOTERCERO.— Un caso singular es el de Bélgica, con anterioridad a la reforma de abril de 2003.

La Ley belga de 10 de febrero de 1999 estableció el principio de Jurisdicción Universal asumiendo la competencia de los Tribunales belgas incluso en supuestos en los que los autores de los delitos internacionales sobre los que se asumía la competencia no se encontraban en Bélgica al iniciar el proceso.

Los procedimientos incoados en aplicación de esta norma suscitaron un gran debate, en el que llegó a intervenir la Corte Internacional de Justicia de La Haya. La sentencia de la Corte Internacional de 14 de febrero de 2002 anuló un orden de detención emitida por un Juez belga contra el Ministro de Exteriores de la República Democrática del Congo (Zaire, antiguo Congo Belga), emitida con fundamento en el principio de Justicia Universal y en la citada Ley de 1999. Si bien es cierto que dicha anulación se produjo por tratarse de un Ministro que en el ejercicio de sus funciones de relación internacional gozaba de inmunidad diplomática, también lo es que la sentencia fue acompañada de relevantes votos particulares, u opiniones separadas, incluida la del Presidente de la Corte, que rechazaban que

el Derecho Internacional permitiese el ejercicio de una jurisdicción universal pura o "in absentia", es decir extensiva a personas que en el momento de iniciarse el procedimiento no se encontrasen en el territorio que asumía la jurisdicción.

El debate sobre la admisión en Derecho Penal Internacional de una Jurisdicción Universal "in absentia", es decir extensiva a la posibilidad de reclamar la extradición de extranjeros que han cometido delitos en el extranjero sin especiales vínculos de conexión con el país que los reclama, ha suscitado una relevante controversia. Tanto la Ley belga de 1999, como la española de 1985, la han admitido. En nuestro país relevantes resoluciones de esta Sala, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Constitucional (STC 237/2005, por ejemplo), la han apoyado, pero en todo caso con el soporte legislativo de nuestra regulación interna de Jurisdicción Universal, conforme a la redacción inicial de la LOPJ.

Ahora bien el citado debate se centra en determinar si los Tratados facultan a los Estados a establecer en su regulación interna un modelo de Jurisdicción Universal "in absentia", que no dependa de la presencia de los inculpados en su territorio. En ningún caso se afirma de modo relevante en la doctrina internacional que los Tratados **impongan** esa modalidad de Jurisdicción Universal pura o "in absentia".

Una cosa es sostener que la gravedad y universalidad de los delitos perseguidos, faculta, o incluso aconseja, a los Estados para acoger en su ordenamiento interno un modelo de Jurisdicción Universal pura o absoluta, que incluya la investigación, instrucción formal, orden de detención internacional y solicitud de extradición, en supuestos de ejercicio de jurisdicción extraterritorial "in absentia", y otra sostener que los Tratados **impongan** necesariamente esta modalidad de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, criterio carente de apoyo relevante en el ámbito internacional.

Lo cierto es que la Ley belga de 10 de febrero de 1999, que otorgó una gran amplitud al principio de Jurisdicción Universal, fue modificada en abril de 2003, en un sentido similar al de la reforma española de 2009, es decir de carácter restrictivo.

La nueva regulación limita la posibilidad de ejercicio de la acción penal en supuestos de Jurisdicción Universal al Fiscal Federal y excluye supuestos en que los autores no fuesen de nacionalidad belga o no se encontrasen en su territorio.

En consecuencia, tampoco cabe estimar la alegación de que la regulación actualmente establecida en la LO 1/2014, sea contraria al Derecho Internacional Penal consuetudinario, en el sentido de práctica internacional comúnmente admitida en esta materia.

Jurisdicción sobre crímenes de guerra.

VIGÉSIMOCUARTO.- Analizada la evolución legislativa y jurisprudencial, antecedentes que en esta materia estimamos poseen un relevante valor interpretativo de la normativa vigente, así como la regulación aplicada a la Jurisdicción Universal en el Derecho Comparado, y descartadas las alegaciones referidas a la supuesta contradicción de la nueva redacción del art. 23 4º LOPJ con la regulación de la Justicia Universal tanto en el Derecho Internacional Convencional como en el Consuetudinario, es procedente examinar ya los argumentos del recurso que se refieren a la supuesta calificación de los hechos como crímenes de guerra.

El recurso interpuesto, siguiendo el criterio del voto particular emitido a la resolución impugnada, sostiene que el objeto del proceso incluye los crímenes de guerra, porque por auto de fecha 30 de marzo de 2011 el Juzgado Central de Instrucción amplió las conductas investigadas al traslado y asentamiento de población de la potencia ocupante (China) al territorio ocupado del Tíbet. Considera la parte recurrente que esta conducta sería constitutiva de una infracción grave de las Convenciones de Ginebra (art. 49 de la IV Convención), calificada como delictiva por el art. 611.5 de nuestro Código Penal.

Estima la parte recurrente, siguiendo a los autores del voto particular, que si bien la reforma del art. 23.4 LOPJ operada por Ley Orgánica 1/2014 limita la jurisdicción sobre los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado a muy estrictos vínculos de conexión relacionados con la personalidad activa, esta misma reforma,

en su apartado p) incluye en la Jurisdicción Universal "cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente".

Estiman los recurrentes que este apartado p) es aplicable a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, que es como se tipifican en nuestro ordenamiento las infracciones graves de la Convención de Ginebra, por lo que no comparten la decisión impugnada.

VIGÉSIMOQUINTO.- Esta argumentación no puede ser aceptada. El apartado p) del art. 23.4º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, pues constituye una cláusula de cierre aplicable exclusivamente a otros supuestos que pudieran ser objeto de un Tratado no contemplado en la regulación anterior.

Así se deduce tanto de la interpretación literal de la norma, como de la lógica y de la teleológica. El citado apartado p) del precepto dispone expresamente:

Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

La interpretación del precepto según el sentido propio de sus palabras conduce con claridad a apreciar que se refiere a "**Cualquier otro delito**", no a los mismos delitos que ya están contemplados en los apartados anteriores de la norma. Interpretarlo en otro sentido constituye un error manifiesto, pues el precepto es de una absoluta claridad e "in claris non fit interpretatio". En segundo lugar, desde un punto de vista de la interpretación lógica de la norma, carece de sentido que se introduzca como cierre de un largo y minucioso precepto, como el analizado, una regla final que deje sin contenido las anteriores. Precisamente lo que hace el Legislador, para evitar interpretaciones plurales de los Tratados que perjudiquen la seguridad jurídica, es clarificar en cada supuesto hasta donde llega la obligación de nuestros Tribunales en el ejercicio de la Jurisdicción

Universal, en función de cada uno de los grupos de delitos que específicamente se regulan en la norma. Por esta vocación de universalidad es lógico que se incluya una norma de cierre que trate de anticiparse a otros supuestos no incluidos en la regulación establecida, pero no lo sería que se introdujese una norma redundante o contradictoria con los criterios que minuciosamente se establecen en los casos resueltos específicamente.

Desde el punto de vista de la finalidad de la norma, que es regular con minuciosidad y precisión todos los supuestos de ejercicio de la Jurisdicción Universal, la norma de cierre solo puede referirse a supuestos no contemplados en las reglas anteriores, pues de lo contrario éstas perderían cualquier sentido y finalidad, ya que se relegaría a una interpretación casuística posterior en sede jurisdiccional la determinación de los supuestos de aplicación de la Jurisdicción Universal que la norma pretende establecer con precisión y claridad.

En consecuencia, **debe establecerse con claridad y firmeza, para éste y para otros supuestos similares, que el apartado p) del art. 234º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.**

Así lo ha interpretado también el Tribunal Constitucional, en relación con la norma antecedente obrante en la regulación anterior a la reforma. Como dice la STC 237/95: "*Y ello porque la cláusula de cierre introducida en el apartado g) extiende la jurisdicción universal a otros delitos, no incluidos en los apartados anteriores del art. 23.4 LOPJ, que según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos en España. En otras palabras, mientras los apartados a) a f) del art. 23.4 LOPJ establecen un catálogo de delitos que se declaran perseguibles "ex lege" en España pese a haber sido cometidos en el extranjero y por extranjeros, el apartado g) determina precisamente la posibilidad, si así se pacta en un Tratado internacional, de perseguir*

en España otros delitos **distintos a los incluidos expresamente en el precepto**”.

VIGÉSIMOSEXTO.- Desde otra perspectiva, estima la parte recurrente que, en cualquier caso, la norma del apartado a) del art. 23 4º LOPJ es contraria a los Tratados, porque el Convenio de Ginebra impone para las Infracciones Graves la obligación de extender la jurisdicción más allá de los responsables que se encuentren en el territorio de los países firmantes.

Considera la parte recurrente, siguiendo el criterio de los firmantes del voto particular de la resolución impugnada, que existe una diferencia de trato para las Infracciones graves de la Convención de Ginebra respecto de los demás delitos a los que se aplica la Jurisdicción Universal, dado que para los delitos contra personas civiles protegidas en conflictos armados, el Cuarto Convenio de Ginebra establece en su art. 146 que cada Estado parte *“tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad”* lo que implica el deber de incorporar el principio de jurisdicción universal, sin limitaciones.

Se destaca en el voto particular al Auto impugnado, la diferencia con otras normas convencionales ya que, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes solo obliga en su art. V a los Estados a establecer la jurisdicción cuando el delito se cometa en espacios sometidos a su soberanía, el agresor o la víctima fueren nacionales, o aquel se halle en su territorio, sin excluir otra jurisdicción (es decir la universal) ejercida conforme a la legislación nacional. La Convención de represión y castigo del crimen de apartheid prevé en su art. V el enjuiciamiento por cualquier Estado parte que tuviere jurisdicción sobre los autores o por un Tribunal internacional. El art. VI del Tratado sobre Genocidio concreta la obligación de ejercer su jurisdicción por parte del Estado del territorio y prevé una jurisdicción internacional.

Pero ninguno de ellos ha sido redactado en los términos de la obligación inexcusable en materia de crímenes de guerra de buscar a los autores

cualquiera que fuere su nacionalidad y hacerlos comparecer ante los Tribunales de los Estados firmantes del Convenio, como se establece en la Convención de Ginebra.

De ello deducen los recurrentes la contradicción de la actual redacción del apartado a) del art. 23 4º de la LOPJ, con lo prevenido expresamente en la Convención de Ginebra.

VIGÉSIMOSEPTIMO.- En el caso actual no procede entrar en la calificación de los hechos aquí investigados como supuestas Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, pues no nos encontramos ante un recurso de casación contra una sentencia que contenga hechos probados y permita una calificación penal precisa, sino ante una querrela referida a un hecho histórico muy controvertido, cuyo perfil fáctico en este procedimiento ha sido determinado esencialmente por la parte querellante.

Pero si procede declarar que no se aprecia que la redacción del art. 23 4º a) de la LOPJ vulnere la Convención de Ginebra.

El artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece el principio de Justicia Universal obligatoria para los Estados firmantes en el sentido de imponer la obligación de juzgar o extraditar a los responsables de las Infracciones Graves del Convenio, cualquiera que sea el lugar del mundo donde se cometió la infracción y cualquiera que sea la nacionalidad del responsable. Pero esta obligación está referida a los supuestos en que estos responsables se encuentren en el territorio del Estado firmante, pues su contenido y finalidad es evitar que ninguno de estos responsables pueda encontrar refugio en un país firmante de la Convención.

Así se entiende por la doctrina mayoritaria, que si bien concuerda con la posición mantenida por los recurrentes en el sentido de que la Jurisdicción Universal para los crímenes de guerra es imperativa, y no facultativa, mantiene sin embargo que esta obligación no se extiende al hecho de que todos y cada uno de los países firmantes deban investigar todas y cada una de las Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, en

todos y cada uno de los conflictos armados que se produzcan en cualquier lugar del mundo, y deban competir para reclamar y extraditar a los responsables, sino que esta obligación se concreta para cada país firmante en buscar, detener y enjuiciar ante sus propios Tribunales a los responsables que se hayan refugiado u ocultado en sus respectivos países.

VIGÉSIMOCTAVO.- Establece el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera (sic) de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra”.

La Convención no establece expresamente la obligación de que la búsqueda de cualquiera de estos responsables se extienda necesariamente fuera de las fronteras de los países firmantes, en cualquier lugar del mundo, aun cuando dichos países no tengan relación alguna con el conflicto armado donde se produjo la infracción.

De la interpretación de la norma según el sentido propio de las palabras no se deduce tal cosa, pues si lo que se pretendiese es establecer la obligación de los Estados firmantes de buscar a los responsables fuera de su territorio, para enjuiciarlos en el mismo, gramaticalmente el precepto tendría que haber incluido un verbo adicional, reclamar o extraditar. En efecto, entre la búsqueda y la comparecencia ante los propios Tribunales sería necesario realizar otra acción: extraditar a la persona localizada en el extranjero. Mientras que si la persona buscada se encuentra en el territorio del estado firmante, la búsqueda puede tener como conclusión la comparecencia ante los Tribunales, sin necesidad de extradición alguna, que es lo que se deduce de la fórmula gramatical utilizada en el Convenio.

En consecuencia, **la expresión buscar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, hace referencia necesariamente, según la interpretación literal o gramatical del precepto, a buscar en el propio territorio.** Buscar, extraditar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, sería la fórmula correcta si se pretendiese establecer con carácter general una obligación de búsqueda en cualquier país del mundo, incluso para los países no beligerantes y completamente ajenos al conflicto armado donde se cometió supuestamente el delito.

A no ser que se pretenda sugerir que los Convenios optan por un sistema de injerencia clandestina en otros países, secuestrando y trasladando a los acusados sin sujetarse al procedimiento legal de la extradición, lo que constituiría una grave violación del Derecho Internacional y, obviamente, no puede ser el sistema pactado en la Convención de Ginebra.

En una interpretación lógica de la norma no resulta aceptable que la obligación de búsqueda generalizada fuera del territorio de los países firmantes pudiera establecerse en el Convenio, en primer lugar porque la Convención no puede imponer a los Estados firmantes obligaciones que exceden de su soberanía, y en segundo lugar porque no puede imponer obligaciones que son imposibles de cumplir, pues ningún país puede incoar un número indefinido de procedimientos

para investigar "in absentia" todas las Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, en cualquier conflicto armado que tenga lugar en cualquier lugar del mundo, máxime si, como sucede en el procedimiento actual, los hechos se remontan a varias décadas atrás.

Y, además, constituye una interpretación que conduce al absurdo entender que esa obligación se imponga simultáneamente a los cerca de doscientos Estados que han firmado la Convención que, para cumplir el Tratado, tendrían necesariamente que competir entre sí en la búsqueda y reclamación de todos los eventuales responsables, allá donde estuviesen.

Lo que la Convención establece, con carácter imperativo, es que todos los Estados firmantes deben buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquier infracción grave, si estas personas se han refugiado u ocultado en su país, y deberá hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad y el lugar donde se cometió la infracción.

La norma añade que el Estado firmante "*Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes*", lo cual presupone que la persona responsable se encuentre en el territorio del Estado firmante, a disposición del mismo, que es lo que se necesita para poder entregarla.

Por lo tanto una interpretación sistemática, atendiendo al contexto de la norma, conduce a la misma conclusión.

En definitiva, es cierto que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema imperativo de Jurisdicción Universal. Pero lo hace en el sentido de imponer a cualquier país firmante la obligación de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y con independencia de su nacionalidad, exclusivamente en función de la naturaleza del delito.

Esta Jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de buscarlos fuera de su territorio, y de reclamarlos en cualquier caso, máxime cuando esta obligación de reclamación no puede ser cumplida y atendida simultáneamente por todos los países firmantes de la Convención. **El régimen establecido es de cooperación entre Estados, no de competencia.**

Todo ello con independencia de que un Estado pueda asumir facultativamente, en su Legislación interna, la extensión de su Jurisdicción a supuestos en que los responsables no se encuentren a su disposición. Pero esta amplitud en el ejercicio de la Jurisdicción, asumida en la versión inicial de nuestra LOPJ, no viene impuesta necesariamente por la Convención de Ginebra.

VIGÉSIMONOVENO.- Esta interpretación de la Convención es la asumida con carácter general en los demás Estados firmantes. Prueba de ello es que sea precisamente en España donde se siga este procedimiento, como consecuencia del establecimiento de un régimen de Jurisdicción Universal absoluta en la redacción inicial de la LOPJ, en cuya vigencia se inició este proceso.

Si la interpretación sostenida por los recurrentes fuese la asumida con carácter general en los cerca de doscientos Estados firmantes de la Convención, esta modalidad absoluta de Jurisdicción Universal para los crímenes de guerra sería la dominante en los Estados firmantes, y la aplicada en los que constituyen un Estado de Derecho, que son respetuosos con los Tratados Internacionales. Y no resultaría comprensible que este procedimiento se siguiese precisamente en España, y no en otros Estados más próximos geográfica o culturalmente al Tíbet, o con mayores medios para realizar esta investigación.

En definitiva, el modelo inicial de la LOPJ consagraba un sistema de Jurisdicción universal absoluta e incondicionada. Pero este sistema, con independencia de la opinión particular que pueda sostenerse sobre él, no viene impuesto imperativamente con carácter general por los Tratados Internacionales o por el Derecho Internacional Penal consuetudinario, ni tampoco viene impuesto específicamente por la Convención

de Ginebra para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. En consecuencia, el Legislador puede limitarlo, como lo ha hecho la Ley Orgánica 1/2014, a supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que se encuentre en España, sin que esta limitación constituya una violación de la Convención de Ginebra.

Siempre que se mantenga el contenido esencial de la Jurisdicción Universal en el sentido de reconocer a los Tribunales españoles jurisdicción extraterritorial para enjuiciar estos delitos en función de su naturaleza, con independencia del lugar donde se cometieron y de la nacionalidad de sus autores, respecto de cualquier responsable de una Infracción Grave de la Convención de Ginebra que se encuentre en territorio español.

En consecuencia, y para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción "in absentia" en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia.

TRIGÉSIMO.- En resumen, la respuesta a las cuestiones suscitadas en el presente motivo de recurso es la siguiente:

En primer lugar, que ni el Derecho Internacional Convencional ni el Consuetudinario imponen un modelo de Jurisdicción Universal absoluto o "in absentia", como el acogido en la primera versión del art. 23 4º de la LOPJ.

En segundo lugar, que la doctrina constitucional referida al acogimiento en nuestro ordenamiento de un modelo de Jurisdicción Universal absoluto

e incondicionado está en relación con la amplitud de la normativa legal establecida expresamente por la LOPJ, en su versión inicial, pero no constituye el único modelo admisible constitucionalmente de Jurisdicción Universal, pues cabe establecer criterios reguladores que vengán a restringir su ámbito de aplicación, siempre que se respete su contenido esencial como Jurisdicción extraterritorial fundada en la naturaleza y gravedad de determinados delitos que afectan a la Comunidad internacional.

En tercer lugar, que la Ley Orgánica 1/2014, aun cuando ha acogido una modalidad muy restrictiva de Jurisdicción Universal que contrasta con la regulación anterior que había convertido a nuestro país en un polo de atracción en esta materia, no vulnera lo dispuesto en los Tratados ni en la práctica judicial internacional, y se acoge a la exclusión de la Jurisdicción Universal "in absentia" que constituye el modelo más generalizado en los países de nuestro entorno.

En cuarto lugar que el apartado p) del art 23 4º de la LOPJ, no es aplicable a las Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, cualquiera que sea su denominación como crímenes de guerra, delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado o delitos de Derecho Internacional Humanitario. Solo es aplicable el apartado a).

Y, en quinto lugar que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema obligatorio de Jurisdicción Universal, en el sentido de imponer a cualquier país firmante la carga de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y de su nacionalidad. Pero esta Jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de iniciar investigaciones "in absentia", de buscar a los responsables fuera de su territorio y de reclamarlos en cualquier caso.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, sin perjuicio de analizar y resolver algunas otras cuestiones también suscitadas en el mismo al hilo de la resolución de los motivos de recurso interpuestos por la otra parte recurrente.

TRIGÉSIMOPRIMERO.- El segundo motivo de recurso, también por supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al amparo de los arts. 5 4º de la LOPJ y 852 de la Lecrim., fundamenta esta vulneración en el hecho de haberse aplicado la reforma legal operada por la LO 1/2014, con efectos retroactivos.

El motivo carece de fundamento. La norma general en materia de retroactividad de las leyes penales, incluida en el art. 2 2º del Código Penal, establece que tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo. En el caso actual, la LO 1/2014, de carácter procesal pero con efectos penales sobre las personas querelladas en este procedimiento, excluye la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre los hechos que pudieran imputarse a dichas personas, por lo que es una norma que favorece al reo y que, en consecuencia, debe producir efectos retroactivos.

El principio de legalidad, tal como viene formulado en el artículo 25.1 CE en cuanto al ámbito penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento.

Incorpora en primer lugar “una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una “reserva absoluta” de Ley en el ámbito penal” (STC 283/2006).

Esta exigencia formal debe extenderse asimismo al presupuesto de que la actuación punitiva del Estado se ejerza en el ámbito de su Jurisdicción, es decir que exista una norma con rango de Ley que faculte a los Tribunales penales españoles a ejercer su jurisdicción sobre una determinada conducta. En consecuencia, si la propia normativa legal limita el ámbito de nuestra Jurisdicción, desaparece el presupuesto para enjuiciar y para continuar la tramitación del procedimiento penal. El principio de legalidad penal incorpora otra garantía de carácter material y absoluto consistente en que las conductas constitutivas de delito deben aparecer contempladas en una norma escri-

ta con rango de ley (*lex scripta*), que además les asocie una pena. Asimismo determina la “imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (SSTC 25/2004, de 26 de febrero; 218/2005, de 12 de septiembre; 297/2005, de 21 de noviembre)”.

Por ello el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (*lex scripta*), anterior a los hechos (*lex previa*), que las describa con la necesaria claridad y precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*).

Asimismo, el principio de legalidad contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable.

El Código Penal vigente reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo en el artículo 2.2º. Y cuando, como sucede en el caso actual, la norma no es de Derecho penal material, sino que define un presupuesto previo como es la propia jurisdicción del Tribunal, produce el mismo efecto que una norma de derecho penal material, porque determina la imposibilidad de enjuiciamiento y condena. Por ello, en el caso actual, la retroactividad de la L.O. 1/2014 viene impuesta necesariamente por razones constitucionales básicas.

El recurso, en consecuencia, debe ser íntegramente desestimado.

RECURSO DEL INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AURIBONDO Y D. Rogelio David.

TRIGÉSIMOSEGUNDO.- El primer motivo de casación por infracción de ley al amparo del art. 849 1º de la Lecrim, alega vulneración de lo dispuesto en diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por estimar inaplicable la dis-

posición transitoria única de la LOPJ que recorta la Jurisdicción Universal existiendo una víctima española.

El motivo carece de fundamento pues el cauce casacional de infracción de ley previsto en el art. 849 1º de la Lecrim se refiere exclusivamente a la infracción de normas penales sustantivas u otras normas jurídicas del mismo carácter, requisito que no concurre en las normas invocadas por la parte recurrente, que son de carácter orgánico.

La argumentación del motivo cuestiona la regulación actual del ámbito de la Jurisdicción Universal en nuestro país, desde su personal perspectiva, discrepando de la decisión legislativa que restringe la aplicación de la Justicia Universal en función de diversos criterios, como la presencia en España de los acusados de las infracciones.

Pero con independencia de la posición que se pueda mantener en el ámbito doctrinal o de política criminal, lo cierto es que es manifiestamente incongruente utilizar el cauce casacional de infracción de ley para discrepar de lo establecido la Ley.

Se puede denunciar el incumplimiento de una norma legal, partiendo del presupuesto de que esa norma debe ser respetada, y se puede cuestionar la constitucionalidad de la norma, partiendo del presupuesto de que la norma debe ser anulada, pero no se pueden hacer ambas cosas a la vez en el mismo motivo.

La parte recurrente hace referencia al Convenio Bilateral entre España y China en materia de cooperación judicial penal, firmado en Pekín el 21 de julio de 2005, pero no cita precepto alguno del referido Convenio que atribuya a España Jurisdicción sobre los hechos perseguidos en el presente procedimiento.

TRIGÉSIMOTERCERO.- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, denuncia también como infringidos determinados preceptos de la LOPJ, alegando en este caso vulneración del principio de "perpetuatio iurisdictionis".

Estima la parte recurrente que este principio establece que fijada la jurisdicción y competencia al comienzo de la causa ésta debe mantenerse invariable durante todo el procedimiento.

El motivo debe ser desestimado por la misma razón anteriormente referida, ya que los preceptos citados como infringidos no tienen carácter sustantivo. En cualquier caso, el principio "perpetuatio iurisdictionis", de carácter procesal, no puede oponerse al principio de retroactividad de las leyes penales favorables al reo (art. 2 2º CP), que tiene carácter material, ya que la regulación procesal es instrumental, accesoria y dependiente de la material.

En materia procesal "Tempus regit actum", por lo que una vez establecido legalmente que los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para el enjuiciamiento de determinados hechos supuestamente delictivos ocurridos en China, el proceso no puede continuar.

Sobre la retroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional (Sentencias 149/1995 de 16 de octubre y 374/1993 de 13 de diciembre) recuerda que el fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo autoriza (lo que sucede en el caso actual), **es obligado si esta ley es de naturaleza penal pero más beneficiosa para el inculpado** (lo que también sucede en el caso actual, pues aun siendo una ley procesal, ejerce un efecto relevante beneficioso para los denunciados) y es imposible si se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho (art. 9.3 CE).

Las leyes procesales pertenecen ordinariamente al primer grupo de los tres enumerados más arriba y por tanto no inciden sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente, como sucede en el caso actual, en el que la retroactividad se establece expresamente. Pero además, como se ha expresado, la norma analizada ejerce un efecto penal beneficioso para el reo, en el ámbito material de su eventual declaración de responsabilidad, al excluirse la aplicación de la Jurisdicción española, por lo que constitucionalmente la retroactividad es obligada.

TRIGÉSIMOCUARTO.- El tercer motivo, también por infracción de ley, alega vulneración de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, con referencias a la doctrina sentada en un Auto

del Juzgado Central núm. 1 de la Audiencia Nacional de 17 de marzo de 2014 que, supuestamente y según la parte recurrente, "inaplica" la disposición transitoria única de la LO 1/2014 por estimarla contraria a la Convención de Ginebra.

El motivo debe ser desestimado por las mismas razones anteriormente expresadas, al no ser los preceptos citados normas penales sustantivas ni del mismo carácter, sin perjuicio de que la contradicción entre las normas reguladoras de la Jurisdicción Universal y lo dispuesto imperativamente en los Tratados Internacionales pueda ser planteada por otra vía casacional.

Los Jueces y Magistrados españoles están sometidos al imperio de la Ley (art. 117 CE y art. 1º LOPJ, "in fine") y si esta Ley es postconstitucional no pueden negarse a aplicarla, salvo que consideren que puede ser contraria a la Constitución, en cuyo caso deberán plantear cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica (art. 5 2º LOPJ).

O, en su caso, si estiman que puede ser contraria al Derecho de la Unión, lo procedente es plantear Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

En nuestro ordenamiento jurídico rige el sistema de control de constitucionalidad concentrado o especializado por el cual no corresponde a la Jurisdicción ordinaria declarar la inconstitucionalidad de las Leyes, para hacer prevalecer el principio de primacía constitucional, sino que la revisión de las normas ordinarias, y en caso de contradicción con la Constitución su invalidación, se encomienda en exclusiva al Tribunal Constitucional, debiendo colaborar los Jueces y Magistrados a esta función cuestionando expresamente aquellas leyes que consideren contrarias a la norma fundamental, pero sin que puedan proceder a su inaplicación.

En consecuencia, por la vía casacional de la infracción de ley no puede interesarse la inaplicación de una Ley vigente y postconstitucional, decisión contraria a derecho que un órgano de la jurisdicción ordinaria no puede adoptar, sin perjuicio de plantear la pertinente cuestión de constitucionalidad si se estima procedente.

En cualquier caso, **ya hemos establecido y razonado que la LO 1/2014 no es contraria a la Convención de Ginebra, que no establece imperativamente un sistema de Jurisdicción Universal "in absentia".**

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

TRIGÉSIMOQUINTO.- El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley, alega vulneración de los arts. 637 y 641 de la Lecrim, por estimar que el sobreseimiento prevenido en la disposición transitoria última de la LO 1/2014, no se corresponde con ninguno de los modelos de sobreseimiento libre o provisional de la Lecrim.

El motivo debe ser desestimado por la misma razón anteriormente referida, ya que los preceptos citados como infringidos no tienen carácter sustantivo.

En cualquier caso, es claro que el sobreseimiento prevenido en la disposición transitoria única de la LO 1/2014, constituye una modalidad especial de sobreseimiento establecido en una norma con rango de ley Orgánica, que no tiene que corresponderse necesariamente con los requisitos prevenidos en la Lecrim para las modalidades de sobreseimiento en ella establecidas.

Se trata de una modalidad autónoma y específica de sobreseimiento que exige unas condiciones determinadas, que tiene un fundamento concreto, la falta de jurisdicción, y que tiene unos efectos similares al sobreseimiento provisional, pues, una vez archivado el procedimiento, si en algún momento posterior se constata que concurren los requisitos para activar la jurisdicción española en el delito enjuiciado, por ejemplo la presencia de los acusados en territorio español, el sobreseimiento quedará sin efecto, y el procedimiento puede reiniciarse.

La propia disposición transitoria establece que las causas "*quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella*".

TRIGÉSIMOSEXTO.- El quinto motivo, también por infracción de ley, alega vulneración de los arts. 267 de la Lecrim y 24 y 120 de la LOPJ.

Nuevamente debe desestimarse el motivo por referirse a normas procesales y no sustantivas. Se

refiere el recurrente a que solicitó una aclaración y no está satisfecho con la respuesta recibida. Lo cierto es que a través de una supuesta solicitud de aclaración lo que hace es plantear nuevos temas y cuestionar la resolución adoptada, por lo que el motivo, indebidamente encauzado, carece de fundamento.

TRIGÉSIMOSEPTIMO.- Los motivos de recurso sexto, séptimo, octavo, noveno, decimoprimer y decimosegundo, por infracción constitucional, pueden ser analizados conjuntamente, por suscitarse diversas vulneraciones constitucionales que en términos generales replantean las cuestiones de constitucionalidad suscitadas en el voto particular de la resolución impugnada.

En el referido voto se propone el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad contra la redacción del art. 23.4-a de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de igualdad por tratamiento discriminatorio de las víctimas nacionales de delitos de derecho internacional (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra).

Las dudas sobre la constitucionalidad de la reforma operada por la LO 1/2014 se plantean desde dos perspectivas:

1º) El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, que proscribe todo trato discriminatorio, en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en concreto del Legislador, que proclama el art. 9.2 CE, y 2º) El derecho a la tutela efectiva de los Tribunales del art. 24.1 CE por limitaciones injustificadas al derecho de acceso a la garantía jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de las víctimas nacionales al margen de la naturaleza del delito y de los intereses del Estado.

Se estima que la Ley discrimina y otorga un trato diferenciado a las víctimas en atención al tipo de delito, haciendo de peor condición a las víctimas de los crímenes más graves, los de derecho internacional (genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, aquellos que afectan a los valores esenciales de la Comunidad internacional, la paz, la seguridad y la prosperidad de los pueblos), requiriendo que el autor sea nacional o residente

habitual en España o que se encuentre en nuestro territorio, se haya pedido su extradición por un tercer Estado y se hubiere denegado, lo que a entender de los recurrentes carece de justificación en derecho y supone un acto arbitrario del Legislador.

Y en relación a la vulneración del derecho a la tutela de jueces y Tribunales, se invoca la doctrina del Tribunal Constitucional en las STC 237/2005 (Pleno) y 227/2007, que estima que en estos casos, el derecho a la tutela judicial no puede ser limitado, por vía interpretativa de los Tribunales, mediante la introducción de determinados criterios correctores por considerar que estos criterios no están amparados por la costumbre internacional y llevarían a una reducción contra legem, no solo del derecho a obtener tutela judicial, sino del propio principio de jurisdicción universal.

TRIGÉSIMOCTAVO.- Los motivos analizados no pueden ser estimados.

Por lo que se refiere a la supuesta vulneración del principio de igualdad el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha declarado que no toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 C.E., sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable.

Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según juicios de valor generalmente aceptados.

TRIGÉSIMONOVENO.- En el caso actual no se expresan con claridad los supuestos de contraste en los que se genera la desigualdad de trato con otras víctimas de delitos.

En realidad esta supuesta desigualdad no concurre porque la regulación de la Jurisdicción Uni-

versal constituye un régimen excepcional para la persecución de delitos cometidos en el extranjero. Delitos frente a los cuales, con carácter general, el resto de las víctimas no tienen derecho legalmente a una tutela específica por parte de los Tribunales españoles.

En efecto, los allegados a un español asesinado en Nueva York o en Londres no van a obtener respuesta alguna de los Tribunales españoles, pese a la gravedad del delito, pues la Jurisdicción española es territorial, y la competencia para la investigación y enjuiciamiento de estos delitos le corresponde a Estados Unidos o Gran Bretaña. Del mismo modo los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para el enjuiciamiento de los responsables de un delito de violación, cometido sobre una víctima española en Pekín o en Tokio. En consecuencia, ha de partirse de la base de que la jurisdicción extraterritorial es excepcional, basada en la naturaleza especial de los delitos a que se refiere. Y, como ya hemos señalado, esta Jurisdicción no tiene necesariamente que ser absoluta, pudiendo admitir limitaciones, en concreto respecto de la apertura de procedimientos "in absentia" contra extranjeros que han cometido delitos en el extranjero, y no se encuentran, ni siquiera transitoriamente, en territorio español.

CUADRAGÉSIMO.- Los criterios establecidos en la norma, especialmente la exclusión de persecuciones "in absentia", son razonables y coherentes con la regulación acogida en los países de nuestro entorno. Los supuestos en que se tutela de manera específica a las víctimas españolas, como en la tortura, se apoyan específicamente en el Convenio correspondiente.

Como ya se ha expresado, el art. 5º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, establece que todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre estos delitos cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción...; cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Asimismo **todo Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos**

en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción...

En consecuencia, las reglas que el Legislador aplica para la delimitación de la Jurisdicción Universal en materia de delitos de tortura están fundadas específicamente en lo establecido en el Convenio Internacional correspondiente. Podrán criticarse, por considerarlas excesivamente restringidas, pero no son arbitrarias, pues no responden a un mero capricho del legislador sino a un fundamento de derecho internacional reconocible y razonable.

Las reglas establecidas en la L.O. 1/2014 para la delimitación de la Jurisdicción Universal en materia de delitos de Genocidio no están fundadas específicamente en el Convenio porque éste no contiene una regulación concreta. Pero tienen una gran amplitud pues abarcan todos los supuestos, cualquiera que sea la nacionalidad de las víctimas, de los responsables, o el lugar de comisión del delito, sin incluir limitación alguna en razón de intereses nacionales. En consecuencia responden a los criterios esenciales de la Jurisdicción Universal (Jurisdicción extraterritorial, con independencia del lugar de comisión o de la nacionalidad del autor o de la víctima).

Solo establecen como única limitación la exclusión de la apertura de procedimientos "in absentia", que por la experiencia obtenida en la Audiencia Nacional después de treinta años de aplicación de la Jurisdicción Universal (1985-2015), no suelen conducir a la celebración de un juicio.

El único juicio celebrado en esta materia, caso Scillingo, STS 798/2007, de 1 de octubre, no se celebró gracias a una instrucción "in absentia", sino porque el acusado se encontraba temporalmente en España. Y se encontraba en España porque había acudido de forma voluntaria y no como consecuencia de una orden internacional de detención o un proceso de extradición, por lo que su enjuiciamiento también sería factible aplicando la regulación legal establecida actualmente en la L.O. 1/2014.

No está de más recordar que en el caso actual la efectividad del procedimiento, tras diez años de

instrucción, es prácticamente nula, pues incluso la Oficina de Asuntos Legales de la Secretaría General de INTERPOL, ha comunicado oficialmente, como consta en las actuaciones (folio 2.196) y destaca acertadamente el Ministerio Fiscal, que la cooperación en este caso a través de los canales de la organización “no estará en conformidad con las normas y estatutos de INTERPOL”. Y ello en aplicación de la Resolución de la Asamblea General AG-2010, RES-10, sobre cooperación con nuevas peticiones relacionadas con Genocidio, delitos contra la Humanidad y Crímenes de guerra, por lo que **las órdenes de detención no serán cursadas y toda la información será borrada de la base de datos de INTERPOL.**

Es decir, que los propios organismos internacionales que podían materializar la ejecución de la persecución de los supuestos autores de los hechos perseguidos fuera de nuestro territorio nacional, han rechazado el cumplimiento de las solicitudes formuladas por el Tribunal, apoyándose en criterios de la propia Asamblea General de la OIPC-INTERPOL, por lo que **el mantenimiento “sine die” de un procedimiento sin efectividad previsible, salvo en caso de desplazamiento temporal a España de los supuestos responsables, carece de razonabilidad.**

En esta resolución AG-2010-RES-10, se acuerda que las solicitudes relacionadas con estos delitos internacionales se atenderán en todo caso cuando procedan de Tribunales Internacionales o de entidades creadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pero se limita de forma drástica la cooperación cuando procedan de simples países miembros y se refieran a ciudadanos de otros países miembros. Con lo que, en la práctica, se niega la cooperación con procedimientos “in absentia” que no procedan de Tribunales ni Organismos Internacionales.

En consecuencia, no cabe apreciar que la normativa legal aplicada por la L.O. 1/2014 incurra en inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad, y tampoco por incurrir en arbitrariedad, o en normas de “ius cogens” de Derecho Internacional.

CUADRAGÉSIMOPRIMERO.- En el voto particular concurrente se llega a afirmar que la nueva

ley se desentiende de las víctimas españolas en los crímenes más graves, los de derecho internacional (Genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, aquellos que afectan a los valores esenciales de la Comunidad internacional, la paz, la seguridad y la prosperidad de los pueblos).

Esta afirmación carece del menor sustento. En efecto, en la regulación de la LO 1/2014, respecto del ejercicio de la Jurisdicción Universal en los crímenes más graves de derecho internacional (Genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad), las víctimas españolas gozan de la misma condición que cualesquiera otras víctimas, como es lógico en una jurisdicción que se establece en función de la naturaleza de los delitos y no de la nacionalidad de las víctimas.

Por el contrario, en relación con las víctimas de delitos comunes graves que no son de naturaleza internacional, asesinatos, lesiones graves, secuestros o violación, por ejemplo, las víctimas españolas de crímenes internacionales cometidos en el extranjero gozan de una tutela superior por parte de nuestra Jurisdicción, pues como ya se ha señalado, en estos casos solo es competente la jurisdicción territorial del lugar de comisión de los hechos delictivos, y ordinariamente no puede intervenir la jurisdicción española.

En consecuencia, no responde a la realidad afirmar que la norma se desentiende de las víctimas españolas en los crímenes internacionales, pues les otorga el mismo tratamiento que a las víctimas de cualquier otro país, y un tratamiento más favorable que a las víctimas españolas de otras modalidades delictivas.

CUADRAGÉSIMOSEGUNDO.- Por lo que se refiere a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por limitaciones excesivas al acceso a la jurisdicción universal,, al vulnerar la LO 1/2014 la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en las STC 237/2005 (Pleno) y 227/2007, ya hemos señalado que el Tribunal Constitucional no anuló la STS 327/2003 por no ser respetuosa con unos supuestos principios inmanentes de la jurisdicción universal, que no disponen de apoyatura específica en la CE, sino porque consideró que se había vulnerado el principio “pro actione”, al establecer la sentencia anulada

criterios restrictivos de admisión que excluían dicha Jurisdicción en supuestos que el propio Tribunal Constitucional estimaba claramente incluidos **en la norma legal vigente en aquella fecha.**

El Tribunal Constitucional señaló en la STS 237/2005, que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, quedó menoscabado en el caso enjuiciado porque una interpretación acorde con el "telos" del precepto (art. 24 3º LOPJ, en su redacción inicial) conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio "pro actione", y **porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el art. 24.1 CE.**

Però no se opuso a la incorporación de criterios limitadores, por vía legislativa. Y eso es lo que ha realizado el Legislador, de forma precipitada y con carácter ciertamente restrictivo, es cierto, pero que a nuestro juicio no incluye limitaciones arbitrarias, que puedan incurrir en inconstitucionalidad, como ya se ha razonado. **Y son limitaciones que encuentran su fundamento tanto en la práctica de otros países de nuestro entorno, como en la escasa o nula efectividad que la experiencia ha demostrado que alcanzan los procedimientos de jurisdicción universal contra responsables que no se encuentran en territorio español.**

Y, en consecuencia, a los únicos efectos de resolver los motivos de casación interpuestos, sin pretender realizar un pronunciamiento definitivo de constitucionalidad que no nos compete, debemos desestimar las alegaciones de los recurrentes que denuncian vulneración de precepto constitucional.

CUADRAGÉSIMOTERCERO.- En relación con las alegaciones de inconstitucionalidad fundadas directamente en referencias al derecho internacional consuetudinario, es procedente recordar lo expresado por esta Sala en su sentencia de 1 de octubre de 2007, sobre el caso Scilingo:

"Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución.

Se han traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra la Humanidad, y genocidio. La definición de estos delitos no siempre ha alcanzado la necesaria precisión, sobre todo en cuestiones relativas a algunas de sus modalidades y concretamente respecto del crimen de agresión, pero la esencia de las conductas prohibidas más relevantes en cuanto se refieren a la violación de los derechos Humanos individuales ha quedado suficientemente establecida. Se trata de hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares, siempre ejecutados, como se ha dicho, desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o de una organización similar, que son aprovechadas por los autores no solo para facilitar la ejecución sino también para procurar la impunidad. Generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas vinculadas de alguna forma al ejercicio abusivo, y por lo tanto ilegítimo, del poder.

Las referencias a estas conductas en el Derecho Internacional Penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de derecho interno. Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Maertens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad

de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza.

Aunque el elemento de contexto, que caracteriza a estos delitos frente a las infracciones comunes, se identificó en un principio, y por razones obvias, (Acuerdo de Londres y Estatuto del Tribunal de Nuremberg) con un nexo de guerra, pronto fue abandonada tal configuración. Ya en la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia [Artículo 1.b)] a los crímenes de lesa humanidad "cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, ...". Pronto fue sustituido, ya en algunas sentencias de Tribunales alemanes que después de la Segunda Guerra Mundial aplicaron la Ley del Consejo de Control nº 10, por la valoración de un elemento de poder o supremacía en el autor, vinculado con el poder del Estado o de una organización similar, que le permita actuar a gran escala. Aunque aparece posteriormente en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el propio Tribunal lo ha interpretado como un requerimiento de su jurisdicción y no como un elemento del crimen contra la Humanidad, tal como ya resultaba de la citada Convención de 1968. Esta misma línea interpretativa ha sido seguida después por Tribunales nacionales. Así, el Tribunal Supremo francés en 1985, en el Caso Barbie; la Corte Suprema holandesa en 1981, en el Caso Menten; o la Corte Suprema de Canadá en 1994, en el Caso Finta. Tal exigencia tampoco aparece en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En la actualidad, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, tampoco exige un nexo de guerra en la definición de los crímenes contra la Humanidad. Estas consideraciones relacionadas con su origen permiten reconocer a estas normas, en cuanto constituyen las bases normativas para la protección de los Derechos Humanos, algunos efectos diferentes a los de otras que también forman parte del Derecho Internacional Penal, pero que vienen referidas a la persecución internacional de otras conductas delictivas previamente contempladas a nivel interno y que solo posteriormente han sido incorporadas a instrumentos internacionales.

4. Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas.

En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones.

En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas conforme al "derecho" nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales

del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales.

De todos modos, el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI.

Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa.

De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles”.

El criterio de que los Tribunales españoles no obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento, ya establecido por este Tribunal Supremo, debe reafirmarse en el caso actual, desestimando en consecuencia la alegaciones de inconstitucionalidad, y remitiendo el ámbito de nuestra jurisdicción en esta materia a lo establecido por el Legislador en la LO 1/2014.

CUADRAGÉSIMOCUARTO.- El décimo motivo alega vulneración constitucional, por indefensión, al no haber recibido la parte recurrente la

debida información sobre recursos respecto del auto de conclusión del sumario.

El motivo carece de fundamento pues no cabe apreciar indefensión alguna, en sentido material. El recurrente no estaba en ese momento procesal constituido en parte, pese a lo cual interpuso un recurso de reforma, que no fue admitido. La posibilidad de interesar la revocación de la conclusión del sumario es irrelevante, pues careciendo el órgano judicial de jurisdicción no puede continuar tramitación alguna siendo procedente concluir el sumario, y elevarlo a la Audiencia para su sobreseimiento, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria única de la LO 1/2014.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de los recursos de casación interpuestos, con imposición de las costas a los recurrentes, por ser preceptivas.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por **EL COMITÉ DE APOYO AL TIBET, FUNDACIÓN CASA DEL TIBET y por D. Emiliano Patricio**, contra auto de fecha 2 de julio de 2.014, dictado por la Audiencia Nacional Pleno de la Sala de lo Penal, que acordó el sobreseimiento y archivo de la causa contra los querrelados Primitivo Jesús, Miguel Prudencio, Sixto Fidel, Rómulo Jenaro Y Jon Armando. Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por **D. Rogelio David e INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS SRI AUROBINDO**, contra el anterior auto. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Cándido Conde Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de

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

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

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

DOMINGO GARBAJO

Inspector de Hacienda

(Tol 5173573)

Cabecera: Procedimientos tributarios. Comprobación e inspección. Duración de las actuaciones inspectoras. Ampliación. Motivación del acuerdo de ampliación. Grupo consolidado Impuesto sobre sociedades. Beneficios fiscales. Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios. Sólo se aplica cuando los bienes transmitidos pertenezcan al inmovilizado y están afectos a la actividad económica de la empresa. Resulta irrelevante la intención inicial cuando fueron adquiridos y su contabilización, si, en realidad, no han estado afectos a la actividad empresarial. Empresa comercial que dedica los terrenos a actividad agropecuaria. Principio de seguridad jurídica. Doctrina de los actos propios. Doctrina jurisprudencial.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: Joaquín Huelín Martínez de Velasco

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 08/06/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Segunda

Número Recurso: 1307/2014

I. SÍNTESIS

Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de 8 de junio de 2015, en el recurso de casación número 1307/2014, presentado por la entidad EL CORTE INGLÉS, S.A. y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional (en adelante, AN), el 13 de febrero de 2014, en materia de liquidación del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS), régimen de declaración consolidada, de los ejercicios 2002 a 2005, ambos inclusive.

El fallo del recurso de casación estima en parte la demanda formulada por EL CORTE INGLÉS, S.A. y desestima el recurso planteado por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, reconociendo, en primer lugar, el derecho de la entidad a gozar del beneficio fiscal de la corrección monetaria y de la deducción por reinversión de beneficios extraordinaria para la compraventa de terrenos del centro logístico que la sociedad posee en el

término municipal de Valdemoro, Madrid; confirma, en segundo término, la SAN y reconoce idéntico beneficio fiscal para las transmisiones de terrenos en Sanchinarro y, por el contrario, lo deniega para la venta de locales en Zaragoza.

Sin embargo, lo esencial del recurso de casación, a nuestro entender, es que confirma también la SAN en materia de procedimiento inspector.

La SAN recurrida había denegado la pretensión de EL CORTE INGLÉS, S.A., de declarar prescrito el procedimiento de inspección tributaria por carecer de motivación y ser nulo de pleno derecho el expediente de ampliación de plazo de las actuaciones inspectoras a 24 meses.

Se debaten, en consecuencia, dos materias tributarias:

- a) La relativa a la duración de las actuaciones inspectoras y los requisitos que ha de reunir el trámite para ampliar el plazo de las mismas, del general de 12 meses a 24 meses.

En este sentido, la STS reitera jurisprudencia anterior y considera adecuadamente motivado el trámite de ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras.

- b) La vinculada al IS, concretamente, los requisitos necesarios de determinados bienes y derechos para gozar del beneficio fiscal de reinversión de beneficios extraordinarios.

En este terreno, la STS señala que este incentivo tributario se aplica cuando los bienes transmitidos pertenezcan a la inmovilizado de la empresa y estén afectos a la actividad económica de la misma, cuestión esta última que no depende de la intención de la entidad o de la contabilización de los inmuebles sino de si, en realidad, los citados elementos patrimoniales han permanecido afectos a la actividad económica.

Por último, además de los argumentos jurídicos centrados en la normativa tributaria general y especial del IS, se exponen diferentes aspectos y principios del Derecho Administrativo Común, por ejemplo, la aplicación del principio de confianza legítima en las relaciones entre las Administraciones Públicas (en adelante, AAPP) y los ciudadanos y la doctrina de los actos propios.

II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

1. Antecedentes de hecho

Tanto EL CORTE INGLÉS, S.A., como la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, impugnan la SAN, dictada el 13 de febrero de 2014 por la Sección

Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, la cual había estimado en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por EL CORTE INGLÉS, S.A., contra la resolución administrativa previa de 20 de diciembre de 2010 del Tribunal Económico-Administrativo Central que declaró no había lugar a la reclamación 5051/09, instada por la mencionada compañía frente a la liquidación practicada el 15 de septiembre de 2009 por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (en adelante, DCGC) de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT), relativa al IS, régimen especial de declaración consolidada, ejercicios 2002 a 2005, ambos inclusive.

En la sentencia se planteaban las siguientes cuestiones:

- a) La motivación o no del acuerdo de ampliación a 24 meses de las actuaciones inspectoras que la SAN había calificado como motivado, pues el acuerdo de ampliación de la Inspección Actuarial indicaba hasta 5 causas diferentes para sustentar la complejidad del procedimiento, el expediente administrativo sustentaba tal complejidad y, además, la empresa no se había opuesto a tal ampliación, no habiendo alegado la nulidad del acuerdo en el momento procesal oportuno, el trámite de audiencia.
- b) La aplicación de los beneficios fiscales de la corrección monetaria y la existencia de un crédito de impuesto por reinversión de beneficios extraordinarios para tres diferentes operaciones, concretamente:
 - a. Transmisiones efectuadas por Hipercor, S.A., de una serie de fincas, sobrantes de una operación urbanística compleja en la zona de Sanchinarro de Madrid.

En esta transmisión, la DCGC de la AEAT afirmaba que las fincas transmitidas se habían adquirido desde el primer momento con el propósito de venderlas, es decir, que su calificación contable era la de existencias, no pudiendo gozar de un beneficio fiscal limitado a la transmisión de bienes del inmovilizado; mientras que la entidad mencionaba, por el contrario, que estas fincas se adquirieron con la clara intención de construir un Centro Comercial y que, como consecuencia de diferentes avatares en el sistema de gestión urbanística de la zona, se produjeron sobrantes, los cuales fueron, posteriormente, vendidos y a cuyas transmisiones se aplicó el crédito fiscal.

La SAN concluía que no ofrecía duda la intención de la sociedad Hipercor, cuando adquirió las fincas, de destinarlas a la construcción de un Centro Comercial y que todos los terrenos estaban afectos a la explotación económica, por lo cual deberían gozar del beneficio fiscal, frente a la tesis administrativa.

Por otra parte, en este supuesto, la SAN aplicó la doctrina de los actos propios, porque la AEAT, en autoliquidaciones del IS por parte de EL CORTE INGLÉS, S.A. de los períodos 2000-2001 y 2001-2002, en transmisiones de terrenos excedentarios del proyecto de construcción del Centro de Sanchinarro, en idéntica situación fáctica y contable, aceptó la aplicación a estas operaciones de los beneficios fiscales de corrección monetaria y deducción por reinversión, por lo cual la Administración no puede utilizar criterios diferentes en situaciones iguales.

b. Transmisión por EL CORTE INGLÉS, S.A., de terrenos en Valdemoro, Madrid, los cuales estaban destinados a un uso residencial, pero que la empresa dedicaba a una actividad agrícola y ganadera de carácter muy residual y ajena a la actividad principal de la entidad.

Por ello, la SAN entiende que tales fincas no estaban afectadas a la actividad empresarial de la sociedad recurrente, con independencia de su calificación contable y, en consecuencia, no podían gozar de los beneficios fiscales de la deducción por reinversión.

c. Transmisión de unos locales en Zaragoza por EL CORTE INGLÉS, S.A., porque del expediente administrativo se deducía que era otra sociedad la que, efectivamente, utilizaba los inmuebles para su uso, por lo cual no podía aceptarse que tales inmuebles se hallaban afectos a la actividad económica de la sociedad.

Frente a esta SAN, se plantean los recursos de casación de EL CORTE INGLÉS Y LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, cuyos argumentos se exponen, clasificándolos en atención a las cuestiones debatidas.

2. Sobre la motivación del trámite de ampliación de las actuaciones inspectoras

Sin ningún género de dudas, el tiempo en las actuaciones inspectoras y sus efectos, en particular, sobre la prescripción, constituye el problema doctrinal y jurisprudencial más relevante del procedimiento de Inspección tributaria, procedimiento de aplicación de los tributos cuya regulación básica se encuentra contenida actualmente en el Capítulo IV. *Actuaciones y procedimientos de inspección*, del Título III. *La aplicación de los tributos*, artículos 141 a 159, ambos inclusive, de la norma básica del Ordenamiento Tributario, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) y en el Título V. *Actuaciones y procedimiento de inspección*, artículos 166 a 197, ambos inclusive, del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de

gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante, RGAT)¹.

De por sí, ya resulta enormemente significativo y criticable que sea un asunto formalista: el procedimiento de cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras y las normas para extenderlo, el núcleo central de la mayoría de las reclamaciones ante las actuaciones inspectoras; sobre todo, si tenemos en cuenta que, al tratarse de una cuestión procesal, nuestros Tribunales lo primero que analizan es este asunto, lo cual conlleva que, en muchos supuestos, carezcamos de jurisprudencia y doctrina consolidada respecto a lo mollar del procedimiento inspector, es decir, la regularización de las autoliquidaciones tributarias presentadas por el contribuyente.

Por otro lado, es tal el cúmulo de problemas planteado por esta cuestión secundaria y formal que, en el marco de la propuesta modificación parcial de la LGT, ahora a debate en el Congreso de los Diputados, en vez de plantearse nuestro legislador y la opinión pública si nuestro procedimiento inspector responde a las necesidades que la lucha contra el fraude fiscal demanda y la eficacia y eficiencia de la AEAT requiere², lo cierto es que la reforma de la LGT se ha centrado, básicamente, en lo que hace referencia al procedimiento de inspección tributaria, en delimitar nuevamente el plazo de las actuaciones inspectoras, tratando de acabar con la interminable polémica relativa a las causas que justifican su interrupción: períodos de interrupción justificada, artículo 103 RGAT o dilaciones por causas no imputables a la Administración, artículo 104 RGAT³.

El artículo 150 LGT regula el plazo de las actuaciones inspectoras y, en su apartado 1, introduce como regla general que “...deberán concluir en el plazo de 12 meses contado desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del mismo...”⁴, pero para las actuaciones inspectoras de “especial complejidad”, el segundo párrafo del artículo 150.1 LGT prevé la extensión del citado plazo hasta 24 meses.

¹ Aunque en este sentido, al tratarse de una materia común a la aplicación de los tributos, adquieren también especial relevancia los artículos 102, 103 y 104 del RGAT.

² En general, remitimos al lector a nuestro artículo: “La inspección tributaria: práctica frente a legalidad”, *Revista Contable*, n.º 7, enero de 2013, páginas 106 a 110.

³ *Passim*. Juan Lozano, Ana María. “La regulación del plazo de inspección prevista en el anteproyecto de modificación de la Ley General Tributaria. Sobre la búsqueda de la reducción de litigiosidad, seguridad jurídica y eficacia sin menoscabo de garantías”, *Crónica Tributaria*, n.º 153/2014, páginas 177-220.

⁴ Sobre las notificaciones tributarias, su constancia y fehaciencia (asunto nada baladí) el propio artículo 150.1 LGT remite seguidamente a la regulación del artículo 104.2 LGT.

Ahora bien, la citada ampliación ha de ejecutarse mediante un procedimiento, “...con el alcance y requisitos que reglamentariamente se determinen...” y puede producirse, sólo si se dan una serie de causas que advernen la existencia de tal complejidad.

Estas causas se expresan en las letras a) y b) siguientes del artículo 150.1 LGT e importa especialmente las que “...*revistan especial complejidad...*”, letra a). A este respecto, frente a la indeterminación que supone tal concepto jurídico indeterminado, la LGT sólo nos indica:

“...Se entenderá que concurre esta circunstancia atendiendo al volumen de operaciones de la persona o entidad, la dispersión geográfica de sus actividades, su tributación en régimen de consolidación fiscal o en régimen de transparencia fiscal internacional y en aquellos otros supuestos establecidos reglamentariamente.” (El subrayado es nuestro).

En suma, un elenco de conceptos que, salvo el subrayado, carecen de precisión y, además, han de ser objeto de desarrollo reglamentario, lo cual da pie a la correspondiente interpretación y debate de posturas entre la Administración tributaria y el obligado tributario.

Por último, lo que también señala expresamente el artículo 150.1 LGT en su último párrafo, es que:

“Los acuerdos de ampliación del plazo legalmente previsto serán, en todo caso, motivados, con referencia a los hechos y fundamentos de derecho”.

Por su parte, la normativa reglamentaria correspondiente a la ampliación del plazo de duración del procedimiento de inspección se encuentra en el artículo 184 RGAT.

Pues bien, en nuestro recurso de casación, lo que hace la demandante privada, EL CORTE INGLÉS, S.A., es negar que el procedimiento de ampliación de plazo de las actuaciones inspectoras, instado oportunamente por la DCGC de la AEAT, estuviese suficientemente motivado y fueran justificadas las causas de ampliación.

La DCGC exponía como causas que sustentaban la ampliación del plazo de actuaciones inspectoras:

1. El volumen de operaciones del grupo consolidado 8/88, al superar el importe requerido para la obligación de auditar cuentas,
2. Constituir el citado grupo un sujeto pasivo que tributa en el régimen fiscal especial de consolidación del IS,
3. La vinculación con entidades no residentes,
4. La dispersión geográfica de la entidad y
5. El volumen del personal y la variación en la contratación del mismo.

En realidad, lo que critica la parte privada demandante, es que la exposición de estos supuestos de “especial complejidad” para extender a 24 me-

ses el plazo de las actuaciones inspectoras se expone de manera puramente formalista, sin que en el documento presentado por la Inspección Tributaria se detallen, justifiquen o comenten el contenido de las mismas.

Lo que se critica, por lo tanto, es el automatismo del procedimiento, pues bastaría que la Inspección Tributaria mencionase de manera literal las causas expuestas en el art. 150.1 LGT o en el art. 184.2 RGAT, para que se ampliara el plazo, sin que la Inspección Tributaria motivase o justificase en qué medida tales circunstancias conllevan una especial dificultad para llevar a cabo las actuaciones de comprobación inspectora.

A título de ejemplo, señala que, si bien EL CORTE INGLÉS S.A. dispone de centros comerciales y realiza actividades empresariales por todo el territorio nacional, las actuaciones inspectoras se desarrollaron todas en Madrid, por lo cual el motivo de la “dispersión geográfica” carece de relevancia para ampliar la duración del procedimiento de inspección.

Un elemento importante a añadir a este debate es que, frente a lo regulado en la LGT y en el RGAT, el interesado no presentó alegaciones ante la notificación del acuerdo de ampliación, aunque en sus argumentos del recurso de casación califica esta ausencia de intervención de la parte privada en el trámite de audiencia como algo irrelevante, pues la misma no puede convalidar del defecto de la ausencia de causas objetivas para ampliar el plazo del procedimiento inspector a 24 meses.

Por su parte, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO se opone al recurso de la empresa en este punto, porque para ella resulta absolutamente relevante que la recurrente no formulara alegación alguna cuando se le notificó la propuesta de ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras, convalidando de esta manera la validez y eficacia de la misma.

Además, intenta exponer la defectuosa técnica casacional del recurso planteado por EL CORTE INGLÉS, S.A., aunque parece claro que se trata de un argumento *pro abundantia*, cláusula de estilo, carente de verdadera justificación, como luego reconoce la propia STS.

Pues bien, el Tribunal Supremo en este asunto (motivación en el procedimiento de ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras), tras exponer con detalle los hechos del procedimiento inspector y el contenido de las Actas firmadas: dos, una, firmada en conformidad y la otra, en disconformidad, por parte del grupo de empresas cuya entidad dominante es EL CORTE INGLÉS, S.A., centra su Fundamento de Derecho Tercero en la relevancia del plazo de duración de las actuaciones inspectoras.

Nuestro TS reitera su doctrina anterior, así indica que el plazo general de 12 meses es un principio general, por lo cual, la ampliación del mismo ha de interpretarse de manera restrictiva, no gozando la Administración de una

potestad discrecional al respecto sino que, sólo cuando aprecie la existencia de causas de especial complejidad en el procedimiento inspector y las mismas se encuentren adecuadamente motivadas, es cuando la duración del procedimiento puede extenderse a 24 meses.

Es más, no basta la mera concurrencia de las causas señaladas en la LGT para ampliar el plazo, sino *“...que resulta preciso justificar en cada caso concreto esa complejidad, que, además, ha de ser ‘especial’. En otras palabras, deben explicitarse las razones que impulsan a la ampliación... En suma, la decisión ha de ser motivada...”*.

Y en esa motivación, o la falta de ella, es en la que se encuentra el núcleo del debate jurídico, porque *“...no es suficiente la concurrencia abstracta, meramente formal si se prefiere, de alguna de las situaciones previstas en la ley, siendo obligado analizar y explicitar en el acuerdo de ampliación por qué las actuaciones de comprobación e investigación son ‘especialmente complejas’”*.

Y a ello dedica el TS el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia y, tras exponer que el hecho de que el contribuyente haya solicitado once aplazamientos de la actuación inspectora, no supone *per se* la complejidad del expediente, al no haber existido interrupciones justificadas ni dilaciones no imputables a la Administración; llega, sin embargo, a la conclusión de que el acuerdo de ampliación de actuaciones inspectoras de la DCGC estaba suficientemente motivado, no sólo por lo inscrito en el propio acuerdo, sino por el conjunto de actuaciones realizadas que reflejan la especial complejidad del procedimiento inspector llevado a cabo sobre el grupo fiscal cuya entidad dominante es EL CORTE INGLÉS, S.A.

La justificación viene dada, asimismo, por una de las causas expuestas en el escrito de la inspección, concretamente, el que se trate de un grupo consolidado con un alto volumen de operaciones, precisamente, uno de los casos en que el legislador presupone la especial complejidad, artículo 150.1, a) LGT.

También el TS da una especial transcendencia a que EL CORTE INGLÉS, S.A. (a pesar de que intenta no darle importancia al asunto), no se opusiera a la ampliación del plazo de actuaciones inspectoras y *“...y que firmara un acta de conformidad sin poner la menor objeción a la ampliación y su motivación, guardando silencio también en el trámite de alegaciones frente al acta de disconformidad y sin que, en fin, suscitara la cuestión en la vía económico-administrativa...”*.

En suma, el TS rechaza los argumentos de EL CORTE INGLÉS S.A. en este asunto y declara motivada la ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras a 24 meses.

3. Cuestiones relativas a la corrección monetaria y la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios

A) Nota previa

Se trata de los dos últimos motivos del recurso de casación de EL CORTE INGLÉS, S.A. y el único formulado por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

La empresa discute la SAN, en cuanto ratifica la decisión administrativa de negar los beneficios fiscales en relación con la venta de terrenos de Valdemoro y de locales comerciales en Zaragoza.

La Administración Pública la combate, en lo que respecta al reconocimiento de estos incentivos tributarios en la SAN para las enajenaciones de suelo en Sanchinarro.

El marco normativo a tener en cuenta está constituido por el artículo 36 ter de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 24/2001, para los ejercicios 2002 y 2003, y los artículos 15 al 42 TRLIS, más las disposiciones reglamentarias subsiguientes.

Como hemos señalado *up supra*, lo que se discute, es la aplicación de la corrección monetaria y de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios a la transmisión de tres inmuebles, centrándose la argumentación del TS en los Fundamentos de Derecho Quinto y siguientes.

B) Transmisión de terrenos en sanchinarro

Respecto la transmisión de los terrenos sobrantes del Programa de Actuación Urbanística de Sanchinarro, Madrid, adquiridos por Hipercor, entidad integrada en el grupo consolidado fiscal dominado por EL CORTE INGLÉS, S.A., para construir un centro comercial en dicho barrio madrileño, el TS es contundente al rechazar los argumentos de la DCGC, tendentes a considerar tales transmisiones como ajenas a la actividad empresarial y, en consecuencia, calificables como transmisión de existencias.

El TS reitera que la naturaleza de tales inmuebles es la inmovilizado, ya que desde su adquisición han quedado afectos a la actividad económica de la compañía y que su venta responde a una circunstancia excepcional, independiente de la voluntad empresarial, motivada por el cambio de método de gestión urbanística de la zona (que pasó del régimen de expropiación al de compensación).

Es irrelevante para gozar del beneficio fiscal el destino inicial que la revente pretendiera darle al inmueble, pues el dato esencial es el destino efectivo del mismo y éste fue un uso duradero, permanente, vinculado al giro

empresarial, habiéndose incorporado tales terrenos al proceso urbanizador necesario para construir el Centro Comercial.

También es significativo para rechazar la tesis administrativa el que, en inmuebles similares y ejercicios anteriores, la AEAT aceptase la aplicación del beneficio fiscal a operaciones similares del grupo EL CORTE INGLÉS, S.A., por lo que sería aplicable la doctrina de los actos propios.

C) Enajenación de locales sitos en Zaragoza

El TS, en este punto, ratifica la SAN y la tesis administrativa, en consecuencia, la de negar la aplicación de estos beneficios fiscales para la transmisión de unos locales situados en Zaragoza, pues queda claro que tales inmuebles eran utilizados por otra sociedad, Fanjul PI, S.L., y no por EL CORTE INGLÉS, S.A., mediante un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, no estando afectos a la actividad empresarial de la vendedora.

Nuevamente, el TS centra su tesis (Fundamento de Derecho Séptimo, tercer párrafo, *in fine*) en que:

“...resulta irrelevante el destino inicial que se pretendiese dar a los bienes enajenados, siendo el dato determinante si fueron destinados efectivamente a un uso duradero en relación con el giro de la compañía”.

D) Transmisión de terrenos en valdemoro

Respecto de la venta de unos terrenos en Valdemoro, Madrid, el TS indica que fueron adquiridos en 1973 para la creación y expansión de un centro logístico de EL CORTE INGLÉS, S.A., pero por razones diferentes y, mientras no se necesitaban para tal actividad económica, fueron utilizados para la realización de actividades agrícolas, las cuales son residuales y muy marginales en los negocios de la entidad, habiéndose contabilizado como inmovilizado.

Para el TS, el hecho de que tales bienes se contabilizasen como inmovilizado y que se destinasen a la actividad agraria, no permite, sin embargo, dotar a su transmisión de los beneficios fiscales, pues la actividad agrícola, aun constituyendo una actividad económica, no constituye la actividad de EL CORTE INGLÉS, por lo que la naturaleza de tales bienes es la de existencias y, por lo tanto, no podrían, en principio, por razones jurídicas sustantivas, gozar de estos beneficios fiscales⁵.

⁵ El TS indica, asimismo, que la interpretación de los beneficios fiscales ha de ser siempre restrictiva, tal y como señala el artículo 14 LGT.

Ahora bien, en relación a estos inmuebles, la entidad recurrente formula también en su recurso, el argumento de que la Administración del Estado ha atentado a los principios de seguridad jurídica, artículo 9.3 CE y de confianza legítima, artículo 3.1. de la LRJAP-PAC, pues indica que la DCGC y la AEAT en general no habían negado a estos terrenos la calificación de inmovilizado, a efectos, por ejemplo, de aplicarles la actualización de balances del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio.

Pues bien, el TS (Fundamento de Derecho Noveno) da la razón a la entidad en este argumento, pues “...la doctrina de los actos propios y el principio de seguridad jurídica que sirve, proclamado al más alto nivel por el artículo 9.3 de nuestra Constitución e invocado repetidamente en la Ley General Tributaria de 2003, impiden adoptar una solución distinta...”.

Sentencia de ocho de junio de dos mil quince

En la Villa de Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados relacionados al margen, ha visto los recursos de casación que, tramitados con el número 1307/14, han interpuesto EL CORTE INGLES, S.A., representada por el procurador don César Berlanga Torres, y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2014 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 73/11, relativo a la liquidación del impuesto sobre sociedades, régimen de declaración consolidada, de los ejercicios 2002 a 2005.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La sentencia impugnada estimó en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por El Corte Inglés, S.A. (“El Corte Inglés”, en lo sucesivo), contra la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central el 20 de diciembre de 2010. Esta resolución administrativa de revisión declaró que no había lugar a la reclamación 5051/09, instada por la mencionada compañía frente a la liquidación practicada el 15 de septiembre de 2009 por la

Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por el impuesto sobre sociedades (régimen de declaración consolidada) de los ejercicios 2002 a 2005, ambos inclusive.

A los efectos de este recurso de casación, la sentencia recurrida trata las siguientes cuestiones:

(A) Motivación del acuerdo de ampliación de las actuaciones inspectoras (FJ 4º). Tras reproducir el contenido de dicho acuerdo y acogerse a la sentencia de este Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2011 (casación 6688/09), razona que:

“En atención a lo expuesto, y habida cuenta de que, el supuesto contemplado en la sentencia del Alto Tribunal, ofrece algunos rasgos comunes con el aquí enjuiciado, considera la Sala que debe desestimarse la demanda en este extremo, y entender que el acuerdo de ampliación de las actuaciones inspectoras a 24 meses, y las cinco causas que se mencionan en el Acuerdo son suficientes para considerarle como debidamente motivado.

No se puede negar la complejidad a un expediente de tales dimensiones en donde era necesario analizar múltiples compraventas, y aportar numerosa documentación, a lo que es preciso añadir que el propio recurrente en 11 ocasiones

solicitó aplazamientos, lo que es un dato significativo de la magnitud del expediente, y si bien tal solicitud es un derecho que la ley le confiere, ello no puede repercutir en perjuicio de la Administración, que entonces ve notablemente mermado el plazo de 12 meses establecido.

A lo expuesto, también procede señalar que, como el Abogado del Estado apunta en su escrito de contestación, la actora tuvo oportunidad de oponerse a dicha ampliación y sin embargo nada adujo en el momento procesal oportuno, por lo que resulta un tanto contradictorio su impugnación en esta vía jurisdiccional, cuando tuvo varias oportunidades de hacerlo tanto en la vía de gestión como la previa de reclamación económico administrativa.

Por todo ello, debe decaer este primer motivo de impugnación”.

(B) Corrección monetaria y deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

Se analizan tres operaciones distintas.

(a) Transmisiones efectuadas por Hipercor, S.A. (“Hipercor”, en lo sucesivo), en el barrio Sanchinarro de Madrid (FJ 8º):

“[...] Sin embargo, no se comparte por la Sala tal afirmación en los términos en que se expresa el Acuerdo de liquidación. En efecto en el propio Acuerdo y en sus antecedentes de hecho, se expone detalladamente, cómo la entidad Hipercor, entre los años 1993 y 1995, procedió a adquirir una serie de fincas rústicas, todas ellas enclavadas en el PAU Sanchinarro, gestionado por el Ayuntamiento de Madrid, mediante el sistema de expropiación y que en virtud del Convenio entre la Comisión Gestora del PAU e Hipercor, firmado el 22 de abril de 1997, esta entidad se incorpora a la Comisión gestora de la Junta, cuya extensión superficial era de 478.090 m2 y en la que el aprovechamiento correspondiente a los terrenos aportados por Hipercor se adjudicarían en un 62,03 % a Parcela T-3 con uso comercial de gran superficie, otra parte a uso terciario de oficinas (parcela T-1) y el resto con arreglo a los criterios que se establezcan para la aprobación del Proyecto de Compensación.

Por otro lado, y en relación a otra parcela, que inicialmente era propiedad de la entidad Al-

tos del Retiro, que a su vez había suscrito un Convenio urbanístico con el Ayuntamiento en 1990, dicho Convenio se modifica en 1995 adjudicando a dicha sociedad el aprovechamiento urbanístico de 25.885,76 m2 de edificabilidad para materializarse en el PAU de Sanchinarro. La entidad Altos del Retiro se disuelve sin liquidación en marzo del año 2000, transmitiendo todos sus activos y pasivos a Hipercor, que el 25 de mayo de 2000, suscribe un nuevo Convenio con el Ayuntamiento de Madrid, materializando el aprovechamiento urbanístico sobre una cuota indivisa del 37,97% de la parcela T-3 del proyecto de Compensación del PAU Sanchinarro, cuyo porcentaje, sumado al 62,03 % ya adjudicado conforma el 100% de la parcela T-3 sobre la que se asienta el Centro Comercial.

Y en fecha 6 de junio de 2001, la Junta de Compensación del Pau Sanchinarro adjudicó a Hipercor fincas en un total de 130.790,03 metros cuadrados de edificabilidad y unas unidades de aprovechamiento de 165.367,18 m2. Según consta en el Acuerdo de liquidación, algunas parcelas resultantes de dicha adjudicación fueron objeto de enajenación y los beneficios obtenidos se acogieron a la deducción controvertida. Los hechos relacionados y que han sido extraídos del Acuerdo de liquidación, coinciden sustancialmente con lo expuesto en el escrito de demanda, en que se admitía que la inicial compra de un total de 478.090 m2 de superficie de suelo bruto, resultaba necesario para conseguir una edificabilidad comercial de 53.508,22 m2 y que con el cambio del sistema de expropiación al de compensación en 1996, aportó todos los terrenos a la Comisión Gestora, recibiendo a cambio las parcelas descritas en donde la superficie de edificabilidad que se asignaba al centro Comercial, 55.000 m2 era la misma aproximadamente que resultaba atribuible en virtud de las compras de terrenos inicialmente efectuadas.

La Sala, a la vista de lo anterior, de la cronología de las compras de las fincas y los sucesivos acontecimientos y calificaciones urbanísticas que las afectaron, considera que no se puede afirmar con la rotundidad que lo hace la Administración, que el destino inicial de las fincas adquiridas fue-

ra desde un primer momento, el de su posterior venta, pues parece bastante evidente, a raíz de los hechos constatados, que dichas adquisiciones se hicieron con la clara intención de construir un Centro Comercial, como así se hizo, para lo que era preciso adquirir una determinada superficie y que por los distintos avatares de índole urbanística a los que devinieron sometidas las parcelas, finalmente a Hipercor se le adjudica una determinada superficie para edificar el centro Comercial y el resto para otros usos, siendo estas últimas fincas las que se transmiten.

Así consta con toda claridad en contrato de 15 de enero de 1993 entre Hipercor S.A. y Promotora S.A., entidad que se comprometía a ceder los derechos suscritos a su favor de opción de compra sobre distintas fincas y en cuya cláusula sexta, se prevé la resolución de dicho contrato en caso de que no se aprobara definitivamente el PAU o para el caso de que se redujese el aprovechamiento urbanístico previsto y fuera necesario incrementar la aportación de suelo bruto para poder obtener la edificabilidad necesaria para la construcción del Centro Comercial.

Concluyendo, estima la Sala que lo que se ha venido exigiendo en los sucesivos regímenes legales para poder disfrutar de la deducción, es que se trate de elementos afectos a actividades empresariales y ganancias procedentes de su transmisión, siendo el criterio de la afectación el que resulta determinante a la hora de calificar un bien como inmovilizado o como existencia.

Desde este punto de vista, no ofrece duda a la Sala que la intención de la entidad Hipercor cuando adquirió las fincas en los años 1993 a 1995, lo hizo con la finalidad de destinarlas a la construcción de un Centro Comercial y así parece totalmente congruente su actuación y la adquisición de un determinado número de metros cuadrados que es lo que le exigía la normativa urbanística vigente en ese momento.

Resulta difícil aceptar en este punto la tesis de la Administración, de que ya desde el primer momento las fincas se adquirieron con el evidente fin de dedicarlas a su enajenación y que su destino era transformarse en disponibilidad financiera por lo que formaban parte del activo circulante,

pues de los datos obrantes en el expediente se deduce justamente lo contrario.

En primer lugar la entidad Hipercor, de acuerdo con la información de que dispone la Sala, no tiene como objeto social actividades de promoción inmobiliaria, por lo que tal afirmación resulta ajena a su actividad económica. Pero es que, además los hechos y acontecimientos que se produjeron en los años sucesivos a la enajenación, y que han quedado constatados en anteriores fundamentos, ponen de relieve, a juicio de la Sala, que su destino era afectarlos a la construcción de un Centro Comercial, principal actividad económica de la entidad y que todas sus actuaciones responden a dicha finalidad, por cuanto se adquiere la extensión de metros cuadrados exigida para la construcción de un Centro de las dimensiones programadas y no es sino, los cambios urbanísticos, lo que modifica el definitivo destino de los terrenos excedentes, por lo que, al no ser la promoción inmobiliaria la actividad principal de la entidad compradora, se ve obligada a su transmisión.

Considera por tanto la Sala que el supuesto guarda cierta similitud con el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo ya citada, de 13 de junio de 2013 (recurso de casación 4554/2011), por cuanto, se trataba en aquel caso de terrenos rústicos adquiridos por una entidad dedicada a la promoción inmobiliaria, que dedica durante un tiempo a la actividad agrícola y que una vez recalificados se le adjudican mediante un Convenio urbanístico suscrito con un Ayuntamiento. El Tribunal Supremo entendió entonces que la actividad de preparación del bien para la futura explotación empresarial lo habilita para ser considerado como afecto a la misma, ya que el dato real del despliegue de una actividad dirigida a obtener aquel objetivo permite admitir que el bien estaba afecto a la actividad empresarial de la sociedad titular del mismo.

En el supuesto ahora analizado, es aún más clara la afectación de las fincas adquiridas a la actividad empresarial, en este caso a la construcción de un Centro Comercial, que efectivamente se lleva a cabo años más tarde, sin que exista dato alguno en el expediente que permita colegir

razonablemente que la adquisición se hizo con otros fines.

Por lo tanto, y partiendo de la afirmación de que las fincas constituyeron desde el primer momento de su adquisición, un bien integrante en los bienes del inmovilizado afecto a la actividad económica desarrollada por la entidad Hipercor, y de acuerdo con los requisitos que tanto la ley como la jurisprudencia citada vienen exigiendo para poder gozar de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, hemos de concluir que la posterior transmisión de los terrenos sobrantes por parte de dicha entidad, tuvo carácter excepcional, motivada por los cambios en la legislación urbanística y no dependió de la voluntad de la hoy actora, por lo que cumpliendo los requisitos de tratarse de inmovilizado afecto a la actividad empresarial, a la posterior transmisión de parte de los mismos, le corresponde el derecho a la deducción por reinversión así como la corrección monetaria pretendida.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, la Sala, a la hora de adoptar la presente resolución, toma en consideración la afirmación de la parte, y que la Administración no desmiente, acerca de que, en los años previos a la presente regularización, ya en sus autoliquidaciones de los ejercicios 2000-2001 y 2001-2002, se transmitieron por Hipercor terrenos excedentarios del proyecto de construcción del Centro de Sanchinarro, en idéntica situación fáctica y contable, aplicando a dicha transmisión los mismos beneficios que ahora se le niegan.

Es evidente que ello constituye un acto propio por parte de la Administración, que le vincula a los efectos de su posterior actuación en idénticas situaciones, salvo que se motive debidamente dicho cambio de actitud, y sin que tampoco se comparta, en este punto, la alegación del Abogado del Estado que alega la falta de identidad en las fincas y que son hechos distintos por lo que no hay identidad de situación. Obviamente no existe identidad en el sentido propugnado por el representante del Estado, pues se trata, en efecto, de fincas físicamente diferentes, pero existiendo una idéntica consideración jurídica

respecto a su calificación, y un tratamiento jurídico idéntico que es la cuestión objeto del recurso. En atención a lo expuesto debe estimarse la demanda en relación a las fincas transmitidas por Hipercor S.A. en los ejercicios regularizados”.

(b) Transmisión por El Corte Inglés de terrenos en Valdemoro (Madrid) (FJ 10º):

“Esta pretensión debe ser rechazada, por diversas razones.

En primer lugar, debe señalarse que prácticamente la totalidad de las fincas transmitidas se encontraban afectas por un plan urbanístico, al haber sido aportadas a una Junta de Compensación o haber sido objeto de calificación como suelo urbanizable, lo que en un indicio claro de que su destino claramente era ser destinadas a la construcción para uso residencial.

La operación que genera una deducción en la base más importante es la transmisión a la entidad Lanneman S.L. de una serie de fincas inscritas en el registro de la propiedad de Valdemoro y sobre las que estaban previstas actuaciones urbanísticas, en sectores incluidos dentro del Plan general de Ordenación Urbana de Valdemoro, cuya aprobación definitiva fue publicada en el BOCAM de 19 de mayo de 2004. La transmisión se hace el 2 de diciembre de 2004 y genera una base de deducción por reinversión de 27.342.516,60 € y una depreciación por corrección monetaria de 41.602,72.

Por lo que respecta a su afectación a una actividad agrícola y ganadera, aparte de la inconcreción con la que se formula dicha alegación, como ya se ha hecho constar, resulta significativo a la hora de analizar esta alegación, de un lado, el dato bastante relevante de que, como se constata en el Acuerdo de liquidación, ni en los Informes de auditoría ni en la Memoria y cuentas anuales de la entidad, que son presentadas a la entidad y debidamente firmadas por el Presidente y los Consejeros de la misma, se mencione la actividad agrícola presuntamente realizada, lo que es bastante significativo de la poca importancia que la propia recurrente concedía a la misma. Así lo manifiesta, el propio representante en escrito de manifestaciones de fecha 17 de agosto de 2009, cuando reconoce ‘el desarro-

llo marginal de actividades agrícolas en tanto los terrenos se destinaban a la expansión del centro logístico’.

Es innegable que existía una cierta actividad agrícola, como lo prueba efectivamente las subvenciones públicas que recibió durante varios años, y así se desprende de la documentación aportada por la parte, en relación a diversos gastos, facturas, etc., cuya realidad no se discute, pero que no permiten más que calificar a dicha actividad como mínima o residual, respecto a la actividad principal de la actora.

No parece necesario utilizar demasiados argumentos para llegar a la conclusión de que El Corte Inglés, no tiene como objeto social el ejercicio de actividades agrícolas o ganaderas, y sin bien es cierto que en algunas de las fincas de referencia se ha podido ejercer dicha actividad, esta no adquiere en ningún caso el carácter de actividad empresarial en el sentido preconizado por el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta los datos apuntados, que los ingresos obtenidos son insignificantes en comparación al volumen de negocios de la recurrente así como la escasez de personal humano dedicado a la misma.

La Sentencia del T.S. de 9 de diciembre de 2013 (recurso de casación 3343/2012), contiene la siguiente afirmación:

[...].

En definitiva y respecto a las fincas transmitidas por la entidad El Corte Inglés, no resulta en absoluto acreditado que estuviera afectas a la actividad empresarial de la recurrente, criterio que, como ha quedado expuesto a través de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, es requisito imprescindible para poder gozar del beneficio fiscal pretendido.

Así, en este caso, resulta irrelevante que las fincas fueran incluidas por la parte actora como integrantes de los bienes del inmovilizado en el momento de su adquisición, pues ya hemos declarado, que esta inicial calificación puede perfectamente ser modificada, y así lo permite el Plan General de Contabilidad. Tampoco el criterio de la permanencia resulta determinante, como reiteradamente hemos señalado en numerosas reso-

luciones. Citamos, por todas, la sentencia de 27 de diciembre de 2012, en la que declarábamos: [...]

Finalmente la actora ha sostenido de forma tanto inconcreta que la mayoría o gran parte de las fincas que inicialmente se encontraban afectas a la actividad agrícola, fueron gradualmente afectadas a la actividad logística desarrollada en los almacenes sitos en la localidad de Valdemoro, afirmación huérfana de acreditación en la fase de comprobación y en la vía administrativa, como se recoge expresamente en la resolución del TEAC (Fundamento Sexto): *‘de las certificaciones de obra respecto de la ampliación del centro logístico resulta imposible identificar las fincas que según afirma han quedado afectas a dicho centro’* y sin que a lo largo del presente proceso jurisdiccional se haya suplido tal ausencia probatoria. Procede recordar que nos encontramos en presencia del disfrute de un beneficio fiscal y que según establece la LGT (artículo 14) y ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, debe ser objeto de una interpretación estricta, que no restringida, siendo incumbencia de la parte que pretende tal beneficio la carga probatoria de acreditar su procedencia según el art. 105 LGT. Por todo ello, debe desestimarse la demanda en este extremo”.

(c) Transmisión por El Corte Inglés de locales en Zaragoza (FJ 11º):

“[...] en relación a la transmisión de la opción de compra inherente al contrato de arrendamiento financiero celebrado con el banco de Sabadell y que tenía por objeto locales situados en Zaragoza, se comparten los argumentos contenidos en la resolución del TEAC objeto de impugnación, pues a tenor de los datos obrantes en el expediente, es obvio que fue la entidad Fanjul y no el Corte Inglés quien utilizaba los inmuebles para su uso, pues ECI en efecto firmó un contrato de arrendamiento financiero con el Banco de Santander el 29 de mayo de 1995, pero según la escritura de 4 de julio de 2005, en la misma fecha, 29 de mayo de 1995, y en documento privado, ECI había otorgado también contrato de arrendamiento financiero y el derecho de opción de compra sobre los mismos inmuebles a favor de la

sociedad Fanjul, por lo que difícilmente se puede sostener que dichos inmuebles estaban afectos a su actividad desde 1995 hasta 2005 cuando se transmiten, puesto que desde 1995, quien los utilizaba no era ECI sino Fanjul”.

SEGUNDO.- El Corte Inglés y la Administración General del Estado prepararon sendos recursos de casación contra la anterior sentencia. Previo emplazamiento, la mencionada compañía mercantil lo interpuso mediante escrito presentado el 23 de mayo de 2014, en el que invocó tres motivos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio).

1º) En el primero denuncia la infracción de los artículos 150 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre), 31 *ter* del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril (BOE de 14 de mayo) [hoy sustituido por el artículo 184 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (BOE de 5 de septiembre)] y 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre). También considera vulnerada la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2010 (RJ 2010/5451), 7 de abril de 2011 (casación 872/06), 25 de marzo de 2011 (casación 57/01), 5 de junio de 2013 (casación 2709/11) y 29 de enero de 2014 (casación 4649/11).

Sostiene que el acuerdo de ampliación de la duración de las actuaciones inspectoras por otros doce meses fue dictado sin respetar la legalidad vigente al **(1)** carecer de la motivación suficiente y **(2)** no estar justificado atendiendo a su carácter excepcional en el normal desarrollo de las actuaciones de comprobación e investigación.

Recuerda que los motivos alegados para proponer la ampliación fueron: **(i)** el volumen de operaciones del grupo consolidado 8/88, al su-

perar el importe requerido para la obligación de auditar sus cuentas; **(ii)** constituir el mencionado grupo un sujeto pasivo que tributa en régimen de consolidación fiscal; **(iii)** la vinculación con entidades no residentes; **(iv)** la dispersión geográfica de la actividad y **(v)** el volumen del personal y la variación en la contratación del mismo. Subraya que en dicha propuesta no se concedía plazo alguno al contribuyente para formular alegaciones y que en acuerdo de 21 de julio de 2008 se resolvió ampliar las actuaciones reproduciendo las circunstancias ya reseñadas en la propuesta, indicándose que frente al mismo no cabía recurso autónomo alguno. Señala también que en la demanda sostuvo la nulidad de dicho acuerdo por no estar suficientemente motivado. La sentencia impugnada desestimó tal alegato, transcribiendo en parte la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2011 (casación 6688/09).

En su opinión, la sentencia impugnada, cuando afirma que “las cinco causas que se mencionan en el acuerdo son suficientes para considerarle suficientemente motivado”, convalida el defecto de motivación de que adolece, en el que no consta justificación alguna de por qué en el caso concreto procedía la ampliación. En otras palabras, para la Audiencia Nacional basta con citar una o más de las circunstancias contempladas en el artículo 150.1.a) para decretar la ampliación.

Señala que la Sala de instancia contempla un nuevo motivo que, objetivamente, sería causa también suficiente para tener por acreditada la complejidad en las actuaciones inspectoras: las dilaciones provocadas por solicitudes de aplazamiento o suspensiones de plazos formuladas por el contribuyente, lo que no deja de ser un error manifiesto, pues no solicitó ni un solo aplazamiento. Enfatiza que el propio acuerdo de liquidación afirma que no se han producido periodos de interrupción injustificada ni dilaciones en el procedimiento por causas no imputables a la Administración. Considera que, en cualquier caso, una solicitud de aplazamiento no tiene por qué implicar complejidad en las actuaciones. Por lo demás —añade—, el artículo 104.2, segundo párrafo, de la Ley General Tributaria de 2003 establece que no se computarán en el plazo de

duración los periodos de dilaciones imputables al contribuyente y las solicitudes de aplazamiento, por lo que no cabe la interpretación realizada en la sentencia impugnada para utilizar esas circunstancias como prueba de la complejidad en las actuaciones.

En relación con la motivación, considera que la interpretación que realiza la Audiencia Nacional es contraria a la jurisprudencia, pues la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas no tiene por qué suponer, automáticamente, que esté justificada la ampliación del plazo de las actuaciones. Razona que, atendiendo a los hechos posteriores acaecidos en el marco de las actuaciones inspectoras, ninguna de las circunstancias señaladas por el inspector actuario, reproducidas en el acuerdo de ampliación, han sido referidas al caso que nos ocupa para justificar la dilatación del procedimiento por otros doce meses, sin que tampoco se haya justificado en qué medida tales circunstancias han determinado una especial dificultad para llevar a cabo las actuaciones de comprobación. A título de ejemplo, y refiriéndose a la dispersión geográfica de la actividad que desarrolla, precisa que todas las diligencias del procedimiento en cuestión están firmadas en Madrid por el mismo equipo inspector y por los mismos representantes de la entidad, que tenían su sede en Madrid; es decir, aunque desarrolla efectivamente su actividad en cincuenta y tres delegaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, ello no supuso el más mínimo esfuerzo adicional para la Inspección.

Frente al argumento de la sentencia impugnada, expuesto a mayor abundamiento, de que nada adujo sobre la falta de motivación del acuerdo de ampliación cuando se le notificó, razona que la falta de motivación del acuerdo llevaría a la prescripción del derecho de la Administración a liquidar el tributo, siendo así que la prescripción es un defecto invalidante de tal envergadura que puede y debe ser apreciado de oficio. A lo anterior añade la naturaleza revisora de esta jurisdicción, que debe ser interpretada en un sentido amplio, lo que hace decaer el argumento empleado por la Sala de instancia. En cualquier caso, considera insuficiente el hecho de no haber presentado

alegaciones a la propuesta de ampliación para convalidar el defecto de motivación de la resolución que la acordó. Trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2013 (casación 2709/11), para reparar a continuación en que dicha resolución no era susceptible de recurso autónomo.

2º) El segundo motivo tiene por objeto la infracción de los siguientes preceptos: **(i)** artículos 15 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 28 de diciembre), y 15 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades, aprobado por el Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo), en relación con la corrección monetaria; **(ii)** artículos 36 ter de la Ley 43/1995, en la redacción del artículo 2.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre), y 42 del ya mencionado texto refundido, en relación con la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios; **(iii)** artículo 184 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE de 27 de diciembre), así como la parte tercera ("Definiciones y relaciones contables" - grupo 2, inmovilizado) del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre (BOE de 27 de diciembre), en relación con el concepto de inmovilizado material, y la adaptación sectorial de dicho Plan General a las empresas inmobiliarias; **(iv)** artículos 8, 105 y 14 de la Ley General Tributaria de 2003, por la interpretación que realiza la sentencia impugnada del beneficio fiscal de referencia, negando su aplicación; **(v)** artículos 105 de la Ley General Tributaria de 2003, 217, 299, 319, 326, 334, 335, 340 y 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero), a los que se remite el artículo 60 de la Ley de esta jurisdicción, en relación con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, en lo que atañe a la valoración arbitraria de la prueba; y **(vi)** artículos 47 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DOUE, Serie C, número 364, de 18 de di-

ciembre de 2000), y 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 [instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre)], que recogen los derechos a un proceso equitativo y a un recurso efectivo, y 10.2 de la Constitución. Denuncia también la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en las sentencias de 8 de febrero de 2005 (casación 6567/99), 11 y 19 de febrero de 2008 (casaciones 5369/02 y 4794/02, respectivamente).

Recuerda que en los fundamentos cuarto y quinto de la demanda expuso que las parcelas vendidas tanto por Hipercor como por El Corte Inglés habían sido correctamente contabilizadas como inmovilizado, ya que su finalidad era la de servir permanentemente a la actividad de la empresa [en el caso de los terrenos ubicados en Valdemoro (Madrid), fueron adquiridos para formar parte del centro logístico sito en dicho municipio], aportando numerosa prueba con tal finalidad. Sin embargo —continúa exponiendo—, en relación con dichos terrenos la Audiencia Nacional ha concluido que, si bien fueron adquiridos con tal finalidad y que antes de ser enajenados se destinaron a la actividad agrícola, esa finalidad no es la actividad empresarial a la que se dedica la demandante, por lo que no procede la aplicación del beneficio fiscal. Precisa que a igual conclusión llega la sentencia en relación con los locales sitos en Zaragoza, por entender que no estaban afectos a su actividad, ya que, desde 1995 hasta 2005 (año en el que se transmitieron), los utilizó la entidad Fanjul Pl, S.L.

Considera que la conclusión que alcanza la Sala de instancia vulnera los artículos 36 ter de la Ley 43/1995 y 42 del texto refundido de 2004, pues la literalidad de dichos preceptos, en la redacción vigente hasta el 31 de diciembre de 2006 [“los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial que se hubiesen poseído al menos un año antes de la transmisión”], a diferencia de la establecida a partir del 1 de enero de 2007 [“hayan pertenecido al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades

económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres años anteriores a la transmisión”], no contenía ninguna limitación en relación con la aplicación del beneficio fiscal en cuanto al “peso” de la actividad, lo que supone que, aun cuando esa actividad empresarial a la que los elementos enajenados estén afectos sea “residual” o poco representativa en relación con la global de la compañía, el beneficio no puede devenir inaplicable al no incumplirse requisito alguno. Invoca la sentencia de este Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2014 (casación 5446/11).

Por lo demás, al sustentar su decisión en el hecho de que la actividad a la que estaban afectos los inmuebles no fuera la principal de la compañía, la Audiencia Nacional abrió un debate ajeno a la discusión original, sin que tomara en consideración el informe pericial elaborado por don Doroteo, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, en el que se confirma la correcta contabilización de los terrenos litigiosos como inmovilizado. Añade que, en todo caso, la sentencia parece afirmar que resulta correcta la calificación como inmovilizado, si bien entiende que no procede la aplicación de los incentivos fiscales que nos ocupan por no estar los terrenos de Valdemoro afectos a la actividad de la compañía. Entiende que una conclusión contraria a la calificación como inmovilizado vulnera los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, en relación con el artículo 3.1 del Código civil y los artículos 217, 299, 319, 326, 335, 340 y, especialmente, 348 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo concretada, entre otras, en las sentencias de 12 de marzo de 2013 (casación 2715/10), 3 de septiembre de 2012 (casación 17/10) y 21 de febrero de 2012 (casación 81/09), en materia de la valoración de la prueba. También se infringen los artículos 47 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva y aun juez imparcial.

Argumenta que las conclusiones de la prueba pericial se confirman por aplicación de lo dispuesto en el artículo 184 del texto refundido de la Ley de

Sociedades Anónimas, aprobado en 1989, y por el Plan General de Contabilidad de 1990.

Recuerda que, a efectos del criterio de la permanencia, los elementos debatidos han permanecido en el patrimonio de la entidad por más de treinta años.

3º) La última queja del recurso consiste en la infracción del artículo 3 de la Ley 30/1992 y del 9.3 de la Constitución, por desconocer la sentencia de instancia la doctrina de los actos propios, reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica. Cita las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 2004 (casación 6804/99), 22 de enero de 2013 (casación 470/11), 4 de noviembre de 2013 (casación 3262/12) y 6 de marzo de 2014 (casación 2171/12).

Expone que en la demanda alegó que en comprobaciones relativas a ejercicios anteriores no se practicó una regularización como la que está en el origen del presente recurso, a pesar de que en dichos periodos se había dado operatividad a los mismos beneficios fiscales. Añade que la Sala de instancia sólo entendió aplicable la doctrina de los actos propios a los inmovilizados enajenados por Hipercor y no a los que lo fueron por El Corte Inglés, a pesar de que los supuestos de hecho eran sustancialmente iguales. Subraya que la Audiencia Nacional no justifica esta diferencia de trato.

Entiende que, por ello, la Audiencia Nacional ha desconocido la mencionada doctrina y trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la que las comprobaciones administrativas de actualizaciones de balances, y por tanto las calificaciones como inmovilizado o activo fijo en los procesos de actualización, constituyen verdaderos actos propios de la Administración que le vinculan de manera insoslayable frente al contribuyente [sentencia de 8 de febrero de 2005 (casación 6567/99)].

Termina solicitando el dictado de sentencia que, siendo más ajustada a derecho, case la recurrida en la parte desestimatoria de la demanda. Solicita que, con independencia de las costas,

se condene a la Administración a indemnizarle por el gasto en que ha tenido que incurrir para la formalización del recurso de casación correspondiente a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

TERCERO.- La Administración General del Estado se opuso al recurso de El Corte Inglés en escrito fechado el 14 de octubre de 2014.

1º) Frente al primer motivo, argumenta que, a efectos de evitar indefensión, resulta absolutamente relevante que la recurrente no formulara alegación alguna cuando se le notificó la propuesta de ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras. Cita en este punto la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2011 (casación 6688/09).

2º) Considera que el segundo motivo entrelaza razones de procedimiento y de interpretación de preceptos sustantivos, lo que constituye una defectuosa técnica casacional, que debería determinar su inadmisión.

En todo caso, en los que se refiere a una supuesta valoración arbitraria de la prueba, reputa evidente que el escrito de interposición del recurso trasluce simplemente una discrepancia con las apreciaciones fácticas realizadas por la Sala de instancia. En este sentido, considera relevante que, como se constata en el acuerdo de liquidación, ni en los informes de auditoría ni en la memoria y las cuentas anuales de la entidad se mencione la actividad agrícola presuntamente desarrollada.

3º) Tratándose del tercer motivo niega la igualdad de supuestos; precisamente la sentencia impugnada los considera diferenciables. Añade que la circunstancia de que no haya un reproche contable previo a efectos de una regularización de balances no impide a la Administración comprobar la aplicabilidad de un beneficio fiscal que tiene como presupuesto la enajenación del bien, a lo que añade que la cuestión suscitada no radica en la contabilización, sino en la aplicación de la norma tributaria, que condiciona un beneficio fiscal a la adquisición y a la afectación del bien a la actividad empresarial.

CUARTO.- La Administración General del Estado interpuso su recurso en escrito presentado el 15

de octubre de 2014, invocando un único motivo con arreglo al artículo 88.1.d) de la Ley de esta jurisdicción, en el que alega la infracción del artículo 36 ter de la Ley 43/1995, en la redacción añadida por el artículo 2.13º de la Ley 24/2001, en relación con los ejercicios 2002 y 2003, y de los artículos 15 y 52 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado en 2004, para los ejercicios siguientes. Todo ello también en relación con los artículos 184.2 y 189 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y el Plan General de Contabilidad de 1990 (parte tercera, grupo 2). Considera igualmente conculcada la jurisprudencia contenida en las sentencias de 28 de enero de 2013 (casación 3588/12), 23 de noviembre de 2011 (casación 4965/09) y 13 de junio de 2013 (casación 4554/11).

Sostiene, frente a la tesis de la sentencia discutida, que no basta el designio originario, no es suficiente la intencionalidad en la adquisición de inmovilizado por la empresa, sino que se precisa la efectiva y real afectación de los bienes a la actividad económica, lo que no ha sucedido en este caso con los terrenos "sobrantes" enajenados.

Considera que, a la vista de lo dispuesto en los artículos 36 ter de la Ley 43/1995 y 42 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado en 2004, se exige para la aplicación del beneficio fiscal el cumplimiento concurrente de diversos requisitos, entre ellos, que el objeto de la transmisión sea un elemento del inmovilizado, siendo definitivo para la calificación de un bien como tal su afectación a la actividad social. Llegada a este punto, constata que la decisión recurrida se basa en que las adquisiciones se hicieron en su momento con la clara intención de construir un centro comercial y por ello, sólo por ello, las parcelas resultantes de la adjudicación que hizo el 6 de junio de 2001 la Junta de Compensación del programa de actuación urbanística de Sanchinarro, sobre las que no se construyó el centro comercial y fueron enajenadas, deben disfrutar de los beneficios controvertidos.

Ante la tesis de la sentencia, analiza la finalidad de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, que no es otra que incentivar la realización de determinadas actividades, por

lo que no basta la simple intención inicial de la empresa sobre el destino de unos bienes para considerarlos afectos a su actividad y, por ello, inmovilizado. Resulta menester la efectiva y real afectación de lo transmitido al giro de la compañía. No es suficiente el designio originario, sin que resulte correcto lo que se dice en la sentencia recurrida sobre la "clara intención" inicial de Hipercor. El hecho es que hubo "un resto" por los avatares urbanísticos que nunca fue inmovilizado, que se vendió y cuyo precio no se reinvertió. Considera que el supuesto de hecho ahora analizado difiere del resuelto en la sentencia de 13 de junio de 2013 (casación 4554/11), en cuyo caso no había terrenos "sobrantes" no afectos y vendidos.

Sostiene que la circunstancia de que la causa de la existencia de "sobrantes" sean los cambios urbanísticos no niega la realidad de unos terrenos que nunca fueron afectados o usados para los fines sociales (centro comercial), pues se destinaron al uso residencial y terciario.

Niega que pueda hablarse en este caso de actos propios de la Administración, pues los antecedentes que se mencionan se refieren a hechos distintos, sin que exista término de comparación apropiado.

Por lo demás, resulta menester que todas las rentas obtenidas en la transmisión onerosa se reinviertan, cosa que en este caso no ha sucedido.

Concluye interesando el pronunciamiento de sentencia que case la recurrida y que, en su lugar, desestime el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto, confirmando los actos administrativos impugnados.

QUINTO.- El Corte Inglés se opuso al recurso de la Administración mediante escrito presentado el 10 de octubre de 2014.

Pide, de entrada, su rechazo liminar, pues el recurso se limita a discrepar se la sentencia impugnada, lo que no es suficiente para legitimar y justificar la interposición de un recurso de casación. En cuanto al fondo, sostiene que las circunstancias concurrentes son absolutamente reveladoras de la intención con la que se adquirieron los terrenos, del modo en que se contabilizaron y del destino final al que se vieron abocados cuando,

como consecuencia de las circunstancias urbanísticas, finalmente se vendieron.

Coincide con la Audiencia Nacional en que el requisito de la afectación se cumple plenamente en tanto que los terrenos se compraron para la construcción de un centro comercial, sin que el hecho de que al final, al utilizarse en Sanchinarro el sistema de actuación por compensación en lugar del de expropiación, se dispusiera de más suelo del inicialmente previsto justifique una suerte de mutación en la naturaleza de los bienes.

Considera que el abogado del Estado se limita a discrepar de la valoración de la prueba hecha en la sentencia.

SEXTO.- Las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en diligencia de ordenación de 16 de octubre de 2014, fijándose al efecto el día 3 de junio de 2015, en el que, previa deliberación, se aprobó la presente sentencia.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín Huelín Martínez de Velasco, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia impugnada, pronunciada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 13 de febrero de 2014, estimó en parte el recurso contencioso-administrativo 73/11, instado por El Corte Inglés contra la resolución adoptada el 20 de diciembre de 2010 por el Tribunal Económico-Administrativo Central.

Esta resolución administrativa de revisión declaró que no había lugar a la reclamación 5051/09, instada por la mencionada compañía frente a la liquidación practicada el 15 de septiembre de 2009 por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por el impuesto sobre sociedades (régimen de declaración consolidada) de los ejercicios 2002 a 2005, ambos inclusive.

Frente al mencionado pronunciamiento jurisdiccional se alzan en casación la sociedad demandante y la Administración General del Estado.

Los jueces de la instancia consideran suficientemente motivado el acuerdo de ampliación de las actuaciones inspectoras y, por consiguiente, inte-

rrumpido el plazo de prescripción con su inicio, sin que haya prescrito el derecho de la Administración a fijar la deuda tributaria de los indicados periodos y tributos mediante la oportuna liquidación. El primer motivo de casación de El Corte Inglés ataca esta conclusión.

Por lo demás, consideran que proceden las ventajas fiscales de deducción por reinversión de beneficios extraordinarios y corrección monetaria en relación con los derivados de la venta de terrenos sobrantes en la construcción del centro comercial en Sanchinarro, barrio de Madrid, des- enlace que impugna la Administración General del Estado mediante su único motivo casacional. Sin embargo, entienden que no ocurre así con las ganancias generadas por la transmisión de suelo en Valdemoro, pueblo de la provincia de Madrid en el que se encuentra situado un centro logístico de la compañía, y de unos locales comerciales en Zaragoza, pronunciamiento que El Corte Inglés discute, desde distintas perspectivas, mediante los motivos segundo y tercero de su recurso.

Principiaremos nuestro análisis con el primer motivo de casación de dicha entidad comercial, no sin antes rechazar de plano los reproches de inadmisibilidad del recurso contrario que los contendientes se cruzan en esta sede, pues carecen de todo fundamento, respondiendo más a una cláusula de estilo que a un auténtico planteamiento para obtener el rechazo liminar de la pretensión contraria.

SEGUNDO.- Para resolver la primera queja de El Corte Inglés, conviene detenerse en los hechos, según se obtienen de la sentencia impugnada y del expediente administrativo:

1º) El 19 de septiembre de 2007, se iniciaron actuaciones de comprobación e investigación del grupo consolidado 08/88, encabezado por El Corte Inglés, cuyo objeto era el impuesto sobre sociedades de 2002 a 2005 y el que grava el valor añadido de los periodos 7/2003 a 12/2006. También se comprobarían las retenciones e ingresos a cuenta de rendimientos de trabajo profesional, del capital inmobiliario, de arrendamientos de inmuebles y de imposición a no residentes de los periodos 7/2003 a 12/2006, así como la decla-

ración anual de operaciones y la recapitulativa de entregas y adquisiciones intracomunitarias de bienes de los años 2003 a 2006.

Esas actuaciones arrancaron con la personación de la Inspección de los Tributos, a las 10,00 horas del 19 de septiembre de 2007, en el domicilio social de las compañías del grupo, situado en la calle Hermosilla 112 de Madrid.

2º) El 21 de abril de 2008 se notificó al obligado tributario que se ampliaba el ámbito material de la comprobación al impuesto sobre sociedades de 2006, anunciándose la personación de la Inspección en el citado domicilio social a las 9,00 horas del mencionado día.

3º) El 3 de julio de 2008, el inspector actuario comunicó a El Cortes Inglés que propondría al inspector jefe la ampliación de las actuaciones inspectoras, por concurrir las siguientes circunstancias expresivas de su especial complejidad: **(i)** el volumen de operaciones durante los periodos comprobados era superior al que determina la obligación de auditar cuentas **(ii)** la tributación en régimen de consolidación **(iii)** la vinculación con entidades no residentes, lo que conlleva la verificación de los precios de transferencia **(iv)** la dispersión territorial de las actividades de la entidad, que desarrolla en el ámbito de cincuenta y tres delegaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, así como **(v)** el volumen del personal y la variación en su contratación.

El Corte Inglés no formuló alegaciones a esta propuesta, pese a que se le concedieron diez días a tal fin.

En acuerdo de 21 de julio de 2008, notificado el día 24 del mismo mes, la inspectora jefe resolvió ampliar hasta veinticuatro meses la duración de las actuaciones, en relación con el impuesto sobre sociedades (paralelamente, y en la misma fecha, mediante otro acto administrativo se dispuso igual dilatación del plazo para el resto de los conceptos tributarios comprobados). Este acuerdo, que reproduce en sus tres primeros fundamentos de derecho los artículos 150.1.a) de la Ley General Tributaria de 2003 y 31 ter, apartados 1.a) y 2, del Reglamento General de la Inspección de los Tributos de 1986, en la redacción del Real Decreto 136/2000, de 4 de febrero (BOE

de 16 de febrero), contiene en el cuarto y último la siguiente motivación:

“En el presente caso tal y como se desprende de la propuesta [...], nos encontramos con una entidad con un elevado volumen de operaciones encontrándose obligada a la auditoría de sus cuentas anuales, dicha entidad es sujeto pasivo por el impuesto sobre sociedades al constituir un grupo de sociedades sometido al régimen de consolidación fiscal respecto del que se extienden las actuaciones de comprobación y las actividades económico-empresariales del grupo de sociedades tienen lugar en la mayoría de las Delegaciones de la A.E.A.T.

Por otro lado, el Grupo y las sociedades que componen, participan en conjunto de relaciones económico-empresariales con otras entidades no residentes, circunstancia que añade un plus de complejidad a la presente comprobación.

Además de dichas causas, concurren en el presente caso las expresamente recogidas en la comunicación de apreciación de circunstancias notificada a la entidad el 3 de julio de 2008 [...]. En consecuencia, ha de concluirse que estas causas implican una especial complejidad de las actuaciones inspectoras al concurrir con los supuestos previstos en los apartados 1º, 3º y 4º, del número 1 del artículo 31 ter del Reglamento General de la Inspección de los Tributos y tratarse de una comprobación directamente relacionada con la de un grupo de sociedades, supuesto previsto con carácter independiente en la letra a) del mismo número de dicho artículo”.

4º) En lo que se refiere al impuesto sobre sociedades, el procedimiento inspector concluyó con dos actas relativas a los ejercicios 2002 a 2005, ambos inclusive, una firmada en conformidad y la otra en disconformidad. La primera (A01 76482083) excluye de la base imponible determinados gastos deducibles por no estar suficientemente justificados o corresponder a liberalidades y disminuye las bases de deducción por actividad exportadora. En la segunda (A02 71612774), que completa a la anterior, se regulariza la base imponible al no proceder la corrección monetaria ni la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios derivados de las ventas de terrenos

y locales comerciales en Sanchinarro, Valdemoro y Zaragoza.

En ambas se indica que no se han producido periodos de interrupción justificada ni dilaciones en el procedimiento por causas no imputables a la Administración tributaria.

5º) Las dos actas fueron consecuencia de varios procedimientos de comprobación, en las que se practicaron diligencias siempre en Madrid, bien en el domicilio fiscal del grupo, bien en las dependencias que la Agencia Estatal de Administración Tributaria tiene en los números 106 a 108 del Paseo de la Castellana.

A) Procedimiento a El Corte Inglés, integrado por diligencias de 15 de febrero y 22 de julio de 2008, 15 de enero, 7 de abril, 25 de mayo (dos), 23 de junio y 15 de julio de 2009, en total ocho, con ocasión de las que el obligado tributario adjuntó numerosa y abundante documentación. Es decir, hasta el momento de la ampliación se realizaron dos y después seis:

(a) La primera (15 de febrero de 2008) consistió en requerir la presentación de los libros registros del impuesto sobre el valor añadido y la conciliación de las cuentas de gastos de personal con las declaraciones del M-190.

(b) Mediante la segunda (22 de julio de 2008) se pidió la justificación de los trabajos afectos a la deducción por I+D, la exención de las entregas intracomunitarias de bienes y la no retención de las indemnizaciones pagadas al personal.

(c) Con la tercera (15 de enero de 2009) se practicó un requerimiento de información para que fuesen presentadas escrituras públicas de compraventa de bienes inmuebles, la relación de artículos cuya venta tributa a tipos reducidos del impuesto sobre el valor añadido y la justificación de las diferencias de retenciones de los trabajadores incluidas en las relaciones ya aportadas.

(d) La siguiente (7 de abril de 2009) consistió en pedir la justificación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios para los ejercicios 2002 a 2005, fundamentalmente referida a los beneficios obtenidos de los terrenos, debiéndose aportar las escrituras de compra y de ventas, así como la prueba de ser bienes pertenecientes al inmovilizado.

(e) A continuación, en dos diligencias de 25 de mayo de 2009 se dejó constancia de determinados hechos en relación con los terrenos de Valdemoro respecto de los ejercicios 2002, 2003, 2004 y 2005.

(f) En la séptima diligencia (23 de junio de 2009) se comunicó al obligado que no se admitían como gastos fiscalmente deducibles por no estar suficientemente justificados o corresponder a liberalidades determinadas cantidades, relativas a los distintos ejercicios inspeccionados.

(g) Por la última (15 de julio de 2009) se indicaba que procedían reducciones y rectificaciones en relación con el impuesto sobre el valor añadido para los distintos periodos y retenciones y con el pago a cuenta por el impuesto sobre la renta de las personas físicas del personal, comunicando la puesta de manifiesto del expediente y la apertura del trámite de audiencia.

B) Procedimiento a Supercor, S.A. ("Supercor", en adelante), con cuatro diligencias antes del acuerdo de ampliación y una posterior:

(a) Diligencia de 11 de enero de 2008, mediante la que el sujeto pasivo aporta una factura por la adquisición de un local en Fuengirola, a efectos del impuesto sobre el valor añadido.

(b) Diligencia de 15 de febrero de 2008, por la que se requirió información sobre la conciliación de las cuentas de gasto de personal con las declaraciones M-190 y un cuadro de amortización de los elementos de inmovilizado material e inmaterial, así como la presentación de escrituras de compraventa correspondientes al periodo objeto de comprobación.

(c) Diligencia de 20 de febrero de 2008, para dejar constancia de que el obligado tributario presentaba certificación registral literal del inmueble objeto de la operación a la que se refería la primera diligencia.

(d) Diligencia de 22 de julio de 2008, solicitando justificación de la vida útil de ascensores, registros, portacarteles y claraboyas, de las obras de reforma y mejora de los centros comerciales y de los gastos en dietas y viajes.

(e) Diligencia de 14 de octubre de 2008 por la que se comunica al obligado tributario la pues-

ta de manifiesto del expediente y la apertura del trámite de audiencia.

La diligencia de consolidación de esta compañía es de esta última fecha.

C) Procedimiento a Tiendas de Conveniencia, S.A. ("Tiendas de Conveniencia", a partir de aquí), con dos diligencias antes de la ampliación y ninguna posterior.

(a) La primera diligencia se levantó el 15 de febrero de 2008, mediante la que, al igual que a Supercor, se reclamó la justificación de la conciliación entre las cuentas de gasto de personal y las declaraciones M-190, un cuadro de amortización de los elementos de inmovilizado material e inmaterial y la presentación de escrituras de compraventa correspondientes al periodo objeto de comprobación.

(b) La segunda lleva fecha de 22 de julio de 2008 y consistió en reclamar la justificación de los gastos de personal como consecuencia de la puesta en funcionamiento de nuevos establecimientos, así como los pagos por arrendamiento de inmuebles y su retención.

La diligencia de consolidación se levantó el 14 de octubre de 2008.

D) Procedimiento a Inestrónica, S.A. ("Inestrónica", en adelante), con dos diligencias antes de la ampliación y otra después:

(a) El 15 de febrero de 2008 se le pidieron los libros registros del impuesto sobre el valor añadido soportado y repercutido, así como la conciliación entre las cuentas de gasto de personal y las declaraciones M-190.

(b) El 22 de julio de 2008 se le solicitó justificación de la exención de las entregas intracomunitarias de bienes, la no retención de las indemnizaciones pagadas al personal y el cuadro de amortizaciones.

(c) Diligencia de 14 de octubre de 2008, por la que se comunica al obligado tributario la puesta de manifiesto del expediente y la apertura del trámite de audiencia.

La diligencia de consolidación es también de 14 de octubre de 2008.

E) Procedimiento a Telecor, S.A. ("Telecor", en lo sucesivo), que cuenta con dos diligencias antes de la ampliación:

(a) Con la primera, realizada el 15 de febrero de 2008, se interesaron los libros de contabilidad en soporte magnético de los ejercicios objeto de comprobación, justificación de la conciliación entre las cuentas de gasto de personal y las declaraciones M-190, así como los libros registros del impuesto sobre el valor añadido soportado y repercutido.

(b) En la siguiente, fechada el 22 de julio de 2008, se reclamó la justificación de diversos asientos contables, las amortizaciones del establecimiento permanente en Portugal, así como de la no retención en los pagos a entidades no residentes y por arrendamientos de inmuebles. La diligencia de consolidación es de 14 de octubre de 2008.

F) Procedimiento a Cinamar, S.A. (en adelante, "Cinamar"), consta de tres diligencias, todas posteriores a la ampliación.

(a) La primera es de 25 de mayo de 2009, mediante la que se reclama, en relación con los ejercicios 2004 y 2005, los libros de contabilidad y de actas, la justificación de las dotaciones para amortizaciones del inmovilizado, el detalle de los ajustes al resultado contable, las imputaciones en base y en cuota de las uniones temporales de empresa en la que participa y, en particular para 2005, la constancia de las pérdidas procedentes del inmovilizado inmaterial, material y cartera de control.

(b) Con la segunda (5 de junio de 2009) se refleja que en el día anterior el obligado tributario había presentado la documentación requerida el 25 de mayo.

(d) El 15 de julio de 2009 se comunica al obligado tributario la puesta de manifiesto del expediente y la apertura del trámite de audiencia.

La diligencia de consolidación es de 20 de julio de 2009.

G) Procedimiento a Hipercor, integrado por seis diligencias, tres anteriores a la ampliación y tres posteriores:

(a) En el caso de esta compañía, como en el de la mayoría, la primera diligencia es de 15 de febrero de 2008 y mediante ella se pidieron los libros de contabilidad en soporte magnético de los ejercicios objeto de comprobación, justificación de la

conciliación entre las cuentas de gasto de personal y las declaraciones M-190, así como los libros registros del impuesto sobre el valor añadido soportado y repercutido.

(b) La segunda es de 22 de julio de 2008, interesando las actas de conciliación, últimas nóminas, contratos de trabajo y certificados de finiquito, a efectos de indemnizaciones por despido del M-190, la conciliación de la base imponible del impuesto sobre el valor añadido con los ingresos de la cuenta de explotación, la justificación de los ajustes al resultado contable y los pagos por arrendamiento de bienes inmuebles sobre los que no se practicó retención.

(c) El 15 de enero de 2009 se levantó una tercera diligencia para pedir los comprobantes de los apuntes contables y de los registros del impuesto sobre el valor añadido que se entregaron al obligado tributario, la relación de artículos cuya venta tributa en dicho impuesto a tipos reducidos y la justificación de las diferencias de retenciones de los trabajadores incluidos en las relaciones ya aportadas.

(d) Una cuarta diligencia, de 7 de mayo de 2009, deja constancia de la compraventa de terrenos y de las operaciones en relación con el centro comercial de Sanchinarro.

(e) Otra, de 22 de mayo de 2009, requirió al obligado tributario para que, en relación con tales terrenos, determinase si fueron explotados económicamente o destinados a un uso duradero para los fines de la propia empresa, aportando pruebas fehacientes de su afectación, formulándose por Hipercor manifestaciones a esa diligencia el 3 de junio siguiente.

(h) Una última de 5 de julio de 2009, en la que se deja constancia de que del examen de la documentación se obtiene que la base imponible del impuesto sobre sociedades debe incrementarse con el importe de determinados gastos que no son deducibles fiscalmente y reducirse las cuotas deducibles del impuesto sobre el valor añadido, indicándose las cantidades no retenidas que corresponden a trabajadores que no han regularizado las diferencias de retención. En la misma diligencia se comunicó la puesta de manifiesto del expediente y la apertura del trámite de audiencia.

La diligencia de consolidación lleva fecha de 23 de julio de 2009.

H) Procedimiento a Viajes el Corte Inglés, S.A. (en lo sucesivo, "Viajes El Corte Inglés"), con dos diligencias anteriores al acuerdo de ampliación:

(a) De nuevo, una diligencia de 15 de febrero de 2008 reclamó los libros de contabilidad en soporte magnético de los ejercicios objeto de comprobación, justificación de la conciliación entre las cuentas de gasto de personal y las declaraciones M-190, así como los libros registros del impuesto sobre el valor añadido soportado y repercutido.

(b) Otra de 22 de julio de 2008 pidió información sobre los ajustes a la base imponible, los cuadros de amortizaciones y de provisiones por insolvencias, los balances de los establecimientos permanentes, debiendo aportarse los ficheros que faltan de los ejercicios 2003, 2004 y 2006 en los libros de facturas recibidas.

La diligencia de consolidación es de 21 de enero de 2009.

I) Procedimiento a Informática El Corte Inglés, S.A. ("Informática El Corte Inglés", a partir de aquí), con dos diligencias anteriores y otra posterior:

(a) El 15 de febrero de 2008 se reclamaron los libros registros del impuesto sobre el valor añadido soportado y repercutido y la conciliación entre las cuentas de gasto de personal y las declaraciones M-190.

(b) El 22 de julio de 2008 se pidió justificación de los trabajos afectos a la deducción I+D, la exención de las entregas intracomunitarias de bienes y la no retención de las indemnizaciones pagadas al personal.

(c) El 14 de octubre se practicó diligencia para comunicar al obligado la puesta de manifiesto del expediente y la apertura del trámite de audiencia. La diligencia de consolidación se levantó en esta última fecha.

6º) El acuerdo de liquidación, aprobado el 15 de septiembre de 2009, señala que, en relación con la sociedad dominante, se practicaron ocho diligencias y reitera que no hubo periodos de interrupción injustificada ni dilaciones por causas no imputables a la Administración.

TERCERO.- En nuestro sistema tributario, y a partir de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (BOE de 27 de febrero), el legislador ha querido que, por regla general, las actuaciones de investigación y comprobación llevadas a cabo por la Inspección no se demoren más de doce meses, en cuyo cómputo se han de excluir las dilaciones no imputables a la Administración y los periodos de interrupción justificada. Así se expresaba el artículo 29 de la Ley citada y lo hacen hoy los artículos 150.1 y 104.2 de la Ley General Tributaria de 2003.

Conforme a nuestra jurisprudencia, esta previsión del legislador constituye un principio programático de nuestro ordenamiento tributario, enderezado a mejorar la posición jurídica del contribuyente a fin de alcanzar un justo equilibrio en sus relaciones con la Hacienda (punto II de la exposición de motivos de la Ley 1/1998). Por consiguiente, el propósito del titular de la potestad legislativa es que, como principio general, la Inspección de los Tributos finiquite su tarea en el plazo de doce meses. Así los hemos señalado en sentencias de 24 de enero de 2011 (dos) (casaciones 5990/07, FJ 5º, y 485/07, FJ 3º), 26 de enero de 2011 (casación 964/09, FJ 6º), 3 de octubre de 2011 (casación 1706/07, FJ 2º), 6 de octubre de 2011 (casación 194/08, FJ 2º), 2 de abril de 2012 (casación 6089/08, FJ 2º), 19 de abril de 2012 (casación 541/11, FJ 5º), 27 de junio de 2012 (casación 6555/09, FJ 5º), 21 de septiembre de 2012 (casación 3077/09, FJ 2º), 28 de septiembre de 2012 (casación 838/10, FJ 3º), 28 de septiembre de 2012 (casación 4728/09, FJ 3º), 8 de octubre de 2012 (casación 1096/10, FJ 3º), 14 de octubre de 2013 (casación 5464/11, FJ 2º) y 26 de mayo de 2014 (casación 16/12, FJ 4º). Tratándose de un principio general, ese designio ha de presidir la interpretación de las normas que, de una u otra forma, disciplinan la duración de las actuaciones inspectoras.

No obstante, el legislador también ha querido que, por excepción, la Administración pueda ampliar el plazo hasta un máximo de otros doce meses —veinticuatro en total—. No goza, sin embargo, de una potestad discrecional al respec-

to, pues sólo puede hacerlo cuando aprecie que las actuaciones revisten de especial complejidad o si en el transcurso de las mismas comprueba que el contribuyente ha ocultado alguna de sus actividades empresariales o profesionales [artículos 29.1, párrafo 2º, apartados a) y b), de la Ley 1/1998 y 150.1, párrafo 2º, apartados a) y b), de la Ley General Tributaria de 2003].

La ley delimita el concepto jurídico indeterminado “especial complejidad” indicando que puede ser apreciada atendiendo: **(i)** al volumen de las operaciones del contribuyente **(ii)** a la dispersión de sus actividades **(iii)** a su declaración en régimen de consolidación fiscal o en régimen de transparencia fiscal internacional y **(iv)** a aquellos otros supuestos establecidos reglamentariamente [artículo 150.1, párrafo 2º, letra a), de la Ley General Tributaria de 2003].

Tratándose de una excepción a la regla general que quiere que la tarea inspectora se consuma en doce meses, las causas que determinan la ampliación deben ser objeto de interpretación estricta. De otro lado, no basta la mera concurrencia, sin más, de uno de esos parámetros, que sirven para delimitar el concepto jurídico indeterminado “especial complejidad”, sino que resulta preciso justificar en cada caso concreto esa complejidad, que, además, ha de ser “especial”. En otras palabras, deben explicitarse las razones que impulsan a la ampliación, justificando suficientemente que concurre alguno de los presupuestos de hecho a los que el legislador ha vinculado la posibilidad de romper la regla general. En suma, la decisión ha de ser motivada. Inicialmente la Ley 1/1998 no exigía la motivación del acuerdo de ampliación, aunque sí vino a hacerlo el Reglamento General de la Inspección de los Tributos de 1986, en el artículo 31 ter, apartado 2, párrafo 2º, introducido por el Real Decreto 136/2000. En cualquier caso, el Tribunal Supremo entendió que esta exigencia de motivación, hoy presente en la Ley General Tributaria de 2003 (artículo 150.1, último párrafo), era exigible *ab initio*, desde la entrada en vigor de la Ley 1/1998, pues **(i)** se trata de una exigencia que se encuentra implícita en la propia naturaleza de la decisión de prorrogar y en la necesidad de hacer patentes las causas que la

justifican **(ii)** responde al espíritu de la Ley 1/1998 y **(iii)** viene impuesta directamente por el artículo 54.1.e) de la Ley 30/1992 donde se preceptúa que han de motivarse los actos de ampliación de plazos, previsión aplicable con carácter supletorio a los procedimientos tributarios en virtud de la disposición adicional quinta, apartado 1, de la propia Ley 30/1992 [sentencia de 31 de mayo de 2010 (casación 2259/05, FJ 3º)].

Por lo tanto, no es suficiente la concurrencia abstracta, meramente formal si se prefiere, de alguna de las situaciones previstas en la ley, siendo obligado analizar y explicitar en el acuerdo de ampliación por qué las actuaciones de comprobación e investigación son “especialmente complejas”.

CUARTO.- Atendiendo a los anteriores criterios y a la vista de las particulares circunstancias del caso enjuiciado, hemos de analizar si la Sala de instancia ha infringido los preceptos que El Corte Inglés enuncia en su primer motivo de casación al reputar suficientemente motivado el acuerdo de ampliación de las actuaciones inspectoras.

El pronunciamiento jurisdiccional recurrido no es especialmente expresivo en este punto. Se limita a afirmar, tras reproducir parte de nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2011 (casación 6688/09, FFJJ 3º y 4º), relativa a un grupo de sociedades cuyo volumen de operaciones era superior al que determina la obligación de auditar cuentas y en el que concurrían determinadas circunstancias (la solicitud de once ampliaciones de plazos por el obligado tributario y la gran extensión del acuerdo de liquidación, de la demanda y del escrito de conclusiones, así como del recurso de casación), que el caso actual es semejante al decidido en dicha sentencia y que la complejidad resultaba evidente **(i)** habida cuenta del volumen del expediente y la necesidad de analizar múltiples compraventas **(ii)** “a lo que es preciso añadir que el propio recurrente en 11 ocasiones solicitó aplazamientos, lo que es un dato significativo de la magnitud del expediente” [sic] **(iii)** así como que El Corte Inglés tuvo ocasión de alegar frente a la ampliación y nada dijo.

Esta forma de decidir sugiere dos reflexiones. La primera es que resulta erróneo, pues no res-

ponde a la realidad, justificar la complejidad en el hecho de que el obligado tributario solicitara aplazamientos por once veces, pues, como consta en las actas, de conformidad y disconformidad, y en la liquidación, en el procedimiento no hubo interrupciones justificadas ni dilaciones no imputables a la Administración. La sentencia recurrida comete el yerro de trasladar a este caso una circunstancia peculiar del resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo a la que acude para apuntalar su decisión.

La segunda, y no menos importante, consiste en que la motivación debe aparecer en el propio acuerdo de ampliación, sin que pueda después suplirse por los órganos de revisión económico-administrativa o en sede judicial [véase la sentencia de 28 de enero de 2011 (casación 3213/07, FJ 4º)], lo que vale tanto como decir que, por muy justificada que se encuentre *a posteriori* la dilatación del plazo, el dato relevante es si esa explicación se encuentra en la resolución acordándola.

Por ello, hay que centrar el objetivo en la decisión administrativa adoptada al respecto, para comprobar si realmente se justificó suficientemente la necesidad de alargar el plazo de las actuaciones en alguna de las causas legalmente previstas, en cuyo afán han de tomarse en consideración tanto el contenido del propio acto como el de las actuaciones, susceptibles de revelar que, pese a las explicaciones suministradas, no se daba la especial complejidad que amparó la medida. Las sentencias de 19 de noviembre de 2008 (casación 2224/06, FJ 3º) y 18 de febrero de 2009 (casación 1934/06, FJ 4º) han admitido ampliaciones sustentadas en acuerdos cuya motivación no aparecía suficiente, pero en los que las circunstancias concurrentes demostraban la complejidad de las actuaciones. Por la misma razón, debería desecharse una decisión de ampliación formalmente justificada en la que esas circunstancias concurrentes desmintiesen la complejidad.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la resolución de 21 de julio de 2008 justificó la especial complejidad de las actuaciones en: **(i)** tratarse de un grupo de sociedades sometido al régimen de consolidación fiscal, que mantiene relaciones

económico-empresariales con entidades no residentes **(ii)** el volumen de sus operaciones **(iii)** su dispersión geográfica, pues sus actividades tienen lugar en la mayoría de las delegaciones de la Agencia Tributaria, y **(iv)** las demás circunstancias apreciadas por el inspector actuario en la comunicación proponiendo la ampliación. Esta remisión alude a la vinculación con entidades no residentes y al volumen de personal y la variación en su contratación.

Sobre estas últimas (“volumen de personal y variación en la contratación del mismo”) nada se dice ni razona en la resolución decretando la ampliación, por lo que no puede entenderse motivada su concurrencia. La dispersión geográfica es un hecho notorio, pero no se explica por qué introduce mayor complejidad en la tarea inspectora, olvidándose que puede amparar la ampliación si lleva como consecuencia la realización de actuaciones fuera del ámbito territorial de la delegación correspondiente al domicilio social [artículo 31 ter, apartado 1.a).3.º, del Reglamento General de la Inspección de los Tributos en el mismo sentido el artículo 184.2.c) del Reglamento General de 2007], siendo así que, como ha quedado expresado en el anterior fundamento de esta sentencia, todas las diligencias se practicaron en Madrid, ya en el domicilio social del grupo, ya en las dependencias de la Agencia Tributaria, por lo que no puede explicar el alargamiento del plazo que, como regla general, el legislador ha querido sea de doce meses. También se adujeron las relaciones con entidades no residentes, pero esta circunstancia, que también es un hecho indiscutible, escasa repercusión ha tenido en la tarea inspectora, pues ninguna diligencia se ha practicado en relación con ellas, salvo alguna relativa a las retenciones realizadas a esas compañías foráneas, cumplimentada, como todas, en plazo. El volumen de operaciones, en sí mismo considerado, nada dice [véanse las sentencias de 31 de mayo de 2010 (casación 2259/05, FJ 3º), 11 de octubre de 2012 (casación 712/10, FJ 2º) y 11 de abril de 2013 (casación 2414/10, FJ 2º)]. Ahora bien, ese dato, el volumen de operaciones, unido a otras circunstancias, como la pertenencia a un grupo consolidado, puede ser expresivo

de la especial complejidad requerida en la norma [sentencias de 11 de abril de 2013 (casación 2414/10, FJ 2º), 17 de abril de 2013 (casación 1826/10, FJ 2º) y 26 de febrero de 2015 (casación 4072/13, FJ 8º)].

Este último es, precisamente, el supuesto que ahora nos ocupa, pues nos encontramos ante un grupo consolidado con un alto volumen de operaciones. Para empezar, se ha de tener en cuenta que, para tales casos, el legislador presume la especial complejidad [artículo 150.1.a) de la Ley General Tributaria de 2003], presunción que cabe que tenga reflejo en la exigencia de motivación, de modo que una que, *in abstracto*, pudiera ser insuficiente, no lo sea atendiendo al caso particular. Así los hemos dicho en la sentencia de 11 de abril de 2013 (casación 2414/10, FJ 2º): “no es necesaria mayor concreción porque la especial complejidad de la concreta actuación inspectora resulta obvia por la mera circunstancia del elevado volumen de operaciones [...] y por formar parte de un grupo, atendiendo a las actuaciones inspectoras que se llevaban a cabo [...]”.

Esta última frase nos da pie para analizar las actuaciones que se practicaron en este caso (por ello, el detallado relato que de las mismas hemos dejado constancia en el anterior fundamento de derecho), del que se obtiene que se trataba de comprobar numerosos conceptos tributarios a lo largo de cuatro ejercicios (en el caso del impuesto sobre sociedades), después cinco, de nueve empresas de un grupo que declara en régimen consolidado. Iniciadas las actuaciones inspectoras de todas las compañías del grupo, menos una, el día 19 de septiembre de 2007, fecha en la que la Inspección se constituyó en el domicilio social del mismo a las 10.00 horas de su mañana, recabó la información pertinente y acopió la documentación precisa, necesariamente voluminosa, tras cuyo examen se practicaron nuevas diligencias el 15 de febrero de 2008, llevándose a cabo, con alguna excepción, otras el 22 de julio de 2008. Es decir, por regla general, antes de la ampliación se practicaron, además de la actuación inicial y de la que se llevó a cabo en abril de 2008 tras extender la comprobación al ejercicio 2006, dos diligencias para cada compañía. Para algunas empresas del

grupo aquí acabó la tarea inspectora (Tiendas de Conveniencia, Telecor y Viajes El Corte Inglés) y para una principió después de la ampliación, sin que nada se hiciera antes (Cinamar). Respecto de otras [la cabecera del grupo (El Corte Inglés), Hipercor, Supercor, etc.], se efectuaron actuaciones después de la ampliación, generalmente una o dos diligencias, con la excepción de El Corte Inglés, que fueron seis, e Hipercor, con tres. En el caso de estas dos últimas compañías, algunas de estas diligencias "post-ampliación" tuvieron que ver, precisamente, con las operaciones de compraventa de terrenos en Valdemoro y Sanchinarro, compuestas de una extensa documentación contractual y urbanística.

Este escenario (numerosas compañías, una con diligencias sólo después de la ampliación, tres con actuaciones únicamente antes y las cinco restantes con comprobaciones a lo largo de todo el periodo dilatado) refleja una situación típica de complejidad de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación general en un grupo en consolidación fiscal.

Debemos concluir, por tanto, que el acuerdo de ampliación de las actuaciones inspectoras se encontraba en este caso suficientemente motivado. A lo anterior debe añadirse un dato que, por más que El Corte Inglés quiera restarle importancia, para este Tribunal Supremo tiene relevancia, como ya hemos expresado en la sentencia de 22 de diciembre de 2001 (casación 6688/09, FJ 3º), citada en la recurrida. Nos referimos a la circunstancia de que el obligado tributario no se opusiera a la ampliación en el trámite que se le confirió (aunque niegue ese traslado, en la propuesta que se le comunicó se le concedía un plazo para alegaciones) y que firmara un acta en conformidad sin poner la menor objeción a la ampliación y su motivación, guardando silencio también en el trámite de alegaciones frente al acta de disconformidad, y sin que, en fin, suscitara la cuestión en la vía económico-administrativa. Esta opción procedimental no le impedía, en efecto, suscitar la cuestión en la demanda, dado el carácter pleno, aunque revisor, de nuestra jurisdicción, pero desde luego debe tomarse en consideración para analizar las consecuencias de un eventual

defecto en la motivación que, como acabamos de apuntar, no concurre en este caso: si una de las finalidades de la motivación es suministrar al destinatario de un acto administrativo las razones en que la Administración sustenta su decisión para garantizar su derecho a la defensa, mal puede quejarse de su ausencia o de su insuficiencia quien en las distintas ocasiones de que ha dispuesto, tanto antes como después de su adopción, ha hecho dejación de su derecho de defensa.

Por todo lo anterior, hemos de desestimar el primer motivo del recurso de casación instado por El Corte Inglés.

QUINTO.- Los dos últimos motivos del recurso de casación de El Corte Inglés y el único de la Administración General del Estado tratan sobre la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios y la corrección monetaria, como consecuencia de determinadas operaciones de compraventa. Aquella compañía discute la sentencia en cuanto ratifica la decisión administrativa de negar tales beneficios fiscales en relación con la venta de terrenos en Valdemoro y de locales comerciales en Zaragoza. La Administración la combate en cuanto los reconoce para las enajenaciones de suelo en Sanchinarro.

El marco normativo a tomar en consideración está constituido por el artículo 36 ter de la Ley 43/1995, en la redacción de la Ley 24/2001, para los ejercicios 2002 y 2003, y los artículos 15 y 42 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado en 2004, para los ejercicios 2004 y 2005. No está en debate la necesidad de que, para acogerse al beneficio fiscal regulado en dichos preceptos, los bienes enajenados, cuya venta proporciona los beneficios extraordinarios, deben pertenecer al inmovilizado de la sociedad transmitente, conforme ha sentado nuestra jurisprudencia en relación con los regímenes sucesivos (exención por reinversión, diferimiento o deducción en cuota) establecidos para incentivar la reinversión. Pueden consultarse en este sentido nuestras sentencias de 24 de noviembre de 2010 (casación 654/07, FFJJ 2º a 4º), 20 de enero de 2011 (casación 4406/07, FJ 4º), 28 de febrero de 2011 (4687/07, FFJJ 2º y 3º), 2 de

marzo de 2011 (casación 2152/06, FJ 3º), 14 de marzo de 2011 (casaciones 6787/09, FFJJ 2º y 3º, y 1766/08, FFJJ 2º y 3º), 31 de marzo de 2011 (casación 1637/08, FJ 3º) y 17 de octubre de 2011(2) (casaciones 242/09 y 3273/09, FJ 5º), 30 de abril de 2012 (casación 928/10, FJ 4º), 4 de junio de 2012 (casación 1767/10, FJ 2º), 10 de mayo de 2013 (casación 4882/11, FJ 4º), 13 de junio de 2013 (casación 4554/11, FJ 3º); 9 de diciembre de 2013 (casación 3343/12, FJ 3º), 24 de noviembre de 2014 (casación 2292/13, FJ 2º) y 26 de enero de 2015 (casación 2451/13, FJ 2º). Para determinar aquella condición, la de inmovilizado, había de acudirse al artículo 184 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 ("Adscripción de los elementos patrimoniales en el activo"), cuyo apartado 1 decía que la adscripción de los elementos del patrimonio al activo inmovilizado o al circulante debía determinarse en función de la afectación de dichos elementos, añadiendo el apartado 2 que el activo inmovilizado comprendía los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la sociedad. Lo mismo disponía el Plan General de Contabilidad de 1990 cuando en su tercera parte ("Definiciones y relaciones contables") detallaba el contenido del Grupo 2. Inmovilizado: "Comprende los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa" [pueden consultarse las sentencias de 10 de octubre de 2011 (casación 4839/08, FJ 2º), 16 de septiembre de 2013 (casación 748/12, FJ 3º) y 26 de enero de 2015 (casación 2451/13, FJ 2º)].

SEXTO.- Siendo así, ya podemos anunciar el fracaso del recurso de casación de la Administración del Estado, que se refiere a la venta de terrenos sobrantes del Programa de Actuación Urbanística de Sanchinarro, adquiridos por Hipercor, integrada en el grupo consolidado encabezado por El Corte Inglés, para construir un centro comercial en dicho barrio madrileño.

La Sala de instancia declara el carácter de inmovilizado de esos terrenos, pues desde su adquisición los bienes después enajenados quedaron afectados a la actividad económica de la compañía y si se vendieron se debió a una circunstancia

excepcional, independiente de la voluntad de la empresa y motivada por el cambio de actuación urbanística, a lo que añade que en ejercicios precedentes, 2000 y 2001, se transmitieron terrenos en igual situación, aplicándose el mismo beneficio fiscal sin oposición alguna por parte de la Administración, lo que no deja de constituir un acto propio.

Ciertamente, resulta irrelevante cuál fuera el destino inicial que la empresa recurrente pretendiera dar al inmueble, pues el dato determinante es si fue destinado efectivamente a un uso duradero en relación con su giro empresarial [sentencia de 26 de septiembre de 2011 (casación 3179/09, FJ 2º)], pero ocurre que en este caso, según declara probado la Sala de instancia, los terrenos en cuestión sí quedaron afectos a la actividad empresarial, pues se incorporaron al proceso urbanizador a fin de construir un centro comercial, herramienta indispensable para el ejercicio de su giro social, dándose la circunstancia de que, por cambios en el sistema de actuación urbanística (compensación por el de expropiación) y, por ende, en función de hechos independientes de su voluntad, resultaron terrenos sobrantes. En la sentencia de 13 de junio de 2013 (casación 4554/11, FJ 3º), que la de instancia cita, hemos afirmado que la actividad de preparación del bien para su futura explotación empresarial lo habilita para ser considerado como afecto a la misma.

A lo anterior debe añadirse que la propia Administración, en ejercicios precedentes, admitió el beneficio para terrenos en las mismas circunstancias, por lo que ningún esfuerzo resulta necesario realizar para concluir que debe quedar vinculada por sus actos, sin que por lo demás tenga ninguna relevancia la afirmación de que las ganancias obtenidas no fueron reinvertidas, pues constituye una afirmación de parte huérfana de todo apoyo probatorio.

No le falta razón a El Corte Inglés cuando sostiene que, con su recurso, la Administración en realidad discrepa de la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sala de instancia, pues no discute la interpretación dada a la norma aplicable en la sentencia sino la calificación otorgada a los bienes enajenados y su afectación a la ac-

tividad empresarial, lo que no deja de ser tarea propia de la fijación de los hechos del litigio.

SÉPTIMO.- El Corte Inglés critica en el segundo motivo de su recurso a la sentencia de instancia por excluir del beneficio fiscal la reinversión de lo ganado con la enajenación en 2005 de los locales situados en Zaragoza.

La Audiencia Nacional constata que era Fanjul PI, S.L., y no El Corte Inglés, quien utilizaba dichos inmuebles, en virtud de un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, por lo que no estaban afectados a la actividad empresarial de la vendedora. Frente a este razonamiento nada se aduce en el recurso de casación que no sea la afirmación de que contabilizó adecuadamente dichos elementos como inmovilizado, cumpliendo el resto de los requisitos exigidos por la normativa vigente.

Ante este planteamiento, bastará con recordar que la contabilización inicial como inmovilizado de un terreno, solar o edificación no veda considerarlos existencias cuando se destinen a la venta, sólo lo impide que hayan sido objeto de explotación duradera [sentencias de 10 de octubre de 2011 (casación 1254/09, FJ 3º), 17 de octubre de 2011 (tres) (casaciones 5947/08, 242/09 y 3273/09, FJ 3º en los tres casos) y 26 de enero de 2015 (casación 2451/13, FJ 2º)]. Conclusión que es corolario del criterio jurisprudencial que ya hemos expuesto: resulta irrelevante el destino inicial que se pretendiese dar a los bienes enajenados, siendo el dato determinante si fueron destinados efectivamente a un uso duradero en relación con el giro de la compañía.

OCTAVO.- Tratándose de los terrenos vendidos en Valdemoro, la sentencia constata que fueron adquiridos a partir de 1973 para la creación y expansión de un centro logístico, siendo destinados entre tanto a la realización de actividades agrícolas, contabilizándose como inmovilizado. Por estas circunstancias, la Sala de instancia niega que estuvieran afectadas a la actividad empresarial, resultando intrascendente que la demandante los reputara inmovilizado, y considera no acreditado que muchas de esas fincas fueran gradualmente destinadas a la actividad logística.

En el segundo motivo, El Corte Inglés denuncia que: **(i)** tal conclusión de la Sala de instancia infringe los artículos 36 ter de la Ley 43/1995 y 42 del texto refundido de 2004, que no contenían limitación alguna en relación con la aplicación del beneficio fiscal en cuanto al “peso” de la actividad, por lo que no dejan de estar afectos al giro empresarial los bienes que se dedican a una ocupación “residual” o poco representativa en relación con la actividad global de la compañía; **(ii)** al sustentar su decisión en el hecho de que la actividad a la que estaban afectos los inmuebles no fuera la principal de la compañía, la Audiencia Nacional abrió un debate ajeno a la discusión original, vulnerando sus derechos a la defensa y al juez imparcial; y **(iii)** desconoce el derecho a la prueba, incurriendo en una valoración arbitraria de la misma, especialmente en relación con el dictamen pericial, en el que se declaran correctamente contabilizados los terrenos como inmovilizado.

Empezando por el final, se ha de precisar que no hay discusión en este punto sobre los hechos del litigio. La Sala de instancia no niega que los terrenos fueran contabilizados de la indicada forma ni que se destinaran a la actividad agraria durante un largo periodo de tiempo, por lo que difícilmente puede haber incurrido en los defectos que denuncia la recurrente y en la infracción de los preceptos que cita sobre la valoración de determinados medios de prueba.

El debate es de índole jurídica: si en la redacción aplicable *ratione temporis* los artículos 36 ter de la Ley 43/1995 y 42 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004 exigían la afectación de los bienes a la actividad empresarial y si esta afectación debía serlo a la principal y no a una residual. Y en este orden de cosas, previamente se ha de dilucidar si tal cuestión fue introducida *ex novo* por la Sala de instancia, siendo extraña a la discusión original.

La Audiencia Nacional no incorporó por sorpresa en la sentencia una cuestión ajena al debate procesal. Si lo que se discutía ya desde la vía administrativa era si las parcelas vendidas en Valdemoro eran existencias por no estar afectadas a la actividad empresarial, la consideración de la explo-

tación agropecuaria a la que fueron destinadas estaba ya presente en la contienda. El propio Tribunal Económico-Administrativo Central reparó en la insignificancia de los ingresos derivados de la actividad agrícola en relación con la cifra de negocios de la entidad (FJ 6º), irrelevancia de la que era consciente la propia sociedad El Corte Inglés, que ni en los informes de auditoría, ni en la memoria, ni en las cuentas anuales la menciona, pese a ser una realidad. En estas circunstancias, mal puede sostenerse que la Audiencia Nacional haya añadido, por sorpresa y sin oír a los litigantes, un tema inédito en el litigio; muy al contrario, formaba parte del debate desde la vía administrativa.

Llegados a este punto, resta por determinar si, como sostiene la recurrente, la sentencia se confunde al exigir la afectación de los bienes a la actividad empresarial, pues era una exigencia inexistente en nuestro ordenamiento antes del 31 de diciembre de 2006, que hasta dicha fecha se limitaba a reclamar que pertenecieran al inmovilizado y que se hubieran poseído al menos un año antes de la transmisión.

La respuesta se encuentra en nuestra jurisprudencia, de la que hemos dado cuenta *ut supra*. No se trata de si la ocupación a la que se asignen los bienes que después se transmiten es o no la principal de la compañía, sino de que para tener la condición de inmovilizado deben quedar afectos de manera permanente al giro empresarial propio de la entidad, siendo evidente que la explotación agropecuaria no constituye la actividad de El Corte Inglés.

Por lo demás, ninguna virtualidad tiene para la decisión del litigio la sentencia de 21 de febrero de 2014 (casación 5446/11, FJ 5º), que El Corte Inglés cita. Dicho pronunciamiento no resolvió que los terrenos allí enajenados estuvieran afectos a la actividad empresarial porque durante un largo periodo de tiempo la allí recurrente, dedicada a la promoción inmobiliaria y al arrendamiento de inmuebles, los explotara agrícolamente, sino porque durante ese tiempo realizó una intensa actividad para transformarlos jurídicamente en parcelas susceptibles de construir sobre ellas viviendas destinadas al alquiler, aña-

diéndose, a mayor abundamiento, que durante dicho periodo la interesada llevó a cabo en los terrenos afectados una actividad agrícola. La razón de decidir no fue la dedicación agraria, sino la puesta en marcha de una actividad enderezada a transformar los terrenos en solares susceptibles de soportar los inmuebles en los que la allí recurrente poder desarrollar su giro empresarial.

Todo lo anterior conduce a la desestimación del segundo motivo del recurso de casación de El Corte Inglés.

NOVENO.- En el tercer argumento de su impugnación, dicha sociedad denuncia la vulneración por la sentencia de instancia de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, así como la del que impide ir contra los propios actos, con infracción de los artículos 9.3 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992 y desconocimiento de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

Expone que en la demanda alegó que en comprobaciones relativas a ejercicios anteriores no se practicó una regularización como la que está en el origen del presente recurso, a pesar de que en dichos periodos se habían aplicado los mismos beneficios fiscales, limitándose la Sala de instancia a entender operativa dicha doctrina para los inmovilizados enajenados por Hipercor y no por El Corte Inglés, a pesar de que los supuestos de hecho eran sustancialmente iguales. Subraya que la Audiencia Nacional no justifica esta diferencia de trato.

Para resolver esta queja se ha de tener en cuenta que, en efecto, en la demanda El Corte Inglés expuso, con referencia expresa al expediente administrativo (páginas 1323 a 2374) y sin oposición de contrario, que en los ejercicios 2000 y 2001 (periodos de 1 de marzo de 2000 a 28 de febrero de 2001 y de 1 de marzo de 2001 a 28 de febrero de 2002) enajenó fincas en las mismas condiciones que las contempladas en este recurso (venían dedicándose a la actividad agropecuaria desde el año 1973), aplicando en la respectiva autoliquidación del impuesto sobre sociedades el correspondiente beneficio fiscal por reinversión de las ganancias extraordinarias obtenidas con la venta sin que en la comprobación llevada a

cabo se pusiera el menor reparo por la Inspección (véanse las actas correspondientes en las páginas 1760 y siguientes del expediente). En efecto, así consta en la página 1703 del expediente, para el ejercicio 2000, donde se refleja la página 14 de la autoliquidación del impuesto sobre sociedades, apareciendo en la casilla 904 ("Terrenos y bienes naturales") la cifra de 92.619.870.519 euros que refleja la disminución al resultado contable del beneficio obtenido en la transmisión. Para el ejercicio 2001 puede consultarse la página 1721 del expediente.

También precisó El Corte Inglés que los elementos a los que se le niega en los actos recurridos la condición de inmovilizado fueron acogidos a la actualización de balances del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE de 8 de junio), autoliquidando el correspondiente gravamen único de actualización, siendo comprobadas las autoliquidaciones por la Inspección (folios 1778 a 1799 del expediente administrativo), sin que tampoco nada opusiera a las mismas.

En estas circunstancias hemos de darle la razón. En la sentencia de 19 de junio de 2012 (casación 969/09, FJ 3º), trayendo a colación la de 8 de febrero de 2005 (casación 6567/99, FJ 6º), hemos aplicado la doctrina de los actos propios para considerar las fincas allí enajenadas activo material fijo (inmovilizado material) y operativa la ventaja fiscal por reinversión de los beneficios obtenidos con su enajenación porque los bienes en cuestión, a los que la Administración les negaba tal condición, fueron objeto de revalorización por dos veces como tales sin que la Administración pusiera el menor reparo.

La doctrina de los actos propios y el principio de seguridad jurídica al que sirve, proclamado al más alto nivel por el artículo 9.3 de nuestra Constitución e invocado repetidamente en la Ley General Tributaria de 2003, impiden adoptar una solución distinta. Este desenlace no resulta extravagante en nuestra jurisprudencia, que en la tensión entre legalidad y seguridad se ha inclinado por esta última cuando, mediante actos inequívocos anteriores, manifestados de forma expresa, tácita o

implícita, la Administración adopta una determinada decisión de la que, después, de una manera u otra se desdice en el acto impugnado. Pueden consultarse en este sentido las sentencias de 30 de noviembre de 2009 (casación 3582/03, FJ 3º), 26 de abril de 2010 (casación 7592/05, FJ 7º), 4 de noviembre de 2013 (casación 3262/12, FJ 2º), 9 de diciembre de 2013 (casación 5712/11, FFJJ 4º y 5º), 6 de marzo de 2014 (casación 2171/12, FJ 5º), 26 de noviembre de 2014 (casación 2878/12, FJ 4º) y 15 de enero de 2015 (casación 1370/13, FJ 4º).

No resulta admisible en nuestro sistema jurídico que, comprobado un ejercicio tributario en el que se aplica un beneficio fiscal por la reinversión de las ganancias extraordinarias obtenidas mediante la transmisión de determinados bienes, después en ejercicios sucesivos se niegue la ventaja a las generadas por la enajenación de bienes de la misma naturaleza y ubicación, hurtándoles una condición (la de inmovilizado material) que la propia Administración asumió al comprobar regularizaciones de balances previas.

Estimando, por tanto, el tercer motivo de casación por las razones expuestas, procede anular la sentencia de instancia en cuanto no reconoce la aplicación del beneficio fiscal en cuestión a los terrenos enajenados por El Corte Inglés en Valdemoro.

Resolviendo el debate en los términos suscitados [artículo 95.2.d) de la Ley de esta jurisdicción], procede acoger la demanda de la mencionada compañía en este particular.

DÉCIMO.- En resumen:

1º) El recurso de casación de la Administración General del Estado debe ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia en cuanto considera aplicable las ventajas fiscales de corrección monetaria y deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en relación con los terrenos vendidos en Sanchinarro.

2º) La misma suerte ha de correr el segundo motivo del recurso de El Corte Inglés y, en particular, en lo que se refiere a la aplicación de esos beneficios fiscales en relación con la venta de locales en Zaragoza, debiendo ser confirmada la sentencia de instancia en este punto.

3º) Debe acogerse, sin embargo, el tercer motivo del recurso de El Corte Inglés, procediendo casar la sentencia de instancia en cuanto ratifica los actos administrativos impugnados que niegan la aplicación de los repetidos beneficios fiscales en relación con los terrenos de Valdemoro, extremos éste en el que hemos de estimar la demanda, reconociendo el derecho de la mencionada compañía a la aplicación de los mismos.

UNDÉCIMO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de esta jurisdicción, las costas del recurso de la Administración del Estado deben ser impuestas a ella misma, si bien, haciendo uso de la facultad que nos otorga el apartado 3 del mismo precepto, con el límite de ocho mil euros, habida cuenta del alcance y la dificultad de las cuestiones que suscitaba.

A la vista del mencionado precepto, no procede hacer ningún pronunciamiento sobre las del recurso de El Corte Inglés, solución que ha de adoptarse también en relación con las costas de la instancia, habida cuenta de lo dispuesto en el apartado 1 de dicho precepto, debiendo cada parte pagar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por lo que respecta a la solicitud efectuada por El Corte Inglés de que, en caso de estimarse su recurso, condenemos a la Administración a indemnizar el gasto en que incurrió para formalizarlo por el abono de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, se ha de recordar, al margen de que la estimación de su impugnación no ha sido total, que esta Sala ha manifestado que, tratándose la mencionada tasa de un gasto más del proceso, ha de estarse a lo que se disponga en orden al pago de las costas [véanse las sentencias de 14 de enero de 2011 (recurso ordinario 509/07, FJ 11º), 23 de diciembre de 2010 (recurso ordinario 221/07, FJ 13º), 13 de junio de 2011 (casación 1028/09, FJ 7º) y 9 de marzo de 2014 (casación 3818/13, FJ 8º)].

FALLO:

Desestimando el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado y

acogiendo parcialmente el instado por El Corte Inglés, S.A., contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2014 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 73/11, la anulamos en parte.

En su lugar, estimando también en parte la demanda formulada por la mencionada compañía en el referido recurso contra la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central el 20 de diciembre de 2010, en la reclamación 5051/09:

1º) Revocamos la sentencia recurrida, reconociendo el derecho de la mencionada compañía a la aplicación de los beneficios fiscales de corrección monetaria y deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en relación con la compraventa de terrenos del centro logístico que tiene en el término municipal de Valdemoro (Madrid).

2º) En lo demás, la confirmamos y, por ello, mantenemos el reconocimiento de ese derecho en relación con las transmisiones de terrenos en el barrio de Sanchinarro de Madrid y su denegación para la venta de locales en Zaragoza.

3º) Imponemos a la Administración el pago de las costas causadas mediante su recurso de casación, con el límite señalado en el último fundamento jurídico, sin hacer un especial pronunciamiento sobre las correspondiente al recurso de El Corte Inglés y sobre las de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Vicente Garzón Herrero Ángel Aguallo Avilés Joaquín Huelín Martínez de Velasco José Antonio Montero Fernández Manuel Martín Timón Juan Gonzalo Martínez Mico Rafael Fernández Montalvo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Joaquín Huelín Martínez de Velasco, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretaria, certifico.

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

SOCIAL

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

(Tol 5010242)

Cabecera: Despido colectivo en grupo de empresas. Una de las empresas del grupo — Construcciones Pallá hermanos SA— tiene representación legal, dos trabajadores, otra no la tiene —EYASA— y los trabajadores nombran una comisión “ad hoc” de tres miembros. Estos cinco trabajadores forman la comisión “híbrida” que negocia el despido colectivo. Llegan a un acuerdo en Construcciones Pallá Hermanos SA y concluyen sin acuerdo las negociaciones respecto al despido de la empresa EYASA, finalizando con dos distintos números de ERE 1476/2013 y 1477/2013, respectivamente. Impugnan el despido colectivo dos de los integrantes de la comisión negociadora, que son dos de los componentes de la comisión “ad hoc” nombrada en la empresa EYASA. Único motivo del recurso: Legitimación de los dos citados miembros de la comisión negociadora para impugnar el despido de los dos ERE. Carecen de legitimación activa.

Jurisdicción: Social

Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 21/04/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Número Recurso: 311/2014

I. PROBLEMAS DERIVADOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS COMISIONES NEGOCIADORAS MIXTAS PARA IMPUGNAR EL DESPIDO COLECTIVO

1. El debate en torno a la legitimación activa de las comisiones negociadoras híbridas para impugnar el despido colectivo

Las empresas Construcciones Pallá Hermanos SA y Estructuras, Ayudas y Albañilerías SA (EYASA) iniciaron a finales del año 2013 un procedimiento de despido colectivo con la finalidad de extinguir la totalidad de los contratos de trabajo de la plantilla de ambas empresas (33 y 4 trabajadores

respectivamente). La causa de tal decisión remitía a los graves problemas económicos que atravesaban las empresas, con cuantiosas pérdidas acumuladas, la consiguiente reducción de capital circulante, problemas de liquidez y desequilibrio financiero. Ambas empresas formaban parte, junto con una tercera empresa carente de trabajadores, de un grupo de sociedades. A pesar de que, dado el número de trabajadores de la plantilla de EYASA, en esta empresa no había obligación de seguir el procedimiento de despido colectivo, en la Memoria presentada se justifica la extensión del procedimiento de despido colectivo a ambas empresas atendiendo a la circunstancia de que ambas forman parte de un mismo grupo de sociedades y con la finalidad de no privar a los trabajadores de esta última de sus derechos de información y consulta.

Con esta situación, cada una de las empresas se dirige a sus trabajadores para que determinen la composición de las comisiones negociadoras. En Construcciones Pallá dicha comisión queda integrada por los dos trabajadores que ostentaban la condición de representantes unitarios. En EYASA, a falta de representantes legales, los trabajadores designan a tres trabajadores que integrarán la comisión negociadora. A partir de ese momento, el periodo de consultas se desarrolló simultáneamente con los cinco trabajadores designados como representantes, se celebraron seis reuniones, siendo idénticas las propuestas y la documentación aportada por las empresas, si bien se levantaron actas separadas de la negociación en cada una de las empresas. Finalmente, dado que las posiciones mantenidas por los representantes de los trabajadores en el seno de la comisión negociadora no eran uniformes, la negociación desembocó en dos procedimientos distintos. Uno de ellos —el referido a Construcciones Pallá— concluyó con acuerdo en tanto que el referido a EYASA finalizó sin acuerdo. Días después, EYASA comunica a sus cuatro trabajadores la extinción de sus contratos por causas objetivas al amparo del art. 52 c) ET.

En este contexto, dos de los trabajadores de EYASA, que habían participado en el periodo de consultas como integrantes de la comisión negociadora, impugnan el despido colectivo solicitando la declaración de nulidad de la decisión extintiva que afectó al conjunto de los trabajadores del grupo de empresas demandadas. En su demanda solicitan la declaración de nulidad del despido colectivo por, entre otras razones, falta de la causa legal consignada en la comunicación escrita, incumplimiento del procedimiento previsto en el art. 51 ET, fraude, dolo y abuso de derecho y, finalmente, vulneración de derechos fundamentales por haberse producido discriminación entre trabajadores del mismo grupo. La parte demandada alega excepción

de incompetencia funcional y falta de legitimación activa de los demandantes.

Esta última excepción será clave de la decisión judicial que, tras declarar su competencia para conocer de la acción de despido colectivo, aborda la cuestión de la legitimación de los demandantes. Al respecto, el Tribunal de instancia (STSJ Madrid, en sentencia de 20 de mayo de 2014, Proc. 124/2014), con apoyo en anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, concluye que, si bien con carácter general la comisión negociadora está legitimada para impugnar el despido colectivo, no lo están sus miembros a título individual de modo tal que, siendo únicamente dos miembros de una comisión integrada por cinco trabajadores los que interponen la demanda, no se cumple el necesario presupuesto para su adecuada formulación procesal. El Tribunal añade, además, que en caso de considerar que la impugnación del despido se refiere únicamente al de la empresa EYASA, en la medida en que se pudiera considerar que se negoció y se concluyó de forma independiente al de Construcciones Pallá, la litis quedaría igualmente cercenada al ser los trabajadores de esta empresa únicamente cuatro lo que implicaría la innecesariedad de tramitar un despido colectivo y, por tanto, la carencia de objeto de una demanda fundada en el art. 124 LJS.

Frente a esta sentencia los demandantes interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo, siendo el único punto objeto de debate el relativo a la legitimación activa de los recurrentes. En su sentencia, de 21 de abril de 2015 (R° 311/2014), el Tribunal Supremo parte de que, conforme a los hechos probados, se ha desarrollado un único proceso negociador entre la representación de la empresa y una comisión integrada por representantes de los trabajadores de las dos empresas afectadas por las medidas extintivas. Se trata, pues, según el Tribunal, de una comisión híbrida de las que contempla el art. 41.4.b) 2° ET, al que se remite el 51.2 ET, cuando prevé que si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo la comisión podrá estar integrada por los representantes unitarios de aquellos centros de trabajo que cuente con ellos y por los trabajadores que integren la comisión o comisiones *ad hoc* en representación de los trabajadores del centro o centros de trabajo que carezcan de representantes. A título informativo, la sentencia advierte que la comisión se ha constituido irregularmente dado que no se respeta la adecuada proporcionalidad que exige la ley pero, dado que esta circunstancia no ha sido alegada el recurso, no atribuye mayores consecuencias a este defecto y centra el análisis en la cuestión de la legitimidad.

Partiendo de estas premisas, el Tribunal aborda el núcleo esencial del debate. El análisis se descompone en dos cuestiones esenciales. La primera

de ellas, que presenta un carácter general y es por tanto extensible a otros supuestos similares, remite a la determinación de si la comisión negociadora híbrida o mixta tiene legitimación activa para impugnar el despido colectivo ex art. 124 LJS. La cuestión cuenta con antecedentes en la doctrina del Tribunal Supremo que se había enfrentado ya al mismo problema en relación con las comisiones *ad hoc*. La respuesta será también ahora positiva, en buena medida por similares razones a las que determinaron el reconocimiento de la legitimación de las comisiones *ad hoc*, aunque el Tribunal profundiza en su argumentación. La segunda cuestión que se analiza en la sentencia presenta un alcance más limitado, pues se refiere a la consideración de si en el caso concreto la decisión de impugnación se había adoptado correctamente en el seno de la comisión. Pero no por ello ofrece menor interés. Muy al contrario, para resolver esta cuestión el Tribunal Supremo ha de determinar cuál es el procedimiento de adopción de decisiones en el seno de estas comisiones negociadoras y al hacerlo fija los criterios para determinar cuándo la decisión de impugnación se adopta o no adecuadamente. La aplicación de tales criterios a cada caso particular será determinante para la solución individualizada de cada conflicto.

2. Legitimación activa para impugnar el despido colectivo ex art. 124 LJS. Previsiones legales e interpretaciones judiciales

La reforma del procedimiento de despido colectivo ha ido acompañada de la adaptación de las normas procesales para regular, en el art. 124 LJS, el procedimiento de impugnación “colectiva” del despido. Son numerosos los pronunciamientos judiciales que han abordado cuestiones sustantivas de la regulación del despido colectivo pero no menos interés ofrecen aquellas sentencias que han analizado distintos aspectos relativos a la modalidad procesal del despido colectivo. Sea por la novedad que este proceso presenta en el esquema procesal clásico de impugnación de las decisiones extintivas, sea por su inescindible vinculación con las demandas individuales que pueden derivarse de la decisión colectiva, lo cierto es que son numerosos los problemas interpretativos que dicho precepto ha generado y, precisamente por ello, del mayor interés aquellos pronunciamientos judiciales que han abordado su solución.

Una de esas cuestiones deficientemente reguladas en el art. 124 LJS es, sin duda, la referida a la legitimación para interponer la demanda de despido colectivo. Conforme al art. 124.1 LJS, “la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del

proceso previsto en los apartados siguientes. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstas deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”. A estas previsiones se añade el reconocimiento de la legitimación del propio empresario si bien la misma sólo es operativa en los términos previstos en el art. 124.3 LJS, esto es, “cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los sujetos a que se refiere el apartado 1 o por la autoridad laboral de acuerdo con el art. 148.b) de esta ley, una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores”.

Sobre ese esquema, la doctrina judicial ha actuado en una doble dirección. Por una parte, para interpretar los términos y condiciones en que las representaciones unitarias o sindicales deben ejercer esa legitimación. Por otra, para completar el elenco de sujetos legitimados, más allá de la literalidad de la norma. En esta segunda línea de actuación judicial se inserta la STS de 21 de abril de 2015, que avanza un paso más en la identificación de los sujetos legitimados para ejercer la acción regulada en el art. 124 LJS.

A) Aclaraciones sobre la legitimación de las representaciones unitarias y sindicales

La legitimación de los representantes sindicales en el procedimiento de impugnación colectiva del despido está condicionada —en la redacción vigente del art. 124.1, porque en su versión inicial no se recogía esta exigencia— a la acreditación de “implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”. Se ha señalado que “para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical (...) debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate (STS de 20 de marzo de 2012, R° 71/2010; SAN de 11 de enero de 2013, Proc. 381/2012 y SAN de 20 de marzo de 2013, Proc. 219/2012). La doctrina judicial ha señalado que este vínculo se aprecia cuando el sindicato tiene presencia en los órganos de representación unitaria o cuando el sindicato posea un nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto. La Audiencia Nacional, con la finalidad de establecer unos criterios con voluntad de permanencia y seguridad jurídica, ha precisado más y en algún pronunciamiento ha señalado que la suficiente implantación se acredita cuando el sindicato ostenta en el ámbito de la medida impugnada el porcentaje necesario para ocupar al menos uno de los puestos en la comisión negociadora, porcentaje que asciende, tal y como señala la Audiencia Nacional, al 7,69%

del total de representantes unitarios (SSAN de 16 de mayo de 2014, Proc. 500/2013 y de 25 de noviembre de 2014, Proc. 157/2014). Por estas razones se ha rechazado la implantación cuando el sindicato no tiene presencia en los órganos de representación y solo están afiliados al mismo un 0,3% de los trabajadores de la empresa (STS de 6 de junio de 2011, R° 162/2110) o cuando consta que el sindicato carece de representantes en los dos centros de trabajo, de los cuatro que tiene la empresa, afectados por el despido (STS de 21 de octubre de 2014, R° 11/2014 y de 25 de febrero de 2015, R° 202/2014) o, finalmente, cuando no se ha acreditado la existencia de más de un afiliado (STS de 24 de junio de 2014, R° 297/2013).

En el caso de los representantes unitarios, —delegados de personal y comités de empresa— la legitimación activa deriva de su condición representativa que por sí misma es suficiente para acreditar una relación real y efectiva con el ámbito del despido. También estará legitimado para impugnar la decisión de despido colectivo el comité intercentros, siempre que entre sus competencias estuviese la participación en el periodo de consultas del despido colectivo (TSJ País Vasco 9-10-2012, R° 13/2012). En estos casos de impugnación por los representantes unitarios únicamente se requiere, como se analizará con detalle más adelante, que la decisión de impugnar el despido se adopte legítimamente en el seno del órgano de representación (STS de 25 de febrero de 2015, R° 36/2014 y STS de 21 de abril de 2015, R° 311/1014).

En cualquier caso, los representantes unitarios o sindicales podrán impugnar el despido colectivo cuando hayan participado en el periodo de consultas y siempre que este haya concluido sin acuerdo. En caso de que la negociación concluyera con acuerdo sobre el despido, la posición procesal que corresponde a la comisión negociadora es la de demandado (art. 124.4 LJS). Pero la legitimación activa no se reserva únicamente para los representantes que hayan intervenido en el proceso negociador sino que se extiende a los representantes que no hayan participado, siempre que cumplan las condiciones señaladas en el art. 124.1 LJS (como ocurre, entre otros, en el asunto resuelto por la STS de 24 de febrero de 2015, R° 165/2014).

Finalmente, el art. 124 LJS reconoce legitimación activa a la empresa cuando los representantes de los trabajadores no han ejercitado la acción de impugnación. El objeto de la demanda en estos casos, tal y como señala el propio art. 124.3 LJS, es la declaración de que la medida extintiva es ajustada a derecho con la evidente finalidad de que dicha declaración surta efectos de cosa juzgada sobre los eventuales procedimientos de impugnación individual de los despidos. En estos casos, la legitimación pasiva corresponderá a los representantes que hayan participado en el periodo de consultas pero

solo si éste ha terminado sin acuerdo. En otro caso, la demanda de la empresa “carecería de interés actual y real porque ambas partes tendrían el mismo interés, lo que desemboca en la inexistencia de un conflicto colectivo actual y en que la empresa carezca de acción procesal para promoverlo dado que este tipo de procesos sólo puede instarse frente a sujetos colectivos que se opongan al despido colectivo acordado” (STS 22-12-2014, Rº 81/2014). Y es que, en efecto, si las consultas acabaron con acuerdo, no existiría sujeto colectivo que se opusiera al despido y que esté en condiciones de hacerlo en el proceso y en estas condiciones no existiría un proceso con contradicción real.

B) Ampliación de la legitimación a las comisiones ad hoc

En este diseño legal, sin embargo, no se mencionan ni las comisiones *ad hoc* ni los trabajadores individualmente considerados. La omisión de estos últimos está justificada por el carácter esencialmente “colectivo” de la modalidad procesal del art. 124 LJS. Que la modalidad procesal regulada en el art. 124 LJS es una variante del conflicto colectivo se desprende con claridad del objeto de este proceso y del contenido de la sentencia. Procesos colectivos son aquéllos en los que, como ocurre en la impugnación del despido colectivo, se controvierten y resuelven cuestiones de carácter general que afectan a un colectivo de trabajadores. Por ello, la legitimación *ad procesum*, tanto la activa como la pasiva, debe recaer necesariamente en sujetos colectivos porque, como ha señalado el Tribunal Constitucional, los procesos colectivos requieren que “el litigio se sustancie siempre entre entes colectivos o de naturaleza colectiva, entre los que se incluyen los empresarios”. Es por ello que el Tribunal Supremo ha rechazado demandas interpuestas por trabajadores o en las que los demandados eran los trabajadores individualmente considerados (STS 18-3-de 2014, Rº 114/2013).

Menor justificación tiene, sin embargo, que no se mencionen expresamente en el art. 124 LJS entre los sujetos legitimados activa o pasivamente las comisiones *ad hoc*. Las mismas están diseñadas para actuar en representación de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo que carecen de órganos de representación. Se configuran como un órgano de representación extraordinaria —en cuanto solo surge en defecto de los mecanismos de representación legal o sindical ordinarios— y especializado —en la medida en que tiene por exclusiva competencia la negociación que haya de desarrollarse en el marco de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de despido colectivo—. Ni la norma laboral ni la procesal atribuyen a la comisión *ad hoc* competencias para la defensa

de los intereses de sus representados. Pero su legitimación para impugnar el despido colectivo es consecuencia necesaria, como ha señalado el Tribunal Supremo, del reconocimiento de su competencia para participar en el periodo de consultas en representación de los trabajadores. Lo contrario conduciría a entender que las decisiones extintivas de carácter colectivo en empresas o centros de trabajo que carecen de representación unitaria o sindical son inimpugnables generándose una diferencia injustificada entre los supuestos en que existen representantes de los trabajadores y aquéllos en los que tal representación no existe (STS 18 de marzo de 2014, R° 114/2013).

C) *Su extensión a las comisiones mixtas*

El siguiente paso en esta labor de interpretación del art. 124.1 LJS lo da la STS de 21 de abril de 2015 (R° 311/2014) que ha motivado este comentario. En esta sentencia se debate si la comisión híbrida que negocia el despido colectivo está legitimada ex art. 124.1 LJS para impugnar la decisión empresarial extintiva. Ya se dijo que la solución es favorable al reconocimiento de dicha legitimación pero antes de abordar el análisis del razonamiento jurídico que conduce a tal conclusión debe hacerse una referencia a la STS de 23 de marzo de 2015 (R° 287/2014).

En principio se trata de un supuesto con perfiles propios, distintos a los citados hasta el momento. De hecho, lo que se cuestiona en esta última sentencia es la legitimación pasiva de los trabajadores individualmente considerados en el proceso de impugnación del despido colectivo. Se trataba de un supuesto en el que, a falta de representantes unitarios o sindicales en la empresa, y eludiendo la constitución de la comisión *ad hoc*, todo el periodo de consultas se desarrolló mediante la negociación directa entre la empresa y los diecisiete trabajadores de la plantilla. La negociación finalizó sin acuerdo y la empresa ejerció la acción de jactancia prevista en el art. 124.3 LJS dirigiendo su demanda frente a los diecisiete trabajadores que participaron en la negociación. El Tribunal Supremo admite la posibilidad de que las consultas se desarrollen directamente con los propios trabajadores y reconoce que dicha situación trasciende al plano procesal puesto que “el protagonismo procesal de los trabajadores en simple consecuencia de que en la empresa no hubiese representación de los mismos, ni unitaria ni sindical, y de que ellos hubiesen optado por ser —todos— los interlocutores en el periodo de consultas”. El pronunciamiento es verdaderamente excepcional y por ello la sentencia se cuida de advertir que ésta es una solución admisible solo en función de las circunstancias concurrentes —no excesivo número de trabajadores afectados, voluntad unánime de los mis-

mos de negociar personalmente los despidos, allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...—. La constitución de la comisión *ad hoc* no es pues una fórmula disponible para los trabajadores sino, en condiciones generales, la única vía para que pueda tramitarse adecuadamente el despido colectivo. Lo que ocurre es que, una vez que se admite, aunque sea excepcionalmente, la negociación directa con los trabajadores, por fuerza ha de admitirse su intervención en el proceso de impugnación, tanto como demandados —como ocurría en el supuesto controvertido— como demandantes.

Lo interesante de esta sentencia es que la conclusión, en lo que a la legitimación procesal de los trabajadores se refiere, se alcanza aplicando la doctrina que el Tribunal Supremo diseñó en relación con las comisiones *ad hoc*. Afirma el Tribunal que “si —en razón a la tutela judicial y a lo exclusivos efectos de la legitimación del art. 124 LJS— hemos de otorgarle entidad “colectiva” a la comisión que los trabajadores nombren —de entre ellos— para ser interlocutores en el periodo de consultas, con mayor razón habría de reconocerse la misma cualidad “colectiva” a la totalidad de la plantilla”. En definitiva, se le reconoce dicha legitimación si bien insistiendo también en este punto en que tal conclusión se alcanza en atención a las excepcionales circunstancias del caso y sin pretensión alguna de generalidad.

a) La legitimación *ad procesum* de la comisión mixta

La STS de 21 de abril de 2015 vuelve a plantearse la cuestión de la legitimación activa, ahora en relación con la comisión prevista para los despidos que afecten a varias empresas de las cuales algunas cuentan con representantes unitarios en tanto que otras no, comisión a la que gráficamente se califica como “híbrida” o “mixta” en la medida en que tal es su composición, integrada por representantes unitarios y representantes elegidos directamente por los trabajadores para que les representen en el periodo de consultas. El Tribunal apela a la identidad de razón existente entre la STS de 18 de marzo de 2014, en la que se reconoció legitimación a la comisión *ad hoc*, y la situación de las comisiones híbridas de manera que también a estas ha de reconocerse legitimación para impugnar el despido colectivo en cuya negociación participaron.

Pero la sentencia abunda en las razones que conducen a esta solución apelando a los siguientes argumentos: en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente colectiva, quedaría insatisfecho si a la comisión se le negara la legitimación activa, pues se cercenaría la posibilidad de impugnación por los trabajadores del despido colectivo. Y ello porque cuando no existe representación legal o sindical, el único sujeto que, por

parte de los trabajadores, puede impugnar el despido colectivo es la comisión negociadora ya que el trabajador individual no está legitimado para impugnar el despido ex art. 124 LJS. A ello se añade el interés legítimo que ostenta la comisión para ejercer la acción procesal lo que conduce también a reconocerse dicha legitimación al amparo del art. 17 LJS interpretado conforme a la doctrina constitucional sobre el principio *pro actione*, que apuesta por eliminar las interpretaciones que obstaculicen el derecho a acceder a los tribunales (entre otras, SSTC 63/1999, de 26 de abril y 158/2000, de 12 de junio). Añade además la sentencia que carece de toda justificación que en los supuestos en los que ha negociado la representación legal o la sindical, existente en la empresa, sea posible la impugnación del despido, por estar activamente legitimadas dichas representaciones, y no quepa tal impugnación si no hay representación legal o sindical y ha negociado la comisión *ad hoc* o la comisión “híbrida”, por no tener reconocida legitimación para accionar. De forma paralela a la anterior consideración, se subraya que no existe justificación alguna para admitir que el empresario está legitimado para accionar en el supuesto de que exista representación legal o sindical —únicamente están legitimados pasivamente los sujetos colectivos— y no si ha negociado la comisión *ad hoc* o la comisión “híbrida”. Finalmente, concluye la sentencia que resultaría contrario a toda lógica el otorgar a la comisión plena capacidad para negociar en representación de los trabajadores, con las mismas facultades que corresponderían a la representación unitaria o a la sindical, y negarles legitimación para impugnar el despido, legitimación que sí se reconoce a dichas representaciones.

b) La adopción del acuerdo de impugnación en el seno de la comisión mixta

Una vez aclarada la legitimación activa de la comisión negociadora en el procedimiento de impugnación del despido colectivo —aclaración que tiene una eficacia o virtualidad general y es, por ello, aplicable en otros supuestos en los que la participación en el periodo de consultas ha correspondido a una comisión mixta—, el segundo paso del razonamiento jurídico remite a la valoración de si la decisión de impugnación se ha tomado adecuadamente en el seno del órgano o comisión que impugna. Cuando el demandante es un órgano de representación unitaria, la propia norma reguladora resuelve cómo ha de formarse la voluntad en su seno. En este sentido, el art. 65.1 ET reconoce al Comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de su competencia, y exige que dichas actuaciones se decidan por la ma-

yoría de sus miembros. En relación con los delegados de personal “si bien ejercen mancomunadamente ante el empresario la representación, a tenor del art. 62.2 ET, también han de ejercer de este modo la representación con ocasión del ejercicio de cualquier acción procesal (STS 25 de febrero de 2015, R° 36/2014). Por lo que se refiere a las representaciones sindicales, el asunto presenta otro cariz pues, en ese caso, lo relevante no es tanto cómo se conforma la voluntad del sindicato sino si quien actúa en su nombre lo hace con representación suficiente.

Nada se prevé sin embargo en relación con las comisiones negociadoras y es aquí donde el Tribunal Supremo resuelve que la comisión debe asimilarse en su forma de actuar a la establecida para los órganos de representación unitaria. El hecho de que se trate de una comisión evoca la idea de una actuación colegiada y no individual de sus miembros. A ello se añade que la comisión es designada por los trabajadores de la empresa por lo que ha de ser su voluntad colegiada, adoptada por la mayoría de sus miembros la que refleje la voluntad de sus representados. Finalmente, en el diseño legal de la composición y actuación de estas comisiones se aprecian similitudes con las representaciones unitarias: el número máximo de sus miembros coincide con el previsto para los casos en que se negocia con los órganos de representación unitaria o sindical y las funciones de las comisiones negociadoras son exactamente las mismas, por lo que la adopción de acuerdos debe realizarse de la misma forma que se efectúa en la representación legal.

En estas condiciones, es evidente que los demandantes en el proceso que da lugar a la STS de 21 de abril de 2015 carecían de legitimación y ello porque de los cinco miembros de la comisión solo dos han impugnado el despido. No consta por tanto la existencia de una decisión mayoritaria en la comisión en favor de la impugnación del despido, presupuesto necesario para que la acción se ejerza correctamente.

D) Los problemas pendientes

La STS de 21 de abril de 2015 confirma pues que la legitimación para impugnar el despido colectivo corresponde también a las comisiones híbridas o mixtas a que se refiere el art. 41.4.b)2º ET. Téngase en cuenta, no obstante, que dicho reconocimiento no debe excluir ni perjudicar la legitimación de las representaciones sindicales o unitarias existentes.

Esto puede complicar la situación cuando la negociación se ha llevado a cabo por una comisión mixta integrada por representantes unitarios y comisiones *ad hoc* pues en ese caso, además de la posible impugnación por la comisión negociadora, alternativa o acumulativamente también podrían

proceder a la impugnación los representantes unitarios. Solo se requeriría que la decisión se adopte por la mayoría en el seno del correspondiente órgano de representación de que se trate y que el periodo de consultas hubiese concluido sin acuerdo o, en caso de que éste se hubiese alcanzado, que la representación unitaria que pretenda la impugnación del despido no hubiera votado a favor del mismo.

Si esto fuera así, debería admitirse también la legitimación *ad procesum* de las comisiones *ad hoc* que integren la comisión híbrida o mixta, siempre claro está que se hubieran opuesto al despido.

El reconocimiento de la legitimación activa de las representaciones unitarias en situaciones como las que se han descrito encuentra fundamento en el reconocimiento expreso e incondicionado de la legitimación activa de los representantes unitarios que hace el art. 124.1 LJS y en su interpretación conforme al principio *pro actione* que aplica el Tribunal Supremo. Es cierto que esto supone que se les reconoce legitimación para impugnar un despido cuyo ámbito de afectación supera al de actuación de estos órganos. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, si el Comité de empresa de uno de los centros de trabajo decidiera impugnar el despido colectivo cuyo periodo de consultas se ha desarrollado con una comisión negociadora de la que ha formado parte pero que está integrada también por las representaciones unitarias de otros centros de trabajo o por una comisión mixta con representantes, unitarios o no, de diversos centros. Es cierto que, en estos casos, correspondencia entre el ámbito de actuación del comité y el ámbito de efectos del despido impugnado. Pero a los argumentos antes señalados se puede añadir que dicha representación unitaria ha participado en el proceso negociador que concluye con la decisión que se impugna, lo que determina su legitimación para impugnarlo en una suerte de asimilación con los sindicatos, a los que se exige la implantación suficiente que, como ya se dijo, en ocasiones se ha identificado precisamente con su participación, efectiva o potencial, en la comisión negociadora.

Por lo que se refiere a la legitimación de las comisiones *ad hoc* que hayan integrado la comisión mixta, las dudas son mayores porque a esa falta de correspondencia entre el ámbito en el que pueden ejercer su representación y el del despido, se suma la naturaleza no institucionalizada de su representación. A ello se añade que no son aplicables algunas de las razones que el Tribunal Supremo ha manejado para defender su legitimación activa en el procedimiento del art. 124 LJS, como ocurre con la que se refiere a la inexistencia de otros órganos legitimados para impugnar el despido colectivo, pues aquí dicha legitimación concurre al menos en la propia comisión mixta negociadora.

Llegados a este punto, cabe plantearse si, desde esta perspectiva, debería haberse reconocido legitimación a los demandantes en el conflicto resuelto por la STS de 21 de abril de 2015, en cuanto con su demanda expresaban la voluntad mayoritaria no ya de la comisión híbrida sino de la comisión *ad hoc* de la que formaban parte en representación de una de las empresas implicadas en el despido colectivo. Ciertamente, las peculiaridades del supuesto —básicamente porque se trataba de un despido que afectaba a dos empresas distintas, una de las cuales no reunía las condiciones para que los despidos se calificaran como colectivos y que, además, se desarrolla a través de un único procedimiento negociador que, sin embargo, se escinde en su momento final— y, sobre todo, que esta posibilidad no se alegó en ningún momento por los interesados, explican que esta posible legitimación de la comisión *ad hoc* no se aborde en la sentencia.

La interpretación y solución judicial a estas cuestiones queda pues pendiente. Las dudas interpretativas sobre la legitimación activa en el proceso del despido colectivo precisarán probablemente de nuevos pronunciamientos judiciales.

Sentencia de 21 de abril de dos mil quince

En la Villa de Madrid, a veintiuno de abril de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el letrado D. Jorge Puente Fernández, en nombre y representación de D. Maximiliano y DON Rogelio, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 20 de mayo de 2014, número de procedimiento 124/2014, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de D. Maximiliano y D. Rogelio contra CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS SA, PRONORTE UNO, SA, ESTRUCTURAS AYUDAS Y ALBAÑILERÍAS SA, HOTEL CONFORT PUERTA DE ALCALÁ SL y TAL ACTUACIÓN-A70 SL, y frente a los Consejeros y Administradores de dichas sociedades D. Ángel Jesús, D. Aureliano, D. Cosme, D. Federico, D. Indalecio D. Marino, ILIQUIDIS SOLUCIONES CONCURSALES, S.L.P. y J.A. FUSTER Y ASOCIADOS, S.L.P., habiéndose acordado por Decreto de 10 de marzo de 2014

la citación de FOGASA y del MINISTERIO FISCAL sobre DESPIDO COLECTIVO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el letrado D. Jesús Ignacio Fernández Fernández en nombre y representación de la mercantil CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS S.A.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de D. Maximiliano y de D. Rogelio se presentó demanda de DESPIDO COLECTIVO de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que estimando el presente escrito de demanda declare NULA LA DECISIÓN EXTINTIVA de los Expedientes de Regulación de Empleo NUM000 y NUM001 que afectan al conjunto de los trabajadores del grupo de empresas demandadas, dejando los mismos

sin efecto, condenando a las demandadas a estar y pasar por tales declaraciones.

Se amplió la demanda, en fecha 15 de abril de 2014, frente a la Administración Concursal, J.A. FUSTER Y ASOCIADOS, S.L.P. y frente a Marino.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 20 de mayo de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: “En la demanda formulada por DON Maximiliano y DON Rogelio contra CONSTRUCCIONES PALLÁ HERMANOS, S.A., PRONORTE UNO, S.A., ESTRUCTURAS AYUDAS Y ALBAÑILERÍAS, S.A., HOTEL CONFORT PUERTA DE ALCALÁ, S.L., TAL ACTUACIÓN A-70, S.L., Ángel Jesús, Aureliano, Marino, Cosme, Federico, Indalecio, J.A. FUSTER Y ASOCIADOS, SLP, ILIQUIDIS SOLUCIONES CONCURSALES, SLP, MINISTERIO FISCAL Y FOGASA, la Sala acuerda:

1º Desestimar la excepción de falta de competencia de la Sala para enjuiciar la presente demanda.
2º Estimar de la falta de Legitimación activa de los actores opuesta en el acto del juicio por la representación letrada de CONSTRUCCIONES PALLÁ HERMANOS, S.A., ESTRUCTURAS AYUDAS Y ALBAÑILERÍAS, S.A., TAL ACTUACIÓN A-70, S.L. y, asimismo, por la representación letrada de Cosme y Federico y, por ende, desestimar la demanda interpuesta y, sin entrar a conocer el fondo del asunto, absolver a la parte demandada de los pedimentos deducidos en la litis.

3º Estimar de la falta de legitimación pasiva de D. Marino opuesta por su dirección letrada en el acto del juicio oral y a la que se aquietó la de la parte demandante”.

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **1º.-** En fecha 9 de septiembre de 2013 las empresas CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS, S.A. y ESTRUCTURAS, AYUDAS Y ALBAÑILERÍAS, S.A. iniciaron procedimiento de regulación de empleo con la finalidad de extinguir la totalidad de los contratos

de trabajo de la plantilla de ambas empresas —33 y 4 trabajadores respectivamente—. La memoria explicativa de las causas que motivan su inicio hace constar que las sociedades han incurrido en pérdidas acumuladas en los ejercicios 2011 y 2012, de 4.657.687,50 euros la primera y 2.672.553,20 euros la segunda, con la consiguiente reducción del capital circulante, problemas de liquidez y un desequilibrio financiero. Ambas empresas cuentan con cuatro centros de trabajo operativos al momento de presentación de la anterior, emplazados en idénticos lugares distribuidos por la CCAA de Madrid y domicilio y sede en C/ Pintor Ribera nº 4 de la capital. La actividad esencial es la construcción de edificios residenciales y el objeto social también coincide: construcción de todo tipo de edificaciones e inmuebles, la compraventa de toda clase de bienes, especialmente de naturaleza inmueble, tanto rústica como urbana, el arrendamiento, administración y explotación de toda clase de bienes muebles e inmuebles. Forman parte de un Grupo de Sociedades junto a Tal Actuación A-70, S.L., siendo ésta la sociedad dominante y quien posee el 99,31% de las acciones de Construcciones Palla Hermanos, S.A. Esta última, por su parte, posee el 99,48% de las acciones de Estructuras, Ayudas y Albañilerías, S.A. (EYASA). Se encontraban dispensadas, por razón de tamaño, de formular cuentas consolidadas. La plantilla total del Grupo a esa misma fecha de presentación de la Memoria era de 37 trabajadores, perteneciendo 33 a Construcciones Palla y 4 de Estructuras, no contando la mercantil Tal Actuación A-70, S.L. con ningún trabajador. En dicha Memoria se justifica la extensión del mismo procedimiento del artículo 51 a la plantilla de Estructuras —que no excedía de los umbrales para los despidos colectivos ni para su total extinción— para no privar a los trabajadores de sus derechos, en especial de información y consulta, equiparándolos a la totalidad, y atendido que ambas sociedades se integran en un grupo de empresas y la medida adoptada obedece fundamentalmente a causas económicas. En materia indemnizatoria, las propuestas eran: indemnización legal de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los perio-

dos inferiores y un máximo de 12 mensualidades. Se prevé su pago aplazado por imposibilidad de puesta a disposición al momento de la comunicación del despido, por el estado de pérdidas recurrentes del Grupo y la posición en sus estados de Tesorería. El primer plazo era febrero de 2014, abonando el 25% de la indemnización (5 días de salario) y en mayo de 2014 el 75%, según los periodos de inyección de liquidez previstos por la compañía. El momento de efectividad de la medida de desvinculación coincidiría con la finalización de los trabajos, y en primer lugar los centros de producción, en su mayoría para el mes de octubre de 2013 y en todo caso todas ellas antes del 31 de diciembre siguiente. El personal de administración seguiría hasta mayo de 2014. La información de la composición de la representación de los trabajadores fue: Existen dos representantes de los trabajadores en la empresa Construcciones Palla (Cosme y Federico); en EYASA no existía representación de los trabajadores y la comisión representativa se integra, según acuerdos, por los trabajadores Indalecio, Maximiliano y Rogelio. 2º.- La empresa EYASA comunica a su personal el 9.09.2013 su intención de iniciar procedimiento de despido colectivo de la totalidad de la plantilla, por causas económicas y productivas, y solicitando remitan los miembros que compondrán la comisión representativa. 3º.- La entidad EYASA envía al día siguiente a los miembros de la comisión negociadora convocatoria para el día 11 al objeto de presentar formalmente la propuesta del Grupo, y en concreto la referida a EYASA. 4º.- El día 9 se había llevado a cabo análoga comunicación sobre solicitud de miembros de la comisión negociadora a los representantes de los trabajadores (Sres. Federico y Cosme) por parte de Construcciones Pallá Hermanos. 5º.- Los cuatro trabajadores que integran la mercantil EYASA le comunican la constitución de la comisión representativa de los trabajadores para el despido colectivo anunciado en la misma fecha (9.9.2013) y que sus integrantes serían: Indalecio, Maximiliano y Rogelio. 6º.- Igual comunicación, y en la misma fecha, verifican los representantes de Construcciones Palla, anunciando que serían Federico y

Cosme. 7º.- El 12.09.2013 se celebró la primera reunión del periodo de consultas para la extinción por despido colectivo, haciendo constar en el acta levantada que lo era entre la representación de la empresa EYASA y los representantes de los trabajadores Indalecio, Maximiliano y Rogelio, manifestando que están legitimados y son los integrantes de la comisión negociadora y realizando una única propuesta: que la indemnización legal correspondiente debe ser puesta a disposición del trabajador al momento del despido, quedando pendiente un estudio detallado de la misma. 8º.- El Acta extendida respecto de la 1ª reunión entre Construcciones Palla y los representantes Federico y Cosme es de idéntico contenido a la anterior, sin más que identificar en ésta la empresa Palla y estos representantes. Coincide también la hora de celebración, el lugar y la asistencia a las reuniones por parte de las dos empresas de los mismos representantes (Nemesio y Severiano). 9º.- El 17.09.2013 se celebra la segunda reunión correspondiente a entidad EYASA, aportando y requiriéndose de la misma diversos documentos, así como el estudio de garantías para cubrir las desvinculaciones, no estando conforme la representación de los trabajadores con el aplazamiento de las indemnizaciones. 10º.- El 17.09.2013 se celebra la segunda reunión correspondiente a entidad Construcciones Palla, aportando y requiriéndose de la misma diversos documentos, así como el estudio de garantías para cubrir las desvinculaciones. 11º.- En la 3ª reunión (de 20 de septiembre) del periodo de consultas relativo a la mercantil EYASA, aporta y justifica, la documentación requerida por la comisión, solicitando listado de acreedores. Se aclara que figura como uno de los deudores principales la mercantil Pronorte Uno, S.A., que sufrió pérdidas de más de 20 millones de euros en los dos ejercicios inmediatos, y que las bases reguladoras e indemnizaciones son provisionales hasta su definitiva determinación (origen en pactos individuales de 1.04.013 firmados por parte de la plantilla afectada). Se ofrece garantía —que se estudiará por los trabajadores— a través de la cesión de crédito contra las empresas Lampaber Moscosa, S.L., Gusende Moscosa

MJ, S.L. y Claver Gusende, S.L., que cubre el montante indemnizatorio de las extinciones programadas a octubre de 2013, inquiriendo otros similares para el resto de ventanas o aperturas y comprometiéndose la mercantil a no realizar posteriores desvinculaciones sin la previa aceptación de la plantilla existente en el momento. **12°.-** El acta de la 3ª reunión relativa a Construcciones Palla es de igual tenor que la anterior, se celebra con los mismos representantes de la empresa y a la misma hora y lugar. Son diferentes tan solo el nombre de la mercantil y de los representantes de los trabajadores. **13°.-** En la cuarta de las reuniones entre EYASA y la representación de los trabajadores (del día 24), se aporta y requiere más documentación, solicitando las cuentas de la sociedad Hotel Confort y Pronorte Uno, señalando la comisión la coincidencia de socios y accionistas, contestando la empresa que no forman parte del grupo empresarial. La Comisión representativa de los trabajadores no aceptó la garantía inicialmente ofrecida, aclarando la empresa que mantiene un saldo vivo de 716.084,82 euros, suficiente para cubrir el importe de las indemnizaciones fijadas para octubre de 2013; la comisión propuso una reunión con el Letrado de UGT para tratarla, y que el aplazamiento y fraccionamiento del pago se aceptaría si se incrementaba la indemnización a 5 33 días por año de servicio, se constituían garantías adicionales y se adelantaban los plazos de pago a enero y abril, así como el incremento de porcentajes al 50%. **14°.-** El acta de la 4ª reunión relativa a Construcciones Palla es de igual tenor que la anterior, se celebra con los mismos representantes de la empresa y a la misma hora. Son diferentes tan solo el nombre de la mercantil y de los representantes de los trabajadores. **15°.-** El 25.09.2013 tiene lugar la 5ª reunión de EYASA, aportando la documentación solicitada. La empresa rechaza el incremento de garantía respecto de la parcela de Pozuelo, pero no objeta señalar en adición el local comercial sito en Griñón, también peticionada, entregando Notas registrales y Tasación. Con relación al incremento de 33 días, expone la empresa que analizados los supuestos, algunos están topados por las 12 mensualidades dada su

antigüedad, de forma que solo para 5 de los 19 afectados en la primera ventana de octubre, sufren modificación en el cálculo. Se negoció la sustitución por un complemento lineal a cada trabajador de 2.000 euros. La empresa aceptó modificar los plazos para el pago de las indemnizaciones, pero no los porcentajes, salvo que se materialice alguna venta. Con relación a los demás trabajadores del expediente no afectos a la ventana de octubre, la empresa ofrece desistir de los mismos (atenuando las consecuencias y efectos del presente procedimiento) o no acometer las extinciones programadas hasta la constitución de una nueva garantía separada de la allí ofrecida. La Comisión acuerda trasladarlo a la Asamblea de Trabajadores. **16°.-** El acta de la 5ª reunión relativa a Construcciones Palla es de igual tenor que la anterior, se celebra con los mismos representantes de la empresa y a la misma hora. Son diferentes tan solo el nombre de la mercantil y de los representantes de los trabajadores. **17°.-** El 26.09.2013 se celebra la sexta reunión, en la que la representación de los trabajadores sostiene la existencia de grupo de empresas con Pronorte Uno y Hotel Confort, cuestión contestada por la mercantil EYASA, que recuerda también que las reuniones se están desarrollando conjuntamente con la representación de los trabajadores de Construcciones Palla y que, no obstante, cabe la posibilidad de pieza separada, parcelando las negociaciones por empresas, si así convienen (en mayor medida a la irregularidad, así considerada en la comunicación del Área de relaciones laborales de la Comunidad de Madrid, en el procedimiento de EYASA, por no superar los umbrales marcados), indicando para esta empresa la posibilidad de formalizar el pago por parte del FOGASA de 8 días de salario. En esta fecha se cierra el periodo de consultas así regulado, atendiendo que se presentó el 10 de septiembre a las respectivas comisiones representativas de los trabajadores válidamente constituidas, y en fecha 11 a la Autoridad Laboral y demás agentes intervinientes. Se prosiguió el debate, no aceptando la Comisión las propuestas de la anterior reunión, entendiendo que sería suficiente un incremento del complemento a la indemnización de 4.000

euros, a todos los trabajadores, con independencia de la fecha de extinción y efectiva totalmente antes de finales de enero de 2014. **18º.-** El acta de la sexta reunión relativa a Construcciones Palla es de igual tenor que la anterior, se celebra con los mismos representantes de la empresa y a la misma hora. Son diferentes tan solo el nombre de la mercantil y de los representantes de los trabajadores. **19º.-** El mismo día 26 por la tarde se extiende el Acta de Finalización del Periodo de Consultas, Acta en la que ya figura el número de Expediente de Regulación de Empleo NUM001, entre EYASA y la Comisión representativa de los Trabajadores y que finaliza SIN ACUERDO. Se indica que aunque no se exceden los umbrales para los despidos colectivos, no se han producido extinciones en los 90 días anteriores a este procedimiento, se extiende éste al estar la sociedad integrada en un grupo de empresas y para no privar a los trabajadores de sus derechos. Recoge la oferta inicial de la empresa (20 días por año, máximo 12 mensualidades y previsión de pago aplazado —25% en febrero y 75% en mayo—) y las posteriores en el curso de las negociaciones: adelanto de pagos fraccionados a enero y abril, con iguales porcentajes, complemento lineal como concepto indemnizatorio a abonar en su totalidad en enero de 2014 y constituir afianzamiento bastante, mediante pignoración de créditos de la sociedad y en adición de hipoteca inmobiliaria. La comisión manifestó su disconformidad y el recelo sobre el cobro, solicitando sea puesta a disposición al tiempo de la comunicación del despido, ante lo que la empresa contestó su imposibilidad atendido el estado de tesorería y la falta de productividad en ese momento. **20º.-** El mismo día 26 por la tarde, y a la misma hora que la anterior, se extiende el Acta de Finalización del Periodo de Consultas para la extinción por despido colectivo entre CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS S.A. y la Comisión representativa de los Trabajadores y que finaliza CON ACUERDO. En ella se reseña el número de Expediente de Regulación de Empleo NUM000. Las partes convergen en la existencia de las causas económicas alegadas en el procedimiento. Se determinaron 3 periodos o ventanas

de extinción 6 para la totalidad de los trabajadores, habiéndose reunido y negociado los distintos aspectos del procedimiento de forma conjunta e indiferenciada con las comisiones representativas de dicha mercantil y de Estructuras, Ayudas y Albañilería, siendo aquellos octubre 2013, diciembre 2013 y mayo 2014. La de octubre lo sería para 16 trabajadores de la primera y 3 de la segunda (los tres que forman parte de la representación de los trabajadores), y con las indemnizaciones recogidas en el acta y que se dan expresamente por reproducidas. Se acuerda una reunión con UGT para clarificar las operaciones al existir divergencias y concretar con exactitud las indemnizaciones. Los criterios de selección de los trabajadores se soportan en la Memoria explicativa y así dada la finalización de las obras de Torrejón y San Fernando que señala, resultarán afectados en primer lugar los de la línea de producción —categorías pertenecientes a obra, operarios— excepto de dos Jefes de obra, dos encargados y un administrativo, para dar soporte a las entregas de aquellas y las labores de recepción o repasos. Se mantiene el personal de staff o administración y ciertas categorías, que relaciona el acta, para la gestión. El montante total de las indemnizaciones a satisfacer en el primer periodo para la plantilla de Construcciones Palla asciende a 511.751,88 euros, y para la de EYASA de 69.672,19 euros, aplazándose el 25% el primer pago fraccionado (25%) y el resto para abril de 2014. Los trabajadores cuya fecha de extinción sea posterior a enero de 2014 percibirán el 100% de la indemnización en abril de 2014. Mediante convenio con la comisión representativa se instrumentan las garantías que cubren la totalidad de las indemnizaciones de la primera ventana —cesión mediante pignoración de créditos de la sociedad Pronorte Uno, S.A. y adición de hipoteca inmobiliaria (local de Griñón)—, mientras que para el resto de las desvinculaciones será requisito necesario que la empresa constituya garantía diferenciada. El complemento indemnizatorio se fija en 4.000 euros para cada afectado por ese expediente a satisfacer antes de finales de enero para todos los trabajadores que entonces hayan extinguido sus contratos y si la extin-

ción es posterior el complemento se pondrá a disposición al momento del despido. **21º.-** El 2 de octubre tuvo lugar una reunión extraordinaria del ERE NUM000 para revisar el cálculo de las indemnizaciones. La empresa lo realizó conforme al salario bruto, excluyendo partidas extrasalariales (plus de distancia y transporte), informando de la existencia de trabajadores con novación de su contrato el 1 de abril de 2012 — para ellos se utilizan dos bases distintas de cálculo, y el máximo de 12 meses toma en consideración la base de marzo de 2012, siempre que fuera mayor a la actual—; se realizó un estudio, a solicitud de la Comisión, tomando en cuenta los criterios solicitados, y en concreto tomar las bases de cotización de los trabajadores no topados y descontando a los topados las partes proporcionales exentas de cotización. **22º.-** La comisión negociadora descrita en los precedentes ordinales actuó de forma conjunta, se inició y desarrolló un periodo de consultas común —se convocaron al efecto diversas reuniones a la misma hora y en el mismo lugar—, y, finalmente al no existir acuerdo por parte de los representantes de una de las empresas, ESTRUCTURAS, AYUDAS Y ALBAÑILERÍA, S.A., las negociaciones desembocaron en la articulación de dos expedientes de regulación de empleo. **23º.-** El 30 de octubre de 2013 se firma ante Notario la escritura de constitución unilateral de hipoteca y pignoración de créditos otorgada por CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS S.A., PRONORTE UNO S.A., ESTRUCTURAS, AYUDAS Y ALBAÑILERÍAS, S.A., y HOTEL CONFORT PUERTA DE ALCALÁ, S.L. Por la deudora, Ángel Jesús, en nombre y representación de Construcciones Palla y EYASA, y por la Hipotecante y pignorante, Aureliano, en nombre y representación de Hotel Confort y Pronorte, a fin de garantizar el pago de la totalidad de las indemnizaciones devengadas en octubre de 2013, correspondientes al ERE NUM000. Atendidas las modificaciones sobre el acuerdo inicial previsto para todos los trabajadores (de Construcciones y de EYASA), así el incremento lineal de 4.000 euros y la no adhesión de dos trabajadores de EYASA, se determinan las indemnizaciones garantizadas en 608.627,05 euros, de los

que 32.875,17 corresponden a los últimos. En la escritura de aceptación de garantías comparecen los 16 trabajadores de Construcciones Palla afectados y el Sr. Indalecio (de EYASA), quienes aceptan las garantías. **24º**

– El documento 1 de los aportados previamente a la vista (F.90) consiste en el Expediente Administrativo de extinción correspondiente a la empresa ESTRUCTURAS, AYUDAS Y ALBAÑILERÍA, S.A., compuesto de 735 folios, que se da por reproducido expresamente. Se comunica a la Dirección General de Trabajo de la CAM el 11.09.2011, aportando: – Relación nominal de trabajadores afectados (4), categoría, fecha de ingreso y salarios mensuales (Sr. Juan Ramón 4.038,46, Sr. Indalecio 2.421,95, Sr. Maximiliano 2.152,68, Sr. Rogelio 2.126,83). – Comunicación del inicio del periodo de consultas y entrega de documentación. – Criterios de designación de trabajadores afectados, con un calendario de extinciones en tres periodos en función de la obra en curso y encargos, y así las categorías necesarias para acometerlas. – Cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos. – Cuentas provisionales. – Documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución del nivel de ingresos. – Documentación económica de las demás empresas del grupo. – Consta también la Memoria explicativa de las causas que motivan el inicio del procedimiento de despido colectivo en Grupo Palla Hermanos, constituido por las empresas Construcciones Palla Hermanos, S.A., Estructuras, Ayudas y Albañilería y Tal actuación A-70, S.L. Así como las actas del periodo de consultas u la finalización SIN acuerdo. – Por el Área de Relaciones Laborales, sección de Regulación de Empleo de la CAM, se advierte el 13 de septiembre de 2013, que la solicitud de extinción de contratos formulada no se considera despido, por no alcanzar los umbrales previstos en el artículo 51.1 del ET, con la salvedad que refiere (extinciones en los 90 días anteriores a la solicitud). – En la comunicación a la autoridad laboral de la decisión final de EYASA sobre extinción de contratos, con consulta a los trabajadores “siguiendo el modelo de despido colectivo, finalizado sin acuerdo”, el apoderado de la empresa expone

que aunque no se exceden dichos umbrales, se extendió el procedimiento para no privar a los trabajadores de EYASA de sus derechos, y que la "Comisión del procedimiento así simulado" ha estado compuesta por los dos representantes de Construcciones Palla y por tres de EYASA, con la asistencia de un miembro del sindicato UGT. – La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 28.10.2013 informa que la negociación del expediente se ha llevado a cabo meramente a título informativo, toda vez que EYASA solo tiene cuatro trabajadores, inferior, por tanto al mínimo del artículo 51.1 ET, por entenderse más conveniente para su seguridad jurídica (entrega de documentación, reuniones, etc., a los efectos meramente informativos). No se emite informe al entender que la solución empresarial no se ajusta a dicho precepto, habiéndose informado a la misma y al trabajador que representaba a la plantilla y a su Letrado, sugiriendo la acumulación de los dos expedientes, al ser un grupo empresarial y entrar EYASA en un único expediente extintivo por causas económicas y cese de actividad. **25°.-** El documento 2 de los aportados previamente a la vista (F.91) consiste en el Expediente Administrativo de extinción correspondiente a la empresa CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS, S.A., compuesto de 566 folios, que se da por reproducido expresamente. Se comunica a la autoridad laboral el 11.09.2011, aportando: —Relación nominal de trabajadores afectados (33), categoría, fecha de ingreso y salarios. – Comunicación del inicio del periodo de consultas y entrega de documentación. – Criterios de designación de trabajadores afectados, con un calendario de extinciones en tres periodos en función de la obra en curso y encargos, y así las categorías necesarias para acometerlas. – Cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos —Cuentas provisionales —Documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución del nivel de ingresos —Documentación económica de las demás empresas del grupo. Consta integrada la Memoria explicativa de las causas que motivan el inicio del procedimiento de despido colectivo en Grupo Palla Hermanos, constituido por las empresas Construcciones Palla Hermanos, S.A., Estructu-

ras, Ayudas y Albañilería y Tal actuación A-70, S.L. Al igual que las actas del periodo de consultas levantadas respecto de Construcciones Palla Hermanos, S.A., subsanación de documentos, y la finalización CON acuerdo. Y el Informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 22.11.2013 en el que deduce que los trabajadores han contado con documentación suficiente para formar correctamente su voluntad, habiendo sido asesorados por organizaciones sindicales, y aun cuando existen determinadas deficiencias formales, no aprecia la concurrencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en la formalización del acuerdo. Finaliza informando que la empresa no mantiene deudas salariales con sus trabajadores, pero sostiene una deuda con la Seguridad Social de 264.000 euros aproximadamente. **26°.-** D. Maximiliano formalizó contrato de trabajo fijo de obra con la empresa Estructuras, Ayudas y Albañilería el 13 de julio de 2000, con la categoría de Oficial 1ª Alicador, por el tiempo de duración de los trabajos de su especialidad en la obra denominada "Guadarrama-Pueblo". Por carta de 3 de octubre de 2013 la empresa EYASA le comunica la decisión de dar por finalizada la relación laboral por despido fundado en causas objetivas al amparo del apartado c) del artículo 52 del ET, con efectos de la finalización de la jornada del día 11 de octubre de 2013. En la comunicación se invoca la concurrencia de causas económicas al haber sufrido pérdidas de 2.672.553,20 euros en los dos últimos ejercicios, según cuentas anuales auditadas de los ejercicios 2011 y 2012, siendo el saldo provisional de las cuentas provisionales de 2013 negativo (en 119.813,86 euros). Se relacionan también las pérdidas del grupo (Construcciones Palla, y Tal Actuación A-70), adicionando las cifras correspondientes a Pronorte Uno y Hotel Confort. Se alega el arrastre de pérdidas desde 2008, inicio de la crisis financiera y económica, la falta de productividad necesaria al no contar con obra en ejecución y haber finalizado las obras en Torrejón y San Fernando, no teniendo, por ende, capacidad de generar ingresos. Se señala que la justificación de las causas ya ha sido previamente trasladada a los trabajadores. La indemnización se

fija en 20.694,27 euros, de imposible puesta a disposición, señalando que el 25% se abonaría a finales de enero y el otro plazo en abril de 2014. Se firmó No conforme por el trabajador. **27º.-** D. Rogelio formalizó contrato de trabajo fijo de obra con la empresa Estructuras, Ayudas y Albañilería el 13 de julio de 2000, con la categoría de Oficial 1º Alicatador, por el tiempo de duración de los trabajos de su especialidad en la obra denominada "Guadarrama-Pueblo". El 1 de abril de 2012 las partes acordaron la novación del contrato, siendo la retribución anual de 24.129,12 euros por todos los conceptos salariales, comprendiendo los conceptos definidos en el Convenio Colectivo, incluido plus de transporte, otros personales, o por desempeño de trabajo con especial mención al complemento específico "a cuenta convenio", "plus de responsabilidad" y gratificación". Se da por reproducida igualmente la cláusula relativa al cálculo de las indemnizaciones en caso de extinción por causa de la empresa, y el cálculo del salario día previsto hasta marzo de 2012 (sobre la cifra de 30.161,40 euros). Por carta de 3 de octubre de 2013 la empresa EYASA le comunica la decisión de dar por finalizada la relación laboral por despido fundado en causas objetivas al amparo del apartado c) del artículo 52 del ET, con efectos de la finalización de la jornada del día 11 de octubre de 2013. En la comunicación se invoca la concurrencia de causas económicas al haber sufrido pérdidas de 2.672.553,20 euros en los dos últimos ejercicios, según cuentas anuales auditadas de los ejercicios 2011 y 2012, siendo el saldo provisional de las cuentas provisionales de 2013 negativo (en 119.813,86 euros). Se relacionan también las pérdidas del grupo (Construcciones Palla, y Tal Actuación A-70), adicionando las cifras correspondientes a Pronorte Uno y Hotel Confort. Se alega el arrastre de pérdidas desde 2008, inicio de la crisis financiera y económica, la falta de productividad necesaria al no contar con obra en ejecución al haber finalizado las obras en Torrejón y San Fernando, no teniendo, por ende, capacidad de generar ingresos. Se señala que la justificación de las causas ya ha sido previamente trasladada a los trabajadores. La indemnización

se fija en 20.416,70 euros, de imposible puesta a disposición, señalando que el 25% se abonaría a finales de enero y el otro plazo en abril de 2014. Se firmó No conforme por el trabajador **28º.-** Análogas comunicaciones recibieron los restantes trabajadores de EYASA y parte de los de Construcciones Palla. **29º.-** Se da expresamente por reproducido el doc. 27 aportado por Construcciones Palla que recoge el salario anual, alta e indemnizaciones de los trabajadores con fecha de extinción contractual de 10 de octubre de 2013. Y el 28 de la misma parte, que relaciona el personal de alta a fecha 3.09.2013, distribuido por centros de trabajo, tipo de contrato y categorías. **30º.-** El trabajador de EYASA, Juan Ramón, se adhirió en fecha 6 de noviembre de 2011 voluntariamente a las condiciones pactadas para los trabajadores de Construcciones Palla en el Expediente NUM000, así al incremento en 4.000 euros lineales de la indemnización, siendo la suma total de 51.266,17 euros. El trabajador Indalecio también se adhirió al mismo proceso con posterioridad, aunque había firmado en su día el acta final del ERE sin acuerdo. **31º.-** La mercantil HOTEL CONFORT PUERTA DE ATOCHA, S.L., con domicilio en la C/ Pintor Ribera nº 4 de Madrid, en la escritura notarial a la que seguidamente se aludirá hace constar que tiene por objeto, entre otras actividades, la explotación de hoteles, adquisición, tenencia, arrendamiento (excluido el financiero), administración, explotación, enajenación de edificios y la promoción, construcción y arrendamiento de centros comerciales y de ocio, siendo Aureliano Consejero Delegado de la misma. También lo es de la entidad PRONORTE UNO, S.A., sita en el mismo domicilio, cuyo objeto social es la construcción de inmuebles, compra y venta de toda clase de bienes muebles e inmuebles, arrendamientos, administración, explotación de los anteriores, sean rústicos o urbanos, promoción de edificaciones y urbanizaciones. El objeto social que figura en el Informe de Vida Laboral de Hotel Confort es Comercio al por menor de productos. **32º.-** Del Informe de vida laboral sobre Pronorte Uno, S.A., solicitado para el periodo comprendido entre el 1.1.2010 y 20.11.2013, se infiere que la misma

deja de tener plantilla adscrita en junio de 2011.

33º.- La representación de Pronorte suscribió el 22 de febrero de 2010 un contrato con DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. con objeto de explotar un establecimiento DÍA en régimen de franquicia. **34º.-** De la documental relativa a Informes de Vida Laboral e informes integrados aportados por la parte actora resulta lo siguiente: 1.- La Sra. Micaela figuró en alta desde 1982 hasta septiembre en EYASA, y desde el 1.10.1994 en Construcciones Palla. 2.- El Sr. José Enrique desde 1989 hasta septiembre de 1994 en EYASA y desde 1.10.1994 en C. Palla. 3.- El Sr. Diego, figura así mismo con fecha de inicio en Palla en octubre de 1994, y con anterioridad en EYASA, remontándose a 1986 el alta en Pronorte. 4.- El Sr. Benjamín también figura en Palla desde 1994, antes en EYASA, Pronorte y Palla en 1981. 5.- Sr. Federico, solamente en Palla desde 2003. 6.- Sr. Ildefonso, figura baja en EYASA en 1994, remontándose la contratación para Ángel Jesús a 1977. 7.- Sr. Eloy: en EYASA desde 1992 a 1994, en Palla desde enero 1995 a abril de 1997, en Pronorte desde abril 1997 a marzo de 2011 y en Palla desde abril de 2011. 8.- Sr. Juan Ramón: en EYASA de agosto de 1983 a abril de 1985; en Pronorte desde mayo 1985 a enero de 1986, y en EYASA desde junio de 2000. **35º.-** En fecha 11 de abril de 2014, Federico y 10 trabajadores más formularon demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Comunidad de Madrid, en materia de impugnación individual del despido y acumulada reclamación de cantidad de indemnización de despido, frente a las mercantiles CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS S.A., PRONORTE UNO S.A., ESTRUCTURAS, AYUDAS Y ALBAÑILERÍAS, S.A., HOTEL CONFORT PUERTA DE ALCALÁ, S.L. y TAL ACTUACIÓN A-70, S.L. y contra los Consejeros y Administradores de las mismas, Ángel Jesús, Aureliano, y la Administración Concursal de Construcciones Palla Hermanos, S.A. Entre ellos se encuentran los demandantes, quienes igualmente solicitan, respecto del parámetro indemnizatorio, las cuantías previstas en el artículo 56, así como el abono de las indemnizaciones de despido reconocida por la empresa en su día y

que no se ha hecho efectiva en los plazos acordados, relacionando en el cuerpo del escrito idénticas cifras que las que constan en el Acta de Finalización del Periodo de consultas, para cada uno de ellos (20.426,70 en el caso del Sr Rogelio y 20.694,27 para el Sr. Maximiliano, más el importe de 4.000 euros lineal en ambos supuestos).

36º.- El acto de conciliación celebrado el 6 de mayo de 2014 terminó sin efecto. **37º.-** Por Sentencia de 4 de octubre de 2012 se desestimó demanda formulada por Ángel Jesús sobre resolución de contrato por vulneración de derechos fundamentales. **38º.-** El saldo provisional negativo de EYASA que figura en la C.G. de PYG Abreviada es de 119.813,66; de Construcciones Pallá, también negativo en 664.066,79 euros en C.G. de PYG Normal, y para Tal Actuación A-70, S.L., negativo en 17.045,01 euros. **39º.-** En el año 2012 se inició por la empresa Construcciones Pallá procedimiento de regulación de empleo para suspender los contratos de la totalidad de la plantilla (ERE NUM002), abriendo el periodo de consultas que terminó con acuerdo, siendo comunicado a la autoridad laboral el día 24 siguiente y constituyéndose una comisión de seguimiento. **40º.-** Por D. Braulio, se interpuso Querrela por Delito Societario contra las empresas demandadas (y otras) en fecha 25 de abril de 2013. El Sr. Braulio fue contratado en junio de 1993 por EYASA y el 1 de enero de 1995 pasó a integrar la plantilla de Construcciones Palla, como contable. **41º.-** El 21 de enero de 2013, el Sr. Braulio formuló demanda sobre extinción del contrato del art. 50.1.c) del ET contra las empresas hoy demandadas y Naturaleza y Olivos, S.L. Posteriormente desistió de la misma. **42º.-** El Juzgado de lo Mercantil nº 10 de los de Madrid dictó Auto el 25 de marzo de 2014 declarando en concurso voluntario a la mercantil Construcciones Palla Hermanos, S.A. **43º.-** La mercantil Hotel Confort Puerta de Alcalá, S.L., por su parte, ha sido declarada por J de lo Mercantil nº 8, en Auto de fecha 11 de abril de 2014, en concurso voluntario. Se tienen expresamente por reproducidos cuantos documentos han sido, directa o indirectamente, señalados o aludidos en los anteriores ordinales.

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de D. Maximiliano y DON Rogelio, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte personada CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS, S.A., y, evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal, se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon concluidos los autos, y dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Pleno, fijándose para el día 15 de abril la celebración de tales actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El 25 de octubre de 2013 se presentó demanda de impugnación de despido colectivo por D. Maximiliano y D. Rogelio, en su calidad de representantes de los trabajadores de la comisión negociadora de los expedientes de regulación de empleo números NUM000 y NUM001, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra CONSTRUCCIONES PALLÁ HERMANOS SA, PRONORTE UNO SA, ESTRUCTURAS AYUDAS Y ALBAÑILERÍA SA, HOTEL CONFORT PUERTA DE ALCALÁ SL y TAL ACTUACIÓN A 70 SL, así como frente a los Consejeros y Administradores de dichas sociedades D. Ángel Jesús, D. Aureliano, D. Cosme, D. Federico y D. Indalecio, ampliada el 15 de abril de 2014 frente a D. Marino y frente a la Administración Concursal de la empresa PALLÁ HERMANOS SA, J.A. FUSTER Y ASOCIADOS SLP, interesando se dicte sentencia por la que se declare: "NULA LA DECISIÓN EXTINTIVA de los Expedientes de Regulación de Empleo NUM000 y NUM001 que afectan al conjunto de los trabajadores del grupo de empresas demandadas, dejando los mismos sin efecto, condenando a las demandadas a estar y pasar por tales declaraciones."

Por Decreto de 10 de marzo de 2014 se acordó citar al Ministerio Fiscal y al FOGASA.

SEGUNDO.- Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 20 de mayo de 2014, en el procedimiento número 124/2014, cuyo fallo es

del siguiente tenor literal: "En la demanda formulada por DON Maximiliano y DON Rogelio contra CONSTRUCCIONES PALLÁ HERMANOS, S.A., PRONORTE UNO, S.A., ESTRUCTURAS AYUDAS Y ALBAÑILERÍAS, S.A., HOTEL CONFORT PUERTA DE ALCALÁ, S.L., TAL ACTUACIÓN A-70, S.L., Ángel Jesús, Aureliano, Marino, Cosme, Federico, Indalecio, J.A. FUSTER Y ASOCIADOS, SLP, ILIQUIDIS SOLUCIONES CONCURSALES, SLP, MINISTERIO FISCAL Y FOGASA, la Sala acuerda:

1º Desestimar la excepción de falta de competencia de la Sala para enjuiciar la presente demanda.

2º Estimar de la falta de Legitimación activa de los actores opuesta en el acto del juicio por la representación letrada de CONSTRUCCIONES PALLÁ HERMANOS, S.A., ESTRUCTURAS AYUDAS Y ALBAÑILERÍAS, S.A., TAL ACTUACIÓN A-70, S.L. y, asimismo, por la representación letrada de Cosme y Federico y, por ende, desestimar la demanda interpuesta y, sin entrar a conocer el fondo del asunto, absolver a la parte demandada de los pedimentos deducidos en la litis.

3º Estimar de la falta de legitimación pasiva de D. Marino opuesta por su dirección letrada en el acto del juicio oral y a la que se aquietó la de la parte demandante".

TERCERO.- 1.- Por la representación letrada de D. Maximiliano y D. Rogelio se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en un único motivo. Con amparo en el artículo 207 c) de la LRJS, denuncia la parte recurrente quebranto de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso se haya producido indefensión para la parte. Denuncia vulneración del artículo 97.2 LPL —debió decir de la LRJS—, 209 y 218 LEC, 238.3 y 240 LOPJ, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, consagrado en el artículo 24.1 y 120.3 CE.

2.- El recurso ha sido impugnado por la representación letrada de CONSTRUCCIONES PALLÁ HERMANOS SA, proponiendo el Ministerio Fiscal que se declare la improcedencia del recurso.

CUARTO.- 1.- En el único motivo del recurso la parte alega que la sentencia recurrida vulnera el artículo 97.2 LPL —debió decir de la LRJS—, 209 y 218 LEC, 238.3 y 240 LOPJ, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, consagrado en el artículo 24.1 y 120.3 CE.

El recurrente aduce que la comisión “ad hoc” está legitimada para impugnar el despido colectivo, por el cauce del artículo 124 LRJS, tal y como se ha reconocido expresamente por la STS de la Sala Cuarta de 18 de marzo de 2014, recurso 114/2013, pudiendo ejercitar sus competencias de forma individualizada, como integrantes de dicha comisión, en la forma prevista en el artículo 62.2 ET. Continúa razonando que, de los cinco integrantes de la comisión negociadora, que actuó en representación de los trabajadores, la posición de los dos actores resulta clara en contra de la decisión extintiva llevada a cabo por las empresas demandadas. Señala que únicamente se produce la oposición de D. Federico y D. Cosme ya que D. Indalecio, quien firmó en disconformidad con el expediente de regulación de empleo y sin acuerdo, se aquieta a la acción planteada por los actores, sin que conste su oposición a la misma, por lo que ha de entenderse que, si bien no ejercita activamente la acción, se allana a la misma. Pone de relieve que a D. Federico y a D. Cosme les asiste el letrado D. Ignacio Moratilla, quien pertenece y está adscrito al mismo despacho de abogados que la letrada Victoria Caldevilla, que asiste a las mercantiles Pronorte Uno SA y Hotel Confort Puerta de Alcalá SL, que actúan en claro conflicto de intereses. Asimismo señala que D. Federico ha formulado, junto con diez trabajadores más, acción individual de impugnación de la decisión extintiva empresarial. En definitiva, teniendo en cuenta la actuación fraudulenta llevada a cabo por las demandadas, que denota una tramitación irregular del ERE, que afecta a los trabajadores que prestan sus servicios para el Grupo Pallá Hermanos y, conjugando el juego de las mayorías, así como las circunstancias concurrentes al caso, solo uno de los integrantes de la comisión negociadora, Cosme, mantiene una línea de oposición coherente a las acciones

planteadas por los actores, siendo que, en todo caso, a los dos actores debe sumarse D. Indalecio, quien se aquieta a la acción, en lo que debe entenderse una conformidad con la demanda, al no haber desarrollado una oposición expresa a la misma.

Concluye afirmando que atendiendo y respetando el principio “pro actionem”, así como el principio “pro operario” y, atendiendo a las circunstancias concurrentes se ha de entender que los actores ostentan legitimación activa para impugnar el despido colectivo y, al no haberlo entendido así la sentencia impugnada, no ha entrado a resolver el fondo de la cuestión planteada, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de los accionantes.

2.- Para una recta comprensión de la cuestión debatida, es preciso partir de los datos que a continuación se expondrán, obtenidos de la sentencia de instancia:

Primero: En fecha 9 de septiembre de 2013 las empresas CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS, S.A. y ESTRUCTURAS, AYUDAS Y ALBAÑILERÍAS, S.A. iniciaron procedimiento de regulación de empleo con la finalidad de extinguir la totalidad de los contratos de trabajo de la plantilla de ambas empresas —33 y 4 trabajadores respectivamente—. Ambas empresas cuentan con cuatro centros de trabajo operativos, distribuidos por la CCAA de Madrid y domicilio y sede en Pintor Ribera 4 de Madrid.

Segundo: Dichas empresas forman parte de un Grupo de Sociedades junto a Tal Actuación A-70, S.L., siendo ésta la sociedad dominante y quien posee el 99,31% de las acciones de Construcciones Palla Hermanos, S.A. Esta última, por su parte, posee el 99,48% de las acciones de Estructuras, Ayudas y Albañilerías, S.A. (EYASA). Se encontraban dispensadas, por razón de tamaño, de formular cuentas consolidadas. Tal Actuación A 70 SL no cuenta con ningún trabajador.

Tercero: La comisión negociadora por parte de los trabajadores se constituyó por cinco miembros. Existían dos representantes en la empresa Construcciones Palla (Cosme y Federico); en EYASA no existía representación de los trabajadores y la comisión representativa se integra, según acuer-

dos, por los trabajadores Indalecio, Maximiliano y Rogelio.

Cuarto: El 12.09.2013 se celebró la primera reunión del periodo de consultas para la extinción por despido colectivo, haciendo constar en el acta levantada que lo era entre la representación de la empresa EYASA y los representantes de los trabajadores Indalecio, Maximiliano y Rogelio, manifestando que están legitimados y son los integrantes de la comisión negociadora y realizando una única propuesta: que la indemnización legal correspondiente debe ser puesta a disposición del trabajador al momento del despido, quedando pendiente un estudio detallado de la misma. El Acta extendida respecto de la 1ª reunión entre Construcciones Palla y los representantes Federico y Cosme es de idéntico contenido a la anterior, sin más que identificar en ésta la empresa Palla y estos representantes. Coincide también la hora de celebración, el lugar y la asistencia a las reuniones por parte de las dos empresas de los mismos representantes (Nemesio y Severiano).

Quinto. Se celebraron seis reuniones entre EYASA y CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS SA y los representantes de los trabajadores.

Sexto: El 26 de septiembre de 2013 se extiende acta de finalización del periodo de consultas en la que figura número de ERE NUM001, entre EYASA y la comisión representativa de los trabajadores, que finaliza sin acuerdo. Ese mismo día se extiende acta de finalización del periodo de consultas, en la que figura número de ERE NUM000, entre CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS SA y los representantes de los trabajadores, que finaliza con acuerdo.

Séptimo. La comisión negociadora, descrita en los precedentes ordinales, actuó de forma conjunta, se inició y desarrolló un periodo de consultas común —se convocaron al efecto diversas reuniones a la misma hora y en el mismo lugar—, y, finalmente, al no existir acuerdo por parte de los representantes de una de las empresas, ESTRUCTURAS, AYUDAS Y ALBAÑILERÍA, S.A., las negociaciones desembocaron en la articulación de dos expedientes de regulación de empleo.

3.- Tal y como resulta de los incombustibles datos fácticos de la sentencia de instancia, las negociaciones durante el periodo de consultas se celebraron entre una única representación empresarial y los representantes de los trabajadores de las plantillas de las empresas CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS SA y EYASA, actuando la comisión de manera simultánea y uniforme hasta la fragmentación, que tiene lugar en la última reunión, estando integrada la citada comisión por cinco trabajadores, dos representantes legales de los trabajadores de la primera de dichas empresas —D. Cosme y D. Federico, hecho probado primero, in fine— y los otros tres, elegidos por los trabajadores de EYASA —D. Indalecio, y los actores D. Maximiliano y D. Rogelio —, habiéndose constituido una comisión “híbrida” o “mixta”, integrada por representantes legales y por los miembros de la “comisión ad hoc”.

QUINTO.- 1.- Tal y como establece el artículo 51.2 ET, la negociación se llevará a cabo en una única comisión negociadora, correspondiendo la negociación a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo. El indicado precepto, en su apartado b) señala que “Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá...2ª. Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a) —la denominada “comisión ad hoc”— en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de la comisión prevista en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen”. Esta última solución es la que se ha alcanzado en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, se ha constituido esta comisión “híbrida”, si bien no se ha respetado la proporcionalidad en la misma ya que hay dos miembros, representantes legales

de CONSTRUCCIONES PALLA HERMANOS SA, que tiene 33 trabajadores y tres integrantes de la comisión "ad hoc" de EYASA, que tiene 4 trabajadores, defectuosa constitución que no ha sido atacada en el recurso, por lo que no procede su examen.

2.- Si bien el legislador ha previsto la forma de constitución y actuación de esta comisión en el marco de las negociaciones que han de desarrollarse en el periodo de consultas del despido colectivo, no ha previsto su legitimación para impugnar el citado despido.

En efecto, el artículo 124 LRJS, en su apartado 1 se limita a establecer que la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores y por los representantes sindicales, a los que exige un plus, ya que para estar legitimados activamente han de tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, pero no menciona, entre los sujetos legitimados, a las denominadas comisiones "ad hoc", a las que se refiere el artículo 41. 4 a), primer párrafo ET, ni a las denominadas comisiones "híbridas" o "mixtas", a las que se refiere el artículo 41.4 b), regla 2ª ET —precepto aplicable por la remisión efectuada por el artículo 51.2 ET—.

3.- La citada comisión "híbrida" ostenta legitimación activa para impugnar el despido colectivo, en el que ha intervenido como interlocutora en el periodo de consultas, por las razones que a continuación se expondrán:

Primera: El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente colectiva, quedaría insatisfecho si a la comisión se le negara la legitimación activa, pues se cercenaría la posibilidad de impugnación por los trabajadores del despido colectivo. En efecto, en los supuestos en que no exista representación legal o sindical, el único sujeto que, por parte de los trabajadores, puede impugnar el despido colectivo es el sujeto colectivo que ha negociado en el periodo de consultas —sea la comisión "ad hoc" sea la comisión "híbrida", ahora examinada— ya que el trabajador individual no está legitimado para impugnar el despido, pues únicamente se le reconoce acción

para la impugnación individual, tal y como resulta del artículo 124.13 LRJS.

Segunda: El artículo 17 LRJS dispone que los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes, y no se puede negar el interés legítimo que ostenta la comisión en la impugnación del despido colectivo.

Tercera: El principio "pro actione", consagrado por el Tribunal Constitucional que, entre otras, en S 16/2001, de 29 de enero ha establecido: *"Pues bien, con referencia al acceso a la jurisdicción, en el que por oposición a lo que sucede en el acceso a los recursos hemos afirmado la aplicación del principio pro actione, venimos sosteniendo que, con carácter general, la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituyen cuestiones de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el art. 117.3 CE, pues es facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido (por todas, SSTC 147/1997, de 16 de septiembre, FJ 2; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 3, y 122/1999, de 28 de junio, FJ 2). Ahora bien, se exceptúan de tal regla aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada por el órgano judicial de esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, los casos en que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican. Dicha ampliación de los cánones de control constitucional es consecuencia de la mayor intensidad con que se proyecta el principio pro actione cuando lo que está en juego es la obtención de una primera decisión judicial (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3; 119/1998, de 4 de junio, y 122/1999, de 28 de junio, FJ 2), toda vez que, como ha significado la reciente STC 63/1999, de 26 de abril, "el principio pro actione opera en este caso sobre los presupuestos procesales es-*

tablecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida” (FJ 2; y 158/2000, de 12 de junio de 2000, FJ 5)”.

Cuarta: Carece de toda justificación que en los supuestos en los que ha negociado la representación legal o la sindical, existente en la empresa, sea posible la impugnación del despido, por estar activamente legitimadas dichas representaciones, y no quepa tal impugnación, si no hay representación legal o sindical y ha negociado la comisión “ad hoc” o la comisión “híbrida”, por no tener reconocida legitimación para accionar.

Quinta: De forma paralela a la anterior consideración, se subraya que no existe justificación alguna para admitir que el empresario está legitimado para accionar en el supuesto de que exista representación legal o sindical —únicamente están legitimados pasivamente los sujetos colectivos— y no si ha negociado la comisión “ad hoc” o la comisión “híbrida”. En efecto, si se les niega legitimación activa a estas comisiones, por identidad de razón, no cabe reconocerles legitimación pasiva.

Sexto: El periodo de consultas resultaría viciado ya que la comisión se vería abocada a alcanzar un acuerdo si se admitiese que no tiene legitimación para impugnar el despido efectuado por la empresa y, en consecuencia, desde la vertiente colectiva, su decisión es inatacable.

Séptimo: Sería contrario a toda lógica el otorgar a la comisión plena capacidad para negociar en representación de los trabajadores, con las mismas facultades que corresponderían a la representación unitaria o a la sindical, y negarles legitimación para impugnar el despido, legitimación que si se reconoce a dichas representaciones.

Octavo: Esta Sala en sentencia de 18 de marzo de 2014, casación 114/2013, ha reconocido legitimación activa a la comisión “ad hoc” para impugnar el despido colectivo en el que intervino, en representación de los trabajadores, durante el periodo de consultas. Por identidad de razón ha

de reconocerse dicha legitimación a la comisión “híbrida”, ahora examinada.

SEXTO.- 1.- Sentada la legitimación de la comisión para negociar, procede examinar si los miembros individuales, que integran dicha comisión ostentan la legitimación activa o si la misma corresponde a la comisión.

2.- Nuevamente nos encontramos ayunos de toda regulación explícita respecto a esta extremo, concluyendo la Sala que la legitimación activa corresponde a la comisión negociadora y no individualmente a cada uno de sus miembros.

Los motivos que nos han conducido a tal conclusión son los siguientes:

Primero: La comisión negociadora no tiene personalidad jurídica por lo que, a tenor de lo establecido en el artículo 16 LRJS, ha de comparecer en juicio quien legalmente la represente. Ocurre, sin embargo, que la comisión no tiene un representante y no resulta aceptable que pueda accionar y comparecer cualquiera de los miembros de la comisión por su sola decisión individual. Teniendo en cuenta que se trata de una comisión su forma de actuar ha de asimilarse a la establecida para los órganos de representación unitaria de los trabajadores.

A este respecto hay que señalar que, en virtud de lo establecido en el artículo 65.1 ET, se reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de su competencia, por decisión mayoritaria de sus miembros, por lo que esta misma exigencia ha de predicarse de la comisión negociadora.

Otro tanto ha de decirse de los delegados de personal pues, si bien ejercen mancomunadamente ante el empresario la representación, a tenor del artículo 62.2 ET, también han de ejercer de este modo la representación con ocasión del ejercicio de cualquier acción procesal (STS de 25 de febrero de 2015, recurso 36/2014).

Segundo: La exigencia de actuación en la forma prevista para la representación unitaria resulta de: a) Se trata de una “comisión”, lo que de por sí evoca la idea de una actuación colegiada y no individual de sus miembros. b) La comisión ha sido designada por los trabajadores de la empre-

sa, por lo que ha de ser la voluntad colegiada, adoptada por mayoría de sus miembros, la que refleje la voluntad de los representados. c) La previsión contenida en el artículo 41.4, inciso segundo ET, de que, en el supuesto de que existan varios centros afectados, la comisión negociadora ha de estar compuesta por un máximo de trece miembros, es idéntica a la contenida en el artículo 63.3 ET para la composición del comité inter-centros. d) Dicha previsión coincide también con la contenida en el artículo 51.2 ET que se refiere al número máximo de miembros de la comisión, en el supuesto de que se negocie con la representación legal o la sindical de los trabajadores. e) La comisión tiene carácter subsidiario, ya que únicamente se designa en el supuesto de inexistencia de representación legal o sindical, desempeñando idénticas funciones que estas representaciones, por lo que la adopción de acuerdos ha de realizarse de la misma forma que se efectúa en la representación legal. f) El artículo 41.4 ET dispone que el acuerdo al que llegue el empresario con la comisión representativa de los trabajadores requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión y tal forma de adopción de los acuerdos ha de exigirse, no solo a los que puedan adoptarse durante el periodo de consultas, sino también, finalizado éste, al que se refiera a la impugnación del despido. g) La sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2015, recurso 36/2014 ha negado legitimación a un delegado de personal para interponer demanda de despido colectivo al existir tres delegados de personal en el centro de trabajo, razonando la sentencia que han de actuar mancomunadamente.

3.- En el supuesto debatido, de los cinco miembros de la comisión negociadora únicamente dos han impugnado el despido, por lo que carecen de legitimación activa, tal y como se ha resuelto en la sentencia de instancia. No se opone a tal conclusión el que uno de los miembros de la comisión, D. Indalecio firmara la disconformidad con el acta, según afirma la parte recurrente, ya que no ha impugnado el despido y, por lo tanto no ha pasado a integrar la voluntad mayoritaria de los miembros de la comisión a favor de dicha impugnación. No cabe entender, como pretende

el recurrente, que se trata de un allanamiento, ya que en nuestro ordenamiento tal figura, con los efectos pretendidos por la parte, únicamente existe en el ámbito del proceso y requiere una expresa e inequívoca manifestación de voluntad, que no se ha producido, al no constar la misma en las actuaciones.

Es irrelevante, a efectos de determinar la legitimación de los actores, que otro de los miembros de la comisión, D. Federico, haya presentado una impugnación individual de su despido pues, ya quedó apuntado con anterioridad, que el cauce de impugnación colectiva del despido y el individual transitan por distintas vías, sin que el hecho de que los representantes de los trabajadores — legales, sindicales, comisión “ad hoc” o comisión “híbrida” o “mixta”— no hayan impugnado el despido colectivo, les impida la impugnación individual del mismo. Asimismo son irrelevantes, a efectos de determinación de la legitimación de la parte actora, las afirmaciones de la pertenencia del letrado de D. Federico y D. Cosme al mismo despacho que la letrada de dos de las codemandadas, ya que no consta acreditado, ni cabe presumir, la existencia de actuación tergiversada y conflicto de intereses que alega el recurrente.

SÉPTIMO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 LRJS.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación letrada de D. Maximiliano y D. Rogelio, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 20 de mayo de 2014, en el procedimiento número 124/2014, seguido a instancia de los citados recurrentes contra CONSTRUCCIONES PALLÁ HERMANOS SA, PRONORTE UNO SA, ESTRUCTURAS AYUDAS Y ALBAÑILERÍA SA, HOTEL CONFORT PUERTA DE ALCALÁ SL y TAL ACTUACIÓN A 70 SL, así como frente a los Consejeros y Administradores de dichas sociedades D. Ángel Jesús, D. Aureliano, D. Cosme, D. Federico

y D. Indalecio, ampliada el 15 de abril de 2014 frente a D. Marino y frente a la Administración Concursal de la empresa PALLÁ HERMANOS SA, J.A. FUSTER Y ASOCIADOS SLP, habiendo sido citados el FOGASA y el MINISTERIO FISCAL, sobre despido colectivo. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Jesús Gullón Rodríguez D. Fernando Salinas Molina D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernández D. José Luis Gilolmo López

D. Jordi Agustí Julia D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga D. José Manuel López García de la Serrana D^a. Rosa María Viroles Piñol D^a. María Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Ángel Luelmo Millán D. Antonio V. Sempere Navarro D. Jesús Souto Prieto

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrado Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico. El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONSTITUCIONAL

MARÍA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

(Tol 5192941)

Cabecera: Sentencia 145/2015, de 25 de junio de 2015. Vulneración del derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica: sanción impuesta al carecer la oficina de farmacia de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel. Votos particulares.

Jurisdicción: Constitucional

Ponente: Andrés Ollero Tassara

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 25/06/2015

Fecha publicación: 31/07/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Pleno

Número Sentencia: 145/2015

Número Recurso: 412/2012

Supuesto de hecho: Recurso de amparo 412-2012. Promovido por don XXXX en relación con las sanciones impuestas a la oficina de farmacia que regenta, por la Junta de Andalucía y confirmadas por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla.

I. EL TC RECONOCE EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE UN FARMACÉUTICO QUE FUE SANCIONADO POR NO DISPONER DE LA “PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS”

El Pleno del Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo a un farmacéutico de Sevilla que fue sancionado por la Junta de Andalucía por no disponer de la llamada “píldora del día después”. El Tribunal considera que, en este caso concreto, la sanción impuesta al demandante vulneró su derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa, que la Constitución reconoce en su art. 16.1. Por el contrario, el Pleno rechaza otorgar el amparo en relación con la negativa del demandante a despachar preservativos, pues en ese supuesto no existe “ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional”. La sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado Andrés Ollero, cuenta con el voto particular dis-

crepante de la Vicepresidenta, Adela Asúa, así como con el del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se ha adherido Juan Antonio Xiol. El ponente de la resolución ha redactado un voto particular concurrente.

Dos son las cuestiones que analiza el Tribunal para resolver el recurso: de un lado, si el derecho a la objeción de conciencia que la doctrina constitucional reconoce a los médicos es también aplicable a los farmacéuticos; de otro, la incidencia del derecho a la objeción de conciencia sobre otros derechos y, de forma particular, sobre el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, que incluye el acceso a las prestaciones sanitarias para la interrupción voluntaria del embarazo así como el acceso a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados en España.

Respecto a la primera de las cuestiones analizadas, el Pleno concluye que “los aspectos determinantes” que llevaron al Tribunal al “singular reconocimiento” del derecho a la objeción de conciencia de los médicos (STC 53/1985) pueden concurrir también “cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada ‘píldora del día después’ por parte de los farmacéuticos”.

Pese a las diferencias “de índole cuantitativa y cualitativa” existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación, por parte de un farmacéutico, del medicamento conocido como “píldora del día después”, el Pleno considera que existe un paralelismo entre el conflicto de conciencia del demandante y el que afecta a los facultativos. Y ello porque, explica la sentencia, en determinados supuestos, la “píldora del día después” podría causar en las mujeres embarazadas un efecto que choca “con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida”. A esta similitud se añade que, desde esa perspectiva, la actuación del farmacéutico “en su condición de expedidor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante”.

En cuanto al segundo aspecto citado, el Tribunal concluye que el incumplimiento por el demandante de su deber de contar en su farmacia con el “mínimo de existencias establecido normativamente” no puso “en peligro” el derecho de la mujer “a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente”. De hecho, explica la sentencia, “la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato éste del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas”.

La sentencia tiene en cuenta, además, que el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla, cuyos Estatutos, aprobados “definitivamente” por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía el 8 de mayo de

2006, reconocen de forma expresa la objeción de conciencia como “derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional”. Por ello, señala, “el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración”.

“A la vista de la ponderación efectuada sobre los derechos e intereses en conflicto y de las restantes consideraciones expuestas —concluye el Pleno—, hemos de proclamar que la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas de la conocida como ‘píldora del día después’ vulnera el derecho del demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE, en atención a las especiales circunstancias” de este caso concreto.

Al demandante se le impuso una sanción de más de 3.000 euros por no disponer en su farmacia de dos de los productos incluidos en la relación de obligada disposición: la citada píldora y preservativos. En este punto, sin embargo, el Tribunal rechaza concederle el amparo porque “ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto”. “Es patente —señala la sentencia— que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda” el art. 16.1 CE.

El otorgamiento del amparo se limita, por tanto, a la sanción correspondiente a la negativa del demandante a vender el medicamento conocido como “píldora del día después”. Sin embargo, la multa que le impuso la Junta de Andalucía no especifica ni cuantifica distintos conceptos; por ello, el Tribunal ordena retrotraer las actuaciones “al momento inmediatamente anterior” a dictarse la resolución sancionadora con el fin de que la Junta decida “sobre la concreta sanción que corresponda imponer al demandante en lo que se refiere a la infracción grave que se le imputa por negarse a disponer de (y por ello a dispensar) preservativos en la oficina de farmacia de la que es cotitular”.

En su voto particular, la Vicepresidenta, Adela Asúa, manifiesta que el derecho a la objeción de conciencia no puede ser considerado técnicamente como “parte del contenido del derecho a la libertad ideológica”, pues ni la Constitución ni ninguna ley del Parlamento contienen tal reconocimiento. Considera que la sentencia, no se adecúa a la jurisprudencia constitucional y a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y lleva a cabo un “drástico cambio doctrinal” que “puede traer consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para nuestra convivencia”, pues pueden ser muchos “los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin nece-

sidad de una previsión legal al respecto”. Por todo ello, entiende que debió denegarse el amparo.

Los Magistrados Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol creen, por su parte, que debió desestimarse el amparo “por no existir conflicto constitucional alguno que pueda vincular el derecho fundamental invocado con la sanción impuesta al recurrente”. Explican que el expediente sancionador “no derivó de un rechazo a expender medicamentos de esta naturaleza, sino de la falta de disposición de existencias de aquellos productos que la normativa aplicable exige” a las oficinas de farmacia. Por lo tanto, afirman, “si no hubo negativa a la dispensación de la conocida como ‘píldora del día después’, ni sanción por esa causa, no pudo haber lugar al conflicto personal que trata de ampararse en la objeción de conciencia”. “El conflicto que está en la base de la objeción de conciencia —concluyen sólo hubiera podido materializarse en el momento de la dispensación, porque sólo poniendo en manos de un cliente ese medicamento hubiera nacido el pretendido riesgo ‘abortivo’ que el objetor aprecia y quiere evitar”.

En su voto concurrente, el Magistrado Andrés Ollero considera que “la sanción impuesta al farmacéutico es consecuencia de una conducta tipificada: no disponer de los medicamentos y productos incluidos en la relación legalmente establecida; sin perjuicio de que se trate de uno solo o de varios”, por lo que no comparte la propuesta de retroacción. Por otra parte, apunta que “las exigencias del artículo 16 CE giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia —jurídica o moral— del ciudadano. No parece compatible con ello que los Magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos”.

II. RECONOCIMIENTO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO FARMACÉUTICO

1. Antecedentes

La sentencia a la que se refiere el presente comentario tiene su causa en una multa impuesta, como sanción administrativa, al titular de una oficina de farmacia. Los hechos arrancan de la denuncia presentada por un ciudadano debido a que la farmacia en cuestión carecía de existencias de preservati-

vos así como del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg. (conocido coloquialmente como "píldora del día después"). A partir de la referida denuncia, la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía levanta la correspondiente Acta, que se traduce en una sanción adoptada mediante resolución (con fecha 15 de octubre de 2008) del Delegado Provincial de Salud en Sevilla. Los hechos fueron calificados como infracción grave y sancionados con una multa de 3.300 euros. La normativa infringida, según el ente sancionador, eran la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía y el Anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia.

El demandante, frente a esta sanción, interpuso recurso de alzada, que fue desestimado mediante resolución de 16 de julio de 2010, de la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

Contra la resolución anterior, el Señor XXX interpuso recurso contencioso-administrativo, alegando que su actuación se encontraba amparada por la objeción de conciencia. Este recurso fue también desestimado en la Sentencia de 2 de noviembre de 2011, del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla.

No se aquietó el demandante con los reiterados rechazos de su pretensión inicial, interponiendo contra la anterior sentencia incidente de nulidad. La posterior inadmisión del mismo (providencia de 22 de diciembre de 2011), le llevó a intentar el amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. Argumentos y crítica

El análisis pormenorizado de las alegaciones de las partes permite desgranar la existencia de diversas cuestiones que exigían un pronunciamiento del Tribunal Constitucional y terminan constituyendo la base de su fallo. Dejando de lado los aspectos procedimentales y procesales¹, las cuestiones sustantivas que fueron objeto de discusión son, en esencia, las siguientes:

¹ Solicitud de inadmisión del recurso por parte del Ministerio Fiscal, afirmando su carácter extemporáneo; así como la alegación del demandante de vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

A) *La objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 CE*

El núcleo esencial de la defensa esgrimida por el recurrente ante el Tribunal Constitucional consiste en afirmar que su comportamiento, negándose a dispensar preservativos y la “píldora del día después” por razones de conciencia, constituye un supuesto de objeción de conciencia cuya relevancia constitucional se desprendería de la vinculación de esta noción con la libertad ideológica que reconoce el art. 16.1 CE².

El letrado de la Junta de Andalucía, por su parte, rechaza la identificación de la libertad ideológica o libertad religiosa con la objeción de conciencia, afirmando que el art. 16.1 CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos, por motivos de conciencia, del cumplimiento de deberes legalmente establecidos. En apoyo de semejante tesis, cita varios pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional, así como una Decisión del TEDH. Más concretamente, las sentencias aludidas son SSTC 15/1982³, 160/1987⁴,

² “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

³ A tales efectos, se cita el FJ 6 de la referida sentencia que, realmente, más que proporcionar base argumental al Letrado de la Junta, podría esgrimirse a favor de la tesis del recurrente pues, de acuerdo con la misma “...Por otra parte, tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. En la Ley Fundamental de Bonn, el derecho a la objeción de conciencia se reconoce en el mismo artículo que la libertad de conciencia y asimismo en la Resolución 337, de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa se afirma de manera expresa que el reconocimiento de la objeción deriva lógicamente de los derechos fundamentales del individuo garantizados en el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos..., que obliga a los Estados miembros a respetar las libertades individuales de conciencia y religión. Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el artículo 30.2 emplee la expresión «la ley regulará», la cual no significa otra cosa que la necesidad de la “interpositio legislatoris” no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”. Quizá por error se citó el FJ 6 cuando, realmente, el que más parece acomodarse a las pretensiones del Letrado de la Junta es el FJ 7 de la misma sentencia.

⁴ “...Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, si, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial —aquí su finalidad concreta— consiste en constituir un

161/1987⁵, 321/1994⁶, 55/1996⁷ y ATC 135/2000⁸. En cuanto al pronunciamiento del TEDH, se trata de la resolución de 2 de octubre de 2001 (*caso Pichon y Sajous c. Francia*), por el que no se admitió a trámite la demanda presentada por dos farmacéuticos franceses que invocaban el art. 9 de la Convención, por entender que su derecho a la libertad religiosa y sus creen-

derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 C. E.) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional —derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España— lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria «con las debidas garantías», que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional” (FJ 3).

⁵ “...Se trata, ciertamente, como se acaba de decir, de un derecho que supone la concreción de la libertad ideológica reconocida en el art. 16 de la Norma suprema. Pero de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto” (FJ 3).

⁶ “... El derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales. Por ello, el derecho a ser declarado exento del servicio militar no deviene directamente del ejercicio de la libertad ideológica, por más que se encuentre conectado con el mismo, sino tan sólo de que la Constitución en su art. 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia, referido únicamente al servicio militar y cuyo ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria, sistema que permite al objetor cumplir los objetivos de la norma de servir a la comunidad salvaguardando sus íntimas convicciones” (FJ 4).

⁷ “...En suma, como hemos reiterado en otras resoluciones, so pena de vaciar de contenido los mandatos legales, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos...” (FJ 5).

⁸ “La principal de las vulneraciones de derechos fundamentales (la de la libertad ideológica) carece de contenido constitucional. En efecto, además de que la demandante no acredita suficientemente y de manera documental haber utilizado los cauces ordinarios y adecuados para hacer uso reglamentario y en su debido momento de su derecho a la objeción de conciencia, el caso carece de la relevancia constitucional pretendida, toda vez que « el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 de la CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos” (FJ 2).

cias habían quedado conculcados al haber sido sancionados por negarse a dispensar en sus farmacias píldoras anticonceptivas.

El Ministerio Fiscal, por su parte, opta por diferenciar, dentro de la argumentación presentada por el recurrente, entre la que tiene por finalidad la justificación de la no dispensación de preservativos (a su juicio, carente de toda vinculación con la objeción de conciencia y el derecho a la libertad religiosa) y la relativa a la “píldora del día después”, adhiriéndose en relación con esta última a los argumentos ya esgrimidos por el Letrado de la Junta.

En la sentencia objeto del presente comentario, el TC, en relación con la cuestión planteada —directa vinculación de la objeción de conciencia con la libertad religiosa y posibilidad de recurrir en amparo frente a una posible vulneración de la primera—, acude, también, a un pronunciamiento previo; en este caso, se trata de la STC 53/1985, sobre despenalización del aborto y, más concretamente, la afirmación contenida en su FJ 14, de acuerdo con la cual, “por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

Ahora bien, en la sentencia comentada, el TC atribuye al anterior pronunciamiento un carácter en cierto modo excepcional⁹, procediendo posteriormente a analizar si en el presente caso se daban también unas circunstancias análogas que permitieran una interpretación extensiva¹⁰. Quiere ello decir que, pese al reconocimiento que, como veremos, termina efectuando el Alto Tribunal del derecho que pudiera asistir al farmacéutico recurrente, no parece que pretenda fijar una doctrina favorable a una interpretación y admisión amplia de la objeción de conciencia más allá de sus límites constitucionales.

Así pues, puede decirse que frente a una posición constitucional que podríamos considerar consolidada, favorable a una interpretación estricta y restringida de la objeción de conciencia, la STC 53/1985 en relación con la

⁹ Literalmente señala que “en relación con la doctrina expuesta debe destacarse *la singularidad del pronunciamiento traído a colación*, en tanto que el reconocimiento de la objeción de conciencia trascendió del ámbito que es consustancial al art. 30.2 CE...” (el subrayado es nuestro).

¹⁰ Quizá en la prohibición contenida en el art. 4.2 CC de la aplicación extensiva del derecho excepcional se encuentra la calificación como “singular” del pronunciamiento objeto de aplicación analógica.

normativa que despenalizaba el aborto y la STC objeto del presente comentario parecen suponer claras excepciones. Y puesto que nuestra exégesis ha de centrarse en el último de los pronunciamientos citados, hemos de llamar la atención sobre la escasez argumental empleada por el Alto Tribunal para fundamentar la doctrina enunciada en la STC 53/1985 y su aplicabilidad al caso enjuiciado. Sobre esta cuestión, la Sentencia pasa, prácticamente, “de puntillas”. Por ello, en este concreto aspecto, no podemos dejar de manifestarnos de acuerdo con las opiniones vertidas la Magistrada Asúa Batarrita en su Voto Particular cuando dice que “la sentencia parte de una discutible premisa: que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica del art. 16.1 CE, con un alcance tal que puede conducir a relativizar muy diversos mandatos constitucionales y deberes legales que garantizan el ejercicio de los derechos fundamentales de otras personas. La premisa es, a mi juicio errónea, porque se sustenta como único argumento en la afirmación contenida en el *obiter dicta* de la STC 53/1985... resulta poco consistente extraer de tan escueta y retórica referencia la conclusión de que el derecho a la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental reseñado, pues, como se desprende de sentencias posteriores... para ello es preciso un reconocimiento a nivel constitucional... o, en su caso, un reconocimiento legal que lo conecte a un derecho fundamental, lo que no ha tenido lugar”¹¹.

En las críticas a vertidas sobre esta Sentencia, en buena medida, se encuentran latentes las propias dificultades que plantea el tratamiento constitucional de la objeción de conciencia, de las que hace un pormenorizado relato el Magistrado Ollero Tassara en su Voto particular concurrente. Como dice éste último, el Alto Tribunal podría haber aprovechado la ocasión para resolver las confusiones que existen sobre el particular, pero, desafortunadamente, no se hizo así.

¹¹ Todavía con mayor contundencia expresa su opinión el Magistrado Valdés Dal-Ré en su Voto Particular, al que se adhiere el Magistrado Xiol Ríos: tras negar la existencia en los hechos enjuiciados de un conflicto con trascendencia constitucional, señala que “la debilidad de sus argumentos, como muestra la exánime ponderación que efectúa, llamará la atención y activará las alarmas de los estudiosos de una doctrina, como la construida por este Tribunal en materia de derechos fundamentales...”. Más adelante, en este mismo Voto Particular, se indica que “por más que se haya insistido en soslayarla a fin de elevar a categoría constitucional una línea de pensamiento, con una finalidad profundamente ideológica que se revela en el iter argumental que desemboca en la conclusión alcanzada. Me parece manifiestamente contrario a nuestra doctrina reiterada, invariable y constante sobre el proceso constitucional de amparo, que se sienten conclusiones y se tome postura en un conflicto ideológico que no se ha producido *ad casum*. El ficticio conflicto ideológico, de haber existido, hubiera requerido un debate jurídico complejo que, desde luego, no plasma el texto aprobado”.

B) Reconocimiento normativo de la objeción de conciencia de los farmacéuticos

Si, en términos generales, por objeción de conciencia podemos entender aquel supuesto de desobediencia de una norma que vendría caracterizado, frente a la desobediencia civil, por tutelar de forma directa e inmediata la moral individual¹², lo que en primer lugar habría de precisarse es cuál es la obligación de los farmacéuticos que, con el comportamiento del solicitante del amparo, se ha infringido. A este respecto, en la STC se cita, como motivos de la sanción de la que trae causa el actual recurso, la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía y el Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia. De acuerdo con las referidas normas, los farmacéuticos, en relación con el ejercicio profesional en la oficina de farmacia, tienen, entre otras, la obligación de “tener los medicamentos y productos sanitarios de existencia mínima obligatoria, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente” (art. 22.2, d) de la Ley 22/2007), siendo así que entre esos productos sanitarios de existencia mínima obligatoria se encuentran las hormonas sexuales y moduladores del sistema genital, anticonceptivos hormonales para uso sistémico, progestágenos solos (principio activo Levonorgestrel 0,750 mg.) y los preservativos (Anexo del Decreto 104/2001).

De acuerdo con sus alegaciones, el proceder del farmacéutico se ampararía en sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida, que le impedirían facilitar el medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg. por sus posibles efectos abortivos si se administra a mujer embarazada (nada se dice sobre la negativa a disponer de preservativos, más allá de que su decisión de no dispensarlo por razones de conciencia no causa perjuicio alguno al estar garantizada la distribución de este producto por el gran número de establecimientos que lo dispensan).

De modo coherente con sus personales convicciones, el farmacéutico en cuestión buscó amparo legal que, en la Comunidad andaluza, no podía ser proporcionado más que por normas colegiales. En efecto, en el Estatuto del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla¹³ se señala expresamente que “el colegiado al que se impidiese o perturbase el ejercicio de este derecho —ejer-

¹² *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

¹³ Aprobado por Orden de 8 de mayo de 2006, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.

cicio de su actividad profesional— conforme a los postulados de la ética y deontología profesionales se le amparará por el Colegio ante las instancias correspondientes” (art. 8.5). Por su parte, en el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica¹⁴ expresamente se reconoce el derecho a la objeción de conciencia y la posibilidad de comunicar tal condición al colegio¹⁵. El recurrente así lo hizo, circunstancia que alegó en la fundamentación de su recurso.

A fin de valorar la relevancia de la objeción por el farmacéutico formulada, resultaba ineludible algún tipo de pronunciamiento acerca de la trascendencia legal que debía otorgarse a tales normas colegiales, extremo al que se alude en el FJ 5 de la sentencia comentada. Así, de acuerdo con la opinión mayoritariamente plasmada en la Sentencia, “el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración”¹⁶.

Pues bien, en relación con esta última afirmación, —y dejando al margen la trascendencia que en nuestro Derecho puede tener el error sobre la normativa aplicable¹⁷ así como la responsabilidad en la que puede haber incurrido la Administración competente como consecuencia de una inadecuado ejercicio de su función de control de la legalidad— resulta verdaderamente llamativo que no se tenga en cuenta la naturaleza y rango legal que debe atribuirse a unos estatutos colegiales. Se trata de un conjunto normativo que los propios interesados se dispensan a sí mismos y que, en cualquier caso, habrán de ser interpretados y aplicados de acuerdo con la Constitución y demás normas integrantes del ordenamiento jurídico. Dado que no existe

¹⁴ Aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos en diciembre de 2000.

¹⁵ En efecto, de acuerdo con su art. 28, “la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y a la salud del paciente”; prescribiéndose en su art. 33 que “el farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes. El colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria”.

¹⁶ Para llegar a semejante conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta el art. 22 de la Ley de Andalucía 10/2003, reguladora de los colegios profesionales en este ámbito geográfico, de acuerdo con el cual, “Aprobados los estatutos por el colegio profesional y previo informe del consejo andaluz de colegios de la profesión respectiva, si estuviese creado, se remitirán a la Consejería con competencia jurídica en materia de colegios profesionales, para su aprobación definitiva mediante orden de su titular, previa calificación de su legalidad. Si los estatutos no se ajustarán a la legalidad vigente, o presentaran defectos formales, se ordenará su devolución a la corporación profesional para la correspondiente subsanación, de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente”.

¹⁷ De acuerdo con el art. 6.1º CC, “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen”.

ley nacional o autonómica andaluza que regule la objeción de conciencia en el ámbito farmacéutico, no parece que unos estatutos colegiales puedan darle carta de naturaleza, cuestión ésta puesta de manifiesto en dos de los tres votos particulares formulados a la Sentencia¹⁸.

A pesar de ello, en la sentencia se termina admitiendo la validez y eficacia de la objeción de conciencia formulada por el solicitante de amparo en relación con la inexistencia en su farmacia del Levonorgestrel 0,750 mg. No así en lo que se refiere a la inexistencia de preservativos que, sin ningún tipo de explicación adicional, se afirma que “queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado (art. 16.1 CE)”.

C) Conflicto de intereses entre el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer y la objeción de conciencia del farmacéutico a dispensarle los correspondientes medicamentos de existencia mínima obligatoria

En toda hipótesis de objeción de conciencia late un conflicto de intereses entre las particulares creencias u opiniones de quien lo formula y los del colectivo protegido por la norma frente a la que se formula. En el caso analizado, esos intereses se identifican, de un lado, con las convicciones éticas sobre el derecho a la vida del recurrente y, de otro, con el derecho de la mujer a su salud sexual y reproductiva. En efecto, en relación con el primer elemento de la ecuación, el demandante reclama para sí la exención del deber legal de disponer y expedir el principio activo Levonorgestrel 0'750 mg. por sus posibles efectos abortivos si se administran a mujer embarazada, lo que colisiona frontalmente con sus convicciones personales sobre la protección del derecho a la vida. Ello entraría en conflicto directo con la normativa que impone al profesional que ejerce su actividad en una oficina

¹⁸ “Resulta penoso, por elemental, tener que recordar que unos Estatutos colegiales no pueden crear *ex novo* derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la ley. Las previsiones de los Estatutos colegiales se deben desarrollar en los términos que establezca la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico, y lo cierto es que ni la Constitución reconoce ese derecho... ni existe Ley estatal o Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía que reconozca el pretendido derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos o que regule de algún modo su ejercicio ante la colisión con el cumplimiento de deberes jurídicamente relevantes” (Voto Particular de la Magistrada Asúa Batarrita). Por su parte, en el Voto particular formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré, se señala que “... esos Estatutos y Códigos podrán establecer lo que las respectivas corporaciones tengan por conveniente, pero que sus previsiones se habrán de desarrollar de conformidad con lo que establezca la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico”.

de farmacia el deber de disponer para su ulterior dispensación a los consumidores de aquellas especialidades farmacéuticas que la Administración haya incluido dentro de una relación obligatoria que, en el presente caso, se vincula con el deber de garantizar el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, que incluye el acceso a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España.

El órgano sentenciador, a fin de decidir adecuadamente, debería haber aquilatado ambos intereses contrapuestos, sin mostrar una actitud más empática con uno que con otro. Sin embargo, como dice el Magistrado Ollero en su Voto particular concurrente, “no es inusual que cuando se suscitan problemas de objeción de conciencia el que ha de juzgarlo tienda a ponerse en el lugar del objetor para dictaminar si merece o no protección... Me temo que así ha ocurrido en la Sentencia. El problema es que la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción es la del objetor; no la de quien emite el veredicto. Su contrapeso en la ponderación no ha de ser nunca la conciencia de éste sino la repercusión sobre los derechos de terceros”.

Si analizamos los argumentos empleados por el TC para conceder el amparo solicitado por el recurrente en relación con la no dispensación de la “píldora del día después”, podremos comprobar lo acertado de las apreciaciones del Magistrado Ollero anteriormente reproducidas: prácticamente, toda la argumentación gira sobre los hipotéticos derechos que asistirían al recurrente, en tanto que el otro interés en conflicto (la salud sexual y reproductiva de la mujer) se encuentra, prácticamente, ausente en el texto de la Sentencia.

De este modo, el Tribunal admite la existencia de una duda razonable en relación con los efectos abortivos que puede producir el principio activo Levonorgestrel 0’750 mg cuando se suministra a mujer embarazada¹⁹ para justificar una aplicación analógica de la STC 53/1985, en relación con la objeción de conciencia que reconoce a los médicos con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente admitidos.

A continuación, el Tribunal precisa que el motivo de la sanción no fue la negativa del farmacéutico a dispensar el medicamento en cuestión, sino el

¹⁹ “En relación con esta cuestión, este Tribunal no desconoce la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada píldora del día después. Sin perjuicio de ello, y a los meros fines de este procedimiento, la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos...”

incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente²⁰.

Y, en tercer lugar, otorga relevancia (“no carece de relevancia”, dice textualmente la Sentencia) a la objeción reconocida en normas colegiales, así como a la creencia del recurrente de estar legítimamente ejercitando un derecho.

En sentido opuesto, en relación con ese derecho de la mujer a preservar su salud sexual y reproductiva, sólo se dice que “... la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacias relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro”. El argumento no puede resultar más banal pues, al parecer, la admisión de la objeción de conciencia de un farmacéutico dependería de la ubicación geográfica de su oficina de farmacia. Si no hay otra próxima, ¿no se reconoce el derecho en cuestión al titular de la correspondiente oficina?, ¿qué pasaría si existiendo varias, todos sus titulares optar por declararse objetores?

De otra parte, omite el TC toda referencia a la incidencia del adecuado cumplimiento de las obligaciones farmacéuticas sobre la salud, en general, extremo sobre el que ya se había pronunciado con anterioridad²¹.

²⁰ En relación con esta apreciación, no puede detectarse un mayor nivel de incongruencia en la Sentencia: si el motivo de la sanción por la que se recurre no es la negativa a su dispensación, sino la inexistencia del mínimo legal necesario del correspondiente medicamento, no se entiende dónde radica el fundamento de la objeción de conciencia supuestamente conculcada. A menos, claro está, que esa insuficiencia de existencia se anude finalísticamente con la intencionada imposibilidad de dispensar el medicamento en cuestión. En tal sentido, comparto plenamente las afirmaciones del Magistrado Ollero cuando dice en su voto particular que “la presencia de determinados productos en la trastienda de las oficinas de farmacia no contribuye a mejora alguna de la salud. Si la Junta de Andalucía ha preferido tipificar como sancionable su no disposición en vez de su no dispensación es, obviamente, para evitar que el farmacéutico desatienda la solicitud del ciudadano argumentando que ha agotado las existencias de determinados productos...”.

²¹ Así, en la STC 83/2014 (TOL 4.373.231), a cuyo tenor “...el Estado, para garantizar la protección de la salud pública (arts. 43.2 y 51.1 CE) y en el ejercicio de sus competencias exclusivas sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE), no sólo puede obligar a las empresas farmacéuticas y a las oficinas de farmacia (como establecimientos sanitarios privados de interés público) a abastecer, suministrar y dispensar, a través del Sistema Nacional de Salud, los medicamentos, sustancias medicinales y productos necesarios para proteger la salud pública, en general, y la atención primaria a la salud de los ciudadanos” (FJ 3).

3. Valoración

Indiscutiblemente, la Sentencia del TC objeto de comentario constituye un importante pronunciamiento, fundamentalmente, por su carácter novedoso, ya que constituye la primera vez en la que el Alto Tribunal decide sobre la procedencia de la invocación por un farmacéutico, en el ejercicio de su profesión, del derecho a la objeción de conciencia para negarse a disponer y dispensar la píldora del día después por sus posibles efectos abortivos. Se trata de una cuestión que ya había sido planteada ante otras instancias jurisdiccionales²², pero no ante el TC.

Ahora bien, sin negar la trascendencia indiscutible que posee la cuestión sometida a la decisión del Tribunal, estimamos que se ha perdido una magnífica oportunidad de sentar unas bases claras y contundentes de la objeción de conciencia como categoría dentro de nuestro Derecho. Precisamente, en la sentencia objeto de comentario se justifica el requisito de la especial trascendencia constitucional de la cuestión suscitada en el recurso de amparo en la posibilidad de “perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia” (FJ 3, *in fine*). Sin embargo, tras la pormenorizada lectura de la sentencia, nos quedamos con la impresión de que *ese toro se ha ido entero al corral*. Ciertamente, la sentencia objeto de comentario alude al

²² Así, en la STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007 (*Tol 1037947*), ya se discutió sobre si la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 1 de junio de 2001, por la que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos, vulneraba el derecho fundamental de la vida, así como a la libertad ideológica y de conciencia. Sobre la cuestión que aquí nos interesa, el Alto Tribunal andaluz concluyó que “No se puede invocar, como motivo de ilegalidad, la objeción de conciencia, que forma parte del contenido del Derecho Fundamental a la libertad ideológica y religiosa, reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, sin embargo entendida, la objeción de conciencia, como la negativa de un individuo a cumplir lo mandado por una concreta norma del ordenamiento jurídico, por entender que su cumplimiento es incompatible con el respeto debido a un determinado valor moral percibido por la propia conciencia, podría considerarse como un modo de excepción, oponible por el individuo a someterse por cuestiones éticas a una conducta que, en principio, le es jurídicamente exigible. Sin embargo, dicha excepción personal derivada de un juicio de carácter ético o moral, no legitima para la impugnación de una norma de carácter general, ya que el objetor de conciencia, no puede hacer prevalecer o imponer a otros sus condiciones religiosas o morales, para justificar la nulidad de una norma general, aún cuando dicha objeción de conciencia, puede ser enarbolada cuando, en virtud de la no aplicación de dicha norma, puedan derivarse perjuicios o sanciones por su incumplimiento”, que es lo que aconteció en el supuesto resuelto por el TC. Sobre la STSJ Andalucía, véase, L. ROJO ÁLVAREZ-MAZANEDA, “La objeción de conciencia farmacéutica y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2007”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 16, 2008.

tema, pero lo hace muy escuetamente, acogién dose a un único precedente (STC 53/1985) en orden a afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia directamente aplicable, como parte integrante del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa; pero, al propio tiempo, subraya el carácter singular de este pronunciamiento ¿No debería haberse justificado este modo de proceder?

Si se analiza la jurisprudencia del TC atinente a la objeción de conciencia, fácilmente podemos llegar a la conclusión de que distan mucho de constituir un cuerpo unitario y coherente. Haciendo abstracción de los pronunciamientos previos a la STC 53/1985²³, ciertamente de esta última parece que puede colegirse la admisión de la objeción de conciencia como género. Sin embargo, con posterioridad, esta línea argumental a favor de una objeción de conciencia como derecho general y fundamental se vio truncada en la STC 160/1987 y jurisprudencia posterior²⁴. Como señala el Magistrado Ollero Tassara en su Voto particular concurrente, “la objeción pasa de ser un curioso derecho constitucional no fundamental a verse reducida a la mínima expresión: de la conceptúa más bien como eventual objeto de una benévola tolerancia, ajena a imperativos de justicia”. Y de esta línea argumental se aparta la STC comentada, que opta por enfocar el problema como una continuidad del tratado en la STC 53/1985, soslayando por completo todo aquello de “perfilar y aclarar la doctrina constitucional en relación con la naturaleza de la objeción de conciencia” que se había esgrimido como argumento para fundamentar la trascendencia constitucional de la cuestión planteada ahora en amparo. A la vista del contenido de los tres votos particulares formulados, en la fase de deliberación del Tribunal, muy posiblemente, la discusión sobre el tema apuntado sí debió estar presente; sin embargo, no hubo plasmación de esa hipotética discusión en el texto definitivo de la Sentencia.

Con respecto a la concreta cuestión debatida —la existencia y admisibilidad de la objeción de conciencia del farmacéutico que justificaría su negativa a dispensar el concreto principio activo y, por ende, convertiría en improcedente la sanción impuesta—, no critico el sentido del fallo, sino la debilidad de los argumentos esgrimidos para llegar al mismo. Como ya he señalado anteriormente, creo que el TC partió de una posición apriorísticamente favorable al titular de uno de los intereses en conflicto, pretiriendo casi por completo la referencia a los tutelados por la norma contra la que se formula la objeción de conciencia.

²³ En parte recogidos en la cita 3 del presente comentario.

²⁴ Véanse citas 4 a 8.

Sin desconocer la necesidad de admitir la objeción de conciencia en determinados casos perfectamente fundamentados, no podemos dejar de subrayar que la admisión generalizada de este instituto supondría una verdadera relativización de los mandatos legales. Por ello, en mi opinión, un fallo como el de la Sentencia de 25 de junio de 2015 debería haberse basado en una argumentación verdaderamente sólida y contundente, adjetivos que no creo que puedan aplicarse a los plasmados en el texto de la sentencia.

Sentencia

ENCABEZAMIENTO:

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asúa Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enriquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo avogado núm. 412-2012, promovido por don XXXX, representado por el Procurador de los Tribunales don XXXX y asistido por el Abogado don XXXX, contra la resolución de 16 de julio de 2010 de la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Junta de Andalucía, que confirma la sanción de multa impuesta al recurrente por el Delegado Provincial de Salud de Sevilla en el expediente 78/2008, así como frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011, dictada en el procedimiento abreviado núm. 736-2010 y la providencia del mismo Juzgado de 22 de diciembre de 2011, que inadmite el incidente de nulidad promovido contra la anterior Sentencia. Ha comparecido y formulado alegaciones el Letrado de la Junta de Andalucía. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente

el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 25 de enero de 2012, el Procurador de los Tribunales don XXXX, en nombre y representación de don XXXX y bajo la dirección del Abogado don XXXX, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones administrativas y judiciales referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El demandante es cotitular de una oficina de farmacia en la ciudad de Sevilla y fue sancionado por resolución de 15 de octubre de 2008 del Delegado Provincial de Salud en Sevilla de la Junta de Andalucía como consecuencia de que el establecimiento carecía de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg. (coloquialmente conocido como "píldora del día después"). Así resulta del acta de inspección levantada el 4 de febrero de 2008 por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía a raíz de la denuncia presentada por un ciudadano. El recurrente manifestó a la Inspección no disponer de existencias de dichos productos y medicamentos por razones de objeción de conciencia, e interesó a efectos probatorios en el expediente sancionador que se oficiase al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla para que certificase su condición de objetor de conciencia, a la

vista del registro de farmacéuticos objetores de dicha corporación profesional; diligencia probatoria que el instructor del expediente rechazó por innecesaria, por constarle de manera expresa la condición de objetor de conciencia del recurrente a la píldora postcoital y a los preservativos. Los hechos fueron calificados como infracción grave, tipificada en el art. 75.1.d) de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, en relación con el art. 22.2.d) de la misma Ley y el art. 2 y Anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia, y sancionados con multa de 3.300 euros.

b) Contra la referida resolución interpuso el demandante recurso de alzada, en el que, entre otros extremos, se invocaba el derecho a la objeción de conciencia como justificación para no disponer de existencias de preservativos ni del medicamento con el principio activo levonorgestrel.

El recurso fue desestimado por resolución de 16 de julio de 2010 de la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. La resolución considera que el farmacéutico titular de una oficina de farmacia no puede incumplir su obligación legal de contar en su establecimiento con los referidos productos y medicamentos invocando la objeción de conciencia. En apoyo de esta decisión aduce la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que cita a su vez la resolución del TEDH de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous c. Francia, que rechazó la demanda formulada por dos farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos compuestos de estrógenos. Entendió el TEDH que la objeción de conciencia no tiene cabida en el art. 9 CEDH (libertad religiosa) invocado por los demandantes, pues las convicciones personales no pueden constituir para los farmacéuticos a los que está reservada la venta de medicamentos, un motivo para denegar la dispensación de un producto al consumidor.

c) Contra la anterior resolución interpuso el demandante recurso contencioso-administrativo, en el que alegaba que su actuación se encuentra amparada por la objeción de conciencia, que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE), toda vez que de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg derivan, entre otros, efectos abortivos. Y en cuanto a los preservativos sostuvo además que su decisión de no dispensarlos por razones de conciencia no causa perjuicio alguno, al estar garantizada la distribución de este producto por el gran número de establecimientos que los dispensan. Subsidiariamente, alegaba la errónea calificación de la infracción y la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. Por todo ello solicitaba que se declarase nula la sanción impuesta o, en el segundo supuesto, que los hechos se calificasen como infracción leve en aplicación de los arts. 74.d) y 77 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía.

d) El recurso contencioso-administrativo del demandante fue desestimado por Sentencia de 2 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla, por entender que la resolución sancionadora era ajustada a Derecho. Niega el Juzgado que la STC 53/1985, de 11 de abril, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, que cita el recurrente en apoyo de su pretensión, sean fundamento legal para objetar. Entiende que la cuestión está resuelta por la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 1 de junio de 2001, que actualiza el contenido del Anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia, así como por la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que cita a su vez la resolución del TEDH de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous c. Francia, transcritas en la resolución administrativa que resuelve el recurso de alzada. De ella resulta que el deber que tienen

los farmacéuticos de dispensar determinados medicamentos “no está reñido con el ejercicio de los derechos de libertad de conciencia, pensamiento, religión o convicción regulado en el art. 9 de la Convención Europea de los derechos y libertades del hombre”.

e) El demandante promovió contra la Sentencia incidente de nulidad ex art. 241.1 LOPJ, en el que invocaba las mismas quejas que ahora aduce en su demanda de amparo: la lesión del derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable.

El incidente de nulidad fue inadmitido a trámite por providencia de 22 de diciembre de 2011, por entender el Juzgado que la Sentencia ha desestimado la pretensión deducida por el demandante resolviendo expresamente y de modo comprensible y congruente cuantas cuestiones se han planteado.

3. El demandante de amparo sostiene, en primer lugar, que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas. Estas son contrarias a la dispensación de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel 0’750 mg. (la denominada “píldora del día después”), debido a sus posibles efectos abortivos. Invoca en apoyo de su planteamiento las SSTC 15/1982, de 23 de abril, y 53/1985, de 11 de abril, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, doctrina de la que resulta que el contenido constitucional de la objeción de conciencia forma parte de la libertad ideológica (art. 16.1 CE), sin necesidad de regulación legal específica.

Se añade en la demanda que el derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido en el art. 8.5 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, así como en los arts. 28 y 33 del Código de Ética Farmacéutica y Deon-

ología de la Profesión Farmacéutica. De acuerdo con todo ello sostiene el recurrente que el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos, ante la eventualidad de venir obligados por la normativa vigente a dispensar productos con posibles efectos abortivos, no resulta ajena al ejercicio de su actividad profesional. Ante esta obligación legal de dispensación el recurrente, que afirma profesar un profundo respeto a la vida y que no ignora el efecto antianidatorio de la “píldora del día después”, se sitúa en una difícil posición, al presentársele un grave conflicto: o bien actuar fuera de la legalidad (sobre existencias mínimas en farmacias) al hacer uso de su derecho a la objeción de conciencia, asumiendo el riesgo de ser sancionado por ello, o bien actuar en contra de su conciencia, traicionando sus más arraigadas creencias, al dispensar en razón de su profesión unos productos que considera inmorales; en ambos casos —concluye el recurrente— tendría que afrontar el dilema de no poder ejercer adecuadamente su profesión, que se corresponde con sus estudios universitarios y que constituye su medio de vida.

En segundo lugar, considera el demandante que la Sentencia impugnada en amparo ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incurrir en incongruencia omisiva y adolecer de motivación arbitraria e irrazonable. Según el demandante, la remisión de la Sentencia, como *ratio decidendi*, a la resolución del TEDH de 2 de octubre de 2001, caso *Pichon y Sajous c. Francia*, supone no dar respuesta a la cuestión planteada, pues aquella resolución se refiere a productos anticonceptivos, mientras que en el presente caso se trata de medicamentos con efectos abortivos. Además, la Sentencia impugnada afirma apodícticamente que la resolución administrativa que se recurre es ajustada a derecho, lo que la convierte en una resolución judicial carente del más mínimo fundamento exigible, y por ello en arbitraria e irrazonable.

4. Tras requerir al Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla la remisión a este Tribunal de las actuaciones del procedimiento abreviado núm. 736/2010, mediante providencia de 9 de septiembre de 2013 la Sala Primera

de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente al Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla, a fin de que se emplace a quienes hubieran sido parte en el referido procedimiento—excepto al recurrente— para que en el plazo de diez días puedan comparecer en el recurso de amparo.

5. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha 7 de octubre de 2013 el Letrado de la Junta de Andalucía se personó en el recurso de amparo.

6. Mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 21 de octubre de 2013 se tuvo por personado al Letrado de la Junta de Andalucía y se procedió, conforme al art. 52.1 LOTC, a dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal, al Letrado de la Junta de Andalucía y a la representación procesal del recurrente para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. El Letrado de la Junta de Andalucía presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el 25 de noviembre de 2013, interesando con carácter principal la inadmisión del amparo y subsidiariamente su desestimación.

Solicita el Letrado de la Junta de Andalucía, en primer lugar, que se inadmita el recurso de amparo, por incumplimiento de la carga de justificar la especial trascendencia constitucional [arts. 49.1 in fine y 50.1.a) LOTC] y por carecer en cualquier caso el asunto planteado de especial trascendencia constitucional [art. 50.1.b) LOTC], al haberse pronunciado ya el Tribunal Constitucional sobre la cuestión planteada por el recurrente.

A juicio del Letrado de la Junta de Andalucía, la cuestión planteada en la demanda amparo, referida a la pretendida objeción de conciencia farmacéutica, ante el deber de disponer de medicamentos con el principio activo levonorgestrel, conocidos como “píldora del día después”, con fundamento en la libertad ideológica y la libertad religiosa, carece de relevancia constitucional. De la doctrina constitucional se desprendería (SSTC 15/1982, FJ 6; 160/1987, FJ 3; 161/1987, FJ 3; 321/1994, FJ 4; 55/1996, FJ 5; ATC 135/2000,

FJ 2) que la objeción de conciencia no se identifica con la libertad ideológica ni la libertad religiosa y que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos. En el mismo sentido se pronuncian el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 11 de mayo de 2009) y el TEDH, que en su Decisión de 2 de octubre de 2001 rechazó la demanda formulada por dos farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos compuestos de estrógenos, al entender el TEDH que el farmacéutico no puede imponer a otro sus convicciones religiosas para denegar la dispensación de un producto o medicamento.

En segundo lugar, el Letrado de la Junta de Andalucía interesa que se inadmita el recurso de amparo por inexistencia de vulneración de un derecho fundamental [arts. 41.2 y 50.1.a) LOTC]. La resolución recurrida no ha producido la lesión de derechos alegada por el demandante, pues la objeción de conciencia esgrimida se basaría en una mera especulación, por lo que la queja deducida en amparo se deduce contra una lesión hipotética.

Rechaza asimismo el Letrado de la Junta de Andalucía que la Sentencia impugnada carezca de motivación, pues ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en juego, haciendo suyos los razonamientos de la resolución del TEDH de 2 de octubre de 2001, caso *Pichon y Sajous c. Francia*.

Lo que pretende el demandante de amparo—continúa el Letrado— es el reconocimiento de la objeción de conciencia a los farmacéuticos, pretensión que no podría ser atendida, porque la objeción de conciencia se configura como un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, que exige el reconocimiento del legislador para su ejercicio legítimo (interpositio legislatoris), como sucede en el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, que reconoce la objeción de conciencia a los profesionales sanitarios que intervienen directamente en la interrupción del embarazo; sin que quepa una interpretación

extensiva a favor del farmacéutico en la dispensación de la píldora postcoital. Tampoco es suficiente la eventual inclusión de la objeción de conciencia del farmacéutico en los estatutos de los Colegios profesionales o en los códigos deontológicos de la profesión, pues el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia exige la intervención del legislador, como expresión de la voluntad del interés general.

La legislación vigente en materia farmacéutica no permite a los farmacéuticos negarse a dispensar ningún tipo de medicamento (incluidos los medicamentos con el principio activo levonorgestrel), salvo causa justificada, que no concurre, a juicio del Letrado de la Junta de Andalucía, en el caso de la "píldora del día siguiente". Estos fármacos para la anticoncepción de emergencia suponen la prevención del embarazo después de una relación sexual de riesgo, sin que exista consenso científico sobre el pretendido efecto abortivo de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel. El fármaco ejerce sus efectos antes de la unión de los gametos (fecundación) al impedir la motilidad de los espermatozoides por la alteración de la viscosidad de la mucosidad uterina. Sólo si la ingesta de la píldora se produce una vez que ha tenido lugar la fecundación la acción del fármaco puede provocar un efecto antiñadorio del cigoto en el útero, pero tampoco en este supuesto cabría hablar de efectos abortivos, pues el óvulo no ha sido todavía implantado: se trata de un pre-embrión, que no goza del derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, razona el Letrado de la Junta de Andalucía que, de acuerdo con la doctrina constitucional, cabe distinguir, en función de su protección, tres estadios jurídicos diversos de la vida embrionaria: a) el de los nacidos, titulares del derecho a la vida (art. 15 CE); el de los nascitur —es decir, los embriones posimplantados—, carentes de la titularidad de ese derecho (STC 53/1985), pero no desprotegidos jurídicamente (STC 212/1996, FJ 13); y el de los pre-embriones o embriones preimplantatorios, que no constituyen un bien jurídico protegido mientras no se implanten en el útero (STC 116/1999, FJ 9).

Concluye argumentando el Letrado de la Junta de Andalucía que el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer, que es manifestación del derecho a la integridad física y psíquica garantizado por el art. 15 CE, en conexión con el derecho a la salud (art. 43 CE), determina el derecho de la mujer a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas establecidas por el ordenamiento jurídico vigente. Tal derecho incluye el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España. Si una mujer necesita obtener el medicamento con el principio activo levonorgestrel, prima su derecho a acceder a las prestaciones del sistema nacional de salud sobre la objeción de conciencia del farmacéutico a dispensar dicho medicamento.

8. El Ministerio Fiscal presentó en este Tribunal su escrito de alegaciones el 4 de diciembre de 2013, interesando con carácter principal la inadmisión del amparo por extemporáneo y subsidiariamente la desestimación. Solicita el Fiscal que se declare la inadmisión del amparo en virtud de los arts. 43.2 y 50.1.a) LOTC, pues entiende que el demandante prolongó indebidamente el plazo de caducidad del recurso de amparo mediante la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones manifiestamente improcedente contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011. En efecto, aunque considera que estamos ante un recurso de amparo de naturaleza mixta, el Fiscal sostiene que la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se imputa a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla es una queja formal, carente de sustantividad propia. Realmente el núcleo de la alegación de que la resolución sancionadora de la Junta de Andalucía lesionó su derecho a la objeción de conciencia como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 CE; queja esta sobre la que expresa y motivadamente resolvió la Sentencia. Por ello, el incidente de nulidad promovido con-

tra la misma era manifiestamente improcedente a tenor de lo previsto con el art. 241.1 LOPJ, por lo que fue inadmitido mediante la providencia de 22 de diciembre de 2011; ello determina la extemporaneidad del recurso del amparo.

Para el caso de que este Tribunal no apreciase que el recurso de amparo es extemporáneo, el Fiscal pasa a examinar las quejas formuladas por el recurrente, comenzando por la lesión del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) que se imputa a la Administración pública; su estimación haría innecesario pronunciarse sobre la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que se imputa a la Sentencia que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora (por todas, STC 5/2008, de 21 de enero).

Expone el contenido de la normativa estatal y autonómica que, a juicio del Fiscal, resulta aplicable al caso, en cuanto reguladora de la obligación de los farmacéuticos de dispensar en las oficinas de farmacia los medicamentos y productos sanitarios de existencia mínima obligatoria, entre los que se encuentran los medicamentos con el principio activo levonorgestrel (conocido como “píldora del día siguiente”), así como los preservativos. Señala que el derecho a la objeción de conciencia, alegado como causa justificativa para no cumplir la obligación legal de disponer y dispensar a los usuarios los referidos medicamentos y productos sanitarios, exige distinguir un doble plano en la argumentación del recurrente.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia respecto de la dispensación de preservativos, el Fiscal señala que en la demanda de amparo no se contiene ningún argumento que sustente las razones ético-morales que conforman la propia convicción del recurrente en relación con dicho producto sanitario; en la demanda de amparo el alegato de la lesión del derecho a la objeción de conciencia se centra exclusivamente en los efectos del medicamento con el principio activo levonorgestrel. Ello sería suficiente para descartar la existencia de lesión de tal derecho en relación con la sanción

impuesta al recurrente por negarse a dispensar preservativos en su farmacia. Sin perjuicio de ello —continúa el Fiscal— si se atiende a las razones esgrimidas por el recurrente en la vía administrativa y judicial, resulta que se limita a argumentar la disponibilidad de dichos productos sanitarios en otros establecimientos distintos de las oficinas de farmacia y que no se trata de medicamentos de urgencia. Ahora bien, no es posible reconocer el ejercicio de la objeción de conciencia para legitimar el incumplimiento de la obligación de disponer y dispensar preservativos en las farmacias, pues son productos sanitarios anticonceptivos y que previenen las enfermedades de transmisión sexual; los restantes establecimientos en los que se pueden vender estos productos no tienen la obligación legal de disponer de los mismos, ni su venta en dichos lugares ofrece las garantías al consumidor que son inherentes a las oficinas de farmacia.

Señala seguidamente el Fiscal, que la argumentación principal del recurrente, en la que se funda su demanda de amparo, se refiere al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia respecto de la dispensación del medicamento con el principio activo levonorgestrel. Se alega que este medicamento produce el efecto de inhibir la fecundación del óvulo y, si la fecundación se ha producido ya, el efecto de obstaculizar la anidación del embrión en el útero. Por ello el recurrente considera a este medicamento como un abortivo incipiente y que elimina la vida humana al impedir la anidación del embrión, vulnerando el derecho a la vida que consagra el art. 15 CE. En consecuencia, el recurrente considera que la obligación legal de disponer de existencias y dispensar este medicamento en su oficina de farmacia resulta incompatible con sus convicciones éticas de respeto a la vida. Por ello sostiene que su negativa a disponer y dispensar el medicamento con el principio activo levonorgestrel se encuentra amparada por la objeción de conciencia, que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE).

El Fiscal se opone a la argumentación del recurrente. Afirma que la Constitución sólo con-

templa expresamente el derecho a la objeción de conciencia en relación con la prestación del servicio militar (art. 30.2 CE); a lo que cabe añadir la cláusula de conciencia de los profesionales de la información [art. 20.1.d) CE]. Se refiere a la doctrina sentada por este Tribunal en relación con la objeción de conciencia (SSTC 53/1985, 160/1987, 161/1987, 321/1994, 177/1996, 154/2002 y 104/2004), para concluir que, en el presente caso, existe una limitación legal al ejercicio de la objeción de conciencia que pretende el recurrente, pues como titular de una oficina de farmacia viene obligado a disponer de las existencias mínimas obligatorias de medicamentos y productos sanitarios que establece la normativa vigente, constituyendo el incumplimiento de esta obligación una infracción administrativa grave. Según el Ministerio Fiscal, la limitación del derecho del recurrente a la libertad ideológica o de creencias que supone esta normativa debe ser considerada legítima, en cuanto está encaminada a salvaguardar un derecho constitucionalmente protegido que resulta prevalente, como lo es el derecho a la salud individual y colectiva de las personas, que forma parte del derecho a la propia integridad física y moral (art. 15 CE). No correspondería atribuir al medicamento con el principio activo levonorgestrel otro carácter que el oficial de "medicamento anticonceptivo de emergencia" (Resolución de 5 de marzo de 2011 de la Agencia Española del Medicamento), carece de viabilidad la argumentación en la que sustancia el recurrente su pretensión de ejercer la objeción de conciencia respecto de la dispensación de este medicamento (su pretendido carácter de abortivo precoz o incipiente). Añade el Ministerio Fiscal que el TEDH se ha pronunciado ya en un caso similar al presente en su resolución de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous c. Francia, inadmitiendo la demanda presentada por dos farmacéuticos franceses que invocaban el art. 9 CEDH porque consideraban lesionado su derecho a la libertad religiosa y de creencias por haber sido sancionados al negarse a dispensar en su oficina de farmacia píldoras anticonceptivas. El TEDH entiende que el

art. 9 CEDH no siempre garantiza el derecho a conducirse en público de acuerdo con las propias creencias y concluye que los farmacéuticos demandantes no pueden hacer prevalecer sus creencias religiosas para negarse a dispensar píldoras anticonceptivas, cuya venta se establece por la legislación francesa sólo en las oficinas de farmacia y bajo prescripción médica. En suma, la protección de la salud y la libre autodeterminación de las personas que trata de proteger la obligación legal de disponer las oficinas de farmacia del medicamento con el principio activo levonorgestrel, para su dispensación al público bajo prescripción médica, no puede considerarse desproporcionada en relación con el derecho de los farmacéuticos a conducirse de acuerdo con las propias convicciones o creencias.

A ello añade el Fiscal que la objeción de conciencia frente al cumplimiento de obligaciones legales se configura por la doctrina constitucional como un derecho que exige el reconocimiento del legislador para su ejercicio legítimo, lo que no acontece en el caso de los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia, que no pueden, por tanto, negarse a dispensar los medicamentos y productos sanitarios que constituyen existencias mínimas con fundamento en sus propias convicciones o creencias. En consecuencia, la sanción impuesta al recurrente por no disponer en su oficina de farmacia del medicamento con el principio activo levonorgestrel y de preservativos no ha supuesto vulneración de su derecho a las libertades ideológica y religiosa (art. 16 CE).

Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que el demandante imputa a la Sentencia impugnada en amparo, el Fiscal considera que no ha existido tal lesión, porque la Sentencia no incurre en incongruencia omisiva. Habría dado respuesta suficientemente razonada a las dos pretensiones deducidas en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora; tanto a la principal, referida a la vulneración del derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), como a la subsidiaria, relativa a la errónea califi-

cación de la infracción y a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

9. La representación procesal del recurrente presentó en este Tribunal su escrito de alegaciones el 22 de noviembre de 2013, reiterando lo expuesto en la demanda de amparo.

10. El Pleno de este Tribunal, por providencia de 8 de abril de 2014, acordó, de conformidad con el art. 10.1.n) LOTC y a propuesta de la Sala Primera, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 23 de junio de 2015 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. El demandante de amparo considera que la sanción pecuniaria que le fue impuesta por la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía, confirmada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011, por no disponer del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg. (coloquialmente conocido como "píldora del día después") en la oficina de farmacia de la que es titular, ha vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, que forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). Además, el demandante imputa a la Sentencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incurrir en incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable.

Tanto el Letrado de la Junta de Andalucía como el Ministerio Fiscal se han opuesto al otorgamiento del amparo, interesando su inadmisión, o subsidiariamente su desestimación, por las razones que han quedado reflejadas en el relato de antecedentes.

Antes de entrar en el examen de las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas por el demandante es preciso dilucidar algunas cuestiones previas, suscitadas por el Letrado de la Junta de Andalucía y por el Ministerio Fiscal, que afectan al carácter del presente recurso de amparo y

a la eventual concurrencia de diversas causas de inadmisión del mismo.

2. En primer lugar, debe precisarse que el presente recurso, tal como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, constituye lo que hemos denominado un "recurso de amparo mixto" (arts. 43 y 44 LOTC). Junto a la queja principal, referida a la vulneración del derecho a la objeción de conciencia vinculado a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), que se imputa a la resolución administrativa sancionadora, el demandante de amparo dirige una queja específica contra la Sentencia que confirma dicha resolución, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en las vertientes de incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable.

La calificación del presente recurso como un amparo mixto conlleva el rechazo del motivo de inadmisión aducido por el Ministerio Fiscal quien, como se vio, entiende que el demandante prolongó indebidamente el plazo de caducidad del recurso de amparo mediante la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones manifiestamente improcedente contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011; lo que debería, a su juicio, conducir a inadmitir el recurso de amparo por extemporaneidad, en virtud de los arts. 43.2 y 50.1.a) LOTC.

Como ha quedado expuesto, resulta que junto a la queja por vulneración del derecho garantizado por el art. 16.1 CE, que se dirige frente a la resolución administrativa sancionadora, existe otra queja específica por vulneración del art. 24.1 CE frente a la Sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella resolución; esta posible infracción del art. 24.1 CE que se atribuye al órgano judicial es en efecto autónoma, al ir más allá de la mera falta de reparación de la lesión que originariamente se imputa a la Administración sancionadora.

Siendo esto así, no puede calificarse el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el demandante contra la Sentencia impugnada como "manifiestamente improcedente", en el preciso sentido restrictivo que la doctrina de este Tribunal viene dando a este concepto (por todas, SSTC

50/1990, de 26 de marzo, FJ 2; 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 10/1998, de 13 de enero, FJ 2; 78/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 172/2009, de 9 de julio, FJ 2, y 33/2011, de 28 de marzo, FJ 2), con la consecuencia de determinar, en su caso, la extemporaneidad del recurso de amparo. El demandante no se limitó a reiterar en el incidente de nulidad la queja referida a la alegada vulneración del art. 16.1 CE, sino que formuló una nueva queja frente a la Sentencia por vulneración del art. 24.1 CE; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 241.1 LOPJ, venía obligado a promover el incidente de nulidad para cumplir el requisito del agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC].

Por otra parte, tampoco puede considerarse relevante para excluir la procedencia del incidente de nulidad el argumento del Fiscal basado en que el órgano judicial no lo desestimó, sino que lo inadmitió a limine. Ciertamente, este Tribunal ha venido rechazando que pueda considerarse como "manifiestamente improcedente" un incidente de nulidad cuando, pese a las dudas que pudieran suscitarse sobre esa procedencia conforme a la regulación legal, el órgano judicial no se limita a inadmitirlo, sino que lo tramita y finalmente desestima (por todas, SSTC 148/2003, de 14 de julio, FJ 2; 131/2004, de 19 de julio, FJ 3; 127/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 47/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 47/2006, de 13 de febrero, FJ 2, y 66/2011, de 16 de mayo, FJ 2). De esta doctrina no puede seguirse la conclusión inversa de que si el órgano judicial inadmite el incidente de nulidad este deba considerarse por el Tribunal Constitucional como "manifiestamente improcedente", con la eventual consecuencia de acarrear la extemporaneidad del recurso de amparo. Esto sólo ocurrirá cuando se aprecie por este Tribunal que el recurrente ha actuado con la intención de prolongar artificialmente la vía judicial previa, o cuando la improcedencia del incidente de nulidad, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad. En el presente caso no se

advierde que nos hallemos en ninguno de estos supuestos.

Procede pues descartar el óbice de admisibilidad aducido por el Ministerio Fiscal.

3. El Letrado de la Junta de Andalucía también alega, como quedó expuesto, motivos de inadmisión del recurso de amparo; concretamente, por no cumplir el demandante la carga de justificar la especial trascendencia constitucional [arts. 49.1 in fine y 50.1.a) LOTC] y por carecer en cualquier caso el asunto de especial trascendencia constitucional [art. 50.1.b) LOTC], al haberse pronunciado ya el Tribunal Constitucional sobre la cuestión planteada por el demandante en relación con la objeción de conciencia.

Ambos óbices deben ser rechazados. Por lo que se refiere al cumplimiento de la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso [arts. 49.1 in fine y 50.1.a) LOTC], en el escrito de demanda de amparo, bajo el título "relevancia constitucional del caso", el demandante dedica un apartado específico a razonarla, exponiendo los motivos por los que considera que el pronunciamiento de este Tribunal es importante para la interpretación, eficacia y general aplicación de la Constitución y para la determinación del contenido del derecho constitucional invocado (en referencia al derecho a la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1 CE). Señala el demandante de amparo que se trata de una cuestión absolutamente novedosa, pues no existe ningún pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional acerca de si procede que un farmacéutico, en el ejercicio de su profesión, pueda invocar legítimamente el derecho a la objeción de conciencia para negarse a disponer (y por ello a dispensar) la píldora del día después debido a sus posibles efectos abortivos.

A la vista de lo expuesto es notorio que el demandante de amparo ha cumplido la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso que le impone el art. 49.1 LOTC, tal como ha sido interpretada esta exigencia por nuestra doctrina (por todas, SSTC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, y 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; AATC 188/2008, de 21 de julio, y 289/2008, de 22 de septiembre).

Por otra parte, cabe afirmar que en el presente caso este Tribunal entiende que concurre el requisito de la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC], al apreciar que la cuestión suscitada en el recurso de amparo (admisibilidad de la objeción de conciencia de los farmacéuticos que desempeñan su profesión en oficinas de farmacia, en particular respecto de la dispensación de medicamentos con posibles efectos abortivos) permite perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia, supuesto enunciado en la STC 155/2009, FJ 2, letra b).

4. Una vez descartados los óbices procesales aducidos, procede abordar el motivo principal de fondo. El demandante sostiene, invocando en apoyo de su planteamiento la doctrina estatuida en la STC 53/1985, de 11 abril, que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida. Tales convicciones, afirma, son contrarias a la dispensación del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg., debido a sus posibles efectos abortivos si se administra a una mujer embarazada. El planteamiento del demandante, sintetizado en los términos expuestos, permite colegir que la exención del deber, que para sí reclama, de disponer y expedir el referido medicamento se anuda al efecto que atribuye al indicado principio activo, lo que colisiona frontalmente con sus convicciones sobre la protección del derecho a la vida. Hasta el momento presente, este Tribunal no había tenido ocasión de resolver sobre la problemática constitucional que suscita el demandante; esto es, el juicio de ponderación entre el invocado derecho a la objeción de conciencia, como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, y la obligación de disponer del mínimo de existencias del citado medicamento que le impone la normativa sectorial, para así poderlo dispensar a quienes lo soliciten. Desde

ese prisma abordaremos la resolución del presente recurso.

Ciertamente, en el FJ 14 de la Sentencia objeto de cita rechazamos que cupiera considerar inconstitucional una regulación del aborto que no incluyera de modo expreso la del derecho a la objeción de conciencia, pues a ese respecto afirmamos que tal derecho "existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales". En relación con la doctrina expuesta debe destacarse la singularidad del pronunciamiento traído a colación, en tanto que el reconocimiento de la objeción de conciencia trascendió del ámbito que es consustancial al art. 30.2 CE (el servicio militar obligatorio), dadas las particulares circunstancias del supuesto analizado por este Tribunal; por un lado, la significativa intervención de los médicos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo y, por otro, la relevancia constitucional que reconocimos a la protección del nasciturus.

Sentadas las anteriores consideraciones, cumple afirmar que para la resolución del presente recurso resulta prioritario dilucidar si la doctrina enunciada en el FJ 14 de la STC 53/1985 es también aplicable al caso que nos ocupa. Para despejar esa cuestión es preciso esclarecer, previamente, si los motivos invocados para no disponer de la "píldora del día después" guardan el suficiente paralelismo con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia en el supuesto analizado por la Sentencia citada, al objeto de precisar si la admisión de dicha objeción, entendida como derivación del derecho fundamental consagrado en el art. 16.1 CE, resulta también extensible a un supuesto como el actual, en el que el demandante opone, frente a la obligación legal de dispensar el principio activo levonorgestrel 0'750 mg., sus convicciones sobre el derecho a la vida.

Con relación a esta cuestión, este Tribunal no desconoce la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada "píldora del día después". Sin perjuicio de ello, y a los meros fines de este procedimiento, la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos, presupuesto este que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional. En consecuencia, sin desconocer las diferencias de índole cuantitativa y cualitativa existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación, por parte de un farmacéutico, del medicamento anteriormente mencionado, cabe concluir que, dentro de los parámetros indicados, la base conflictual que late en ambos supuestos se anuda a una misma finalidad, toda vez que en este caso se plantea asimismo una colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida. Además, la actuación de este último, en su condición de expendedor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante desde la perspectiva enunciada. En suma, pues, hemos de colegir que los aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción de conciencia que fijamos en la STC 53/1985, FJ 14, también concurren, en los términos indicados, cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada "píldora del día después" por parte de los farmacéuticos, en base a las consideraciones expuestas.

5. Ahora bien, las conclusiones alcanzadas nos dispensan de ponderar la incidencia del derecho invocado por el demandante en la legítima protección de otros derechos, bienes jurídicos o intereses dignos de tutela. Hemos de partir de la concreta intervención que el sistema público sanitario impone al profesional que ejerce su actividad en una oficina de farmacia, a saber la disposición para su ulterior dispensación a los consumidores de aquellas especialidades farmacéuticas que la Administración haya incluido

dentro de una relación obligatoria. Al profesional farmacéutico le incumbe, pues, el deber normativo de facilitar la prestación de dicho servicio y, como señalan el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Junta de Andalucía, en el presente caso dicho deber garantiza el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, del que dimana el derecho a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas establecidas por el ordenamiento jurídico vigente, que incluye el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España.

Pues bien, sobre ese particular cumple decir que la imposición de la sanción a que fue acreedor el demandante no derivó de su negativa a dispensar el medicamento a un tercero que se lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. En segundo término, hemos de añadir que en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación "de la píldora del día después" se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro.

Por último, no resulta ocioso recordar que el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia, como así lo refleja certificación expedida por el Secretario del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla. Respecto del ámbito farmacéutico, hemos de señalar que la Comunidad Autónoma de Andalucía carece de una regulación específica de rango legal sobre el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales farmacéuticos, a diferencia de otras Comunidades Autónomas que sí reconocen en su legislación sobre ordenación farmacéutica el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos. Ahora bien, esa ausencia de reconocimiento le-

gal no se extiende a la totalidad de las normas que disciplinan el ejercicio de la profesión farmacéutica en el ámbito territorial en el que ejerce su profesión el demandante. El derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido como “derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional” en el art. 8.5 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla (corporación profesional a la que pertenece el recurrente), aprobados definitivamente por Orden de 8 de mayo de 2006, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, a cuyo tenor “el colegiado al que se impidiese o perturbase el ejercicio de este derecho conforme a los postulados de la ética y deontología profesionales se le amparará por el Colegio ante las instancias correspondientes”; asimismo se reconoce en los arts. 28 y 33 del Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica, invocados también por el recurrente, que “la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y a la salud del paciente” (art. 28) y que “el farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria” (art. 33).

Este reconocimiento por los Estatutos colegiales del derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos no carece de relevancia pues, según reza el apartado 1 del art. 22 de la Ley andaluza 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía “Aprobados los estatutos por el colegio profesional y previo informe del consejo andaluz de colegios de la profesión respectiva, si estuviere creado, se remitirán a la Consejería con competencia en materia de régimen jurídico de colegios profesionales, para su aprobación definitiva mediante orden de su titular, previa calificación de su legalidad”; y el apartado 2 del mismo art. 22 establece que “Si los estatutos no se ajustaran a la legalidad vigente, o presentaran defectos formales, se ordenará su devolución a la corpo-

ración profesional para la correspondiente subsanación, de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente”. A la vista de lo expuesto, hemos de afirmar que el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración.

En suma, a la vista de la ponderación efectuada sobre los derechos e intereses en conflicto y de las restantes consideraciones expuestas, hemos de proclamar que la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas de la conocida como “píldora del día después” vulnera el derecho demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE, en atención a la concurrencia de especiales circunstancias reflejadas en el FJ 4 de esta resolución.

6. El demandante también fue sancionado por no disponer (y, en consecuencia, no dispensar) de preservativos en la oficina de farmacia que regenta. Vistas las razones que nos han conducido a considerar que la falta de existencias, en el establecimiento citado, del principio activo levonorgestrel 0’750 mg. queda amparada por el art. 16.1 CE, es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE. Ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto.

En consecuencia, el otorgamiento del amparo al demandante por vulneración de su derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), debe comportar (art. 55.1 LOTC) el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, exclusivamente en lo que concierne a la falta de existencias mínimas del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0’750 mg. Asimismo, procede declarar la nulidad de las resoluciones (administrativas y judicial) impugnadas, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dic-

tarse la resolución por la Junta de Andalucía en el expediente sancionador incoado al demandante; ello a efectos de que la Junta resuelva, conforme a lo previsto en la legislación de farmacia que resulte aplicable, sobre la concreta sanción que corresponda imponer al demandante en lo que se refiere a la infracción grave que se le imputa por negarse a disponer de (y por ello a dispensar) preservativos en la oficina de farmacia de la que es cotitular.

FALLO:

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don XXXX y, en su virtud:

1º Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

2º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, anular la resolución de 15 de octubre de 2008 del Delegado Provincial de Salud en Sevilla de la Junta de Andalucía dictada en el expediente 78/2008, así como la resolución de 16 de julio de 2010 de la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Junta de Andalucía, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la anterior. Anular asimismo la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 13 de Sevilla de 2 de noviembre de 2011, dictada en el procedimiento abreviado núm. 736-2010 y la providencia del mismo Juzgado de 22 de diciembre de 2011, que inadmite el incidente de nulidad promovido contra la anterior Sentencia.

3º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución de 15 de octubre de 2008 del Delegado Provincial de Salud en Sevilla de la Junta de Andalucía, en los términos que se precisan en el fundamento jurídico 6. Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veinticinco de junio de dos mil quince.

VOTO PARTICULAR:

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo abogado por el Pleno núm. 412-2012

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, expreso mi discrepancia con la fundamentación jurídica de la Sentencia y, en consecuencia, con el fallo.

Debo manifestar, como expresé en el debate en el Pleno, mi preocupación y consternación por la aprobación de esta Sentencia cuya factura técnica se separa de la exigencia de motivación congruente conforme a las reglas básicas del método jurídico-constitucional. En lugar de afrontar la problemática a examen desde la perspectiva estrictamente jurídica propia de la jurisdicción constitucional, parece responder a un posicionamiento previo que no logra ocultar la sombra ideológica que le guía.

A continuación expongo las razones de mi profunda discrepancia.

1. La Sentencia parte de una discutible premisa: que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica del art. 16.1 CE, con un alcance tal que puede conducir a relativizar muy diversos mandatos constitucionales y deberes legales que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales de otras personas.

La premisa es, a mi juicio, errónea porque se sustenta como único argumento en la afirmación contenida en un obiter dicta de la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 14, referida a la constitucionalidad de la Ley que introdujo el sistema de plazos en la despenalización parcial en la interrupción del embarazo, en el que se afirmaba escuetamente que "[l]a objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales". Tal pronunciamiento se vierte tras señalar expresamente

que la cuestión de la objeción de conciencia, al igual que otras cuestiones, era ajena al objeto de enjuiciamiento. Por ello, resulta poco consistente extraer de tal escueta y retórica referencia la conclusión de que el derecho a la objeción de conciencia forme parte del contenido del derecho fundamental reseñado, pues, como se desprende de Sentencias posteriores a las que me referiré más adelante, para ello es preciso un reconocimiento a nivel constitucional —como es el caso del art. 30.2 CE— o, en su caso, un reconocimiento legal que lo conecte a un derecho fundamental, lo que no ha tenido lugar.

En efecto, la STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3 (que en la Sentencia se ignora, al igual que cualesquiera otras que puedan contradecir la postura que defiende), señaló que la objeción de conciencia es “un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial —aquí su finalidad concreta— consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 C.E.) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional (...) lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria «con las debidas garantías», que, si por un lado son debidas al objeto, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional”.

En suma, nuestra doctrina constitucional desmiente la premisa de la que parte la Sentencia, pues el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar es un derecho autónomo no fundamental y de naturaleza excepcional, reconocido en el art. 30.2 CE y no en el art. 16 CE. Mientras que el derecho a la libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) no es por sí “suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos”.

2. Por otra parte, al final del FJ 4 la Sentencia desliza sibilinamente una comparación entre el supuesto objeto del presente recurso de amparo y el abordado por la STC 53/1985, al anudar al conflicto que late en ambos casos la “misma finalidad”, de manera que concurrirían —siempre a su juicio— los aspectos determinantes del pretendido reconocimiento de la objeción de conciencia fijados en la STC 53/1985. Ciertamente la Sentencia se cuida mucho de atribuir abiertamente efectos abortivos a la “píldora del día después”, pero pretende equiparar ambas situaciones amparándose en el subterfugio de la “falta de unanimidad científica” y de la “duda razonable”. Así, afirma que “este Tribunal no desconoce la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos” y que “la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos, presupuesto este que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional”.

Esa pretendida “falta de unanimidad” constituye una apreciación científica enteramente libre y subjetiva de la Sentencia, no basada en prueba pericial alguna, y que resulta desmentida por la consideración de “medicamento anticonceptivo de emergencia” que la Agencia Española del Medicamento le ha asignado. La “píldora del día después” tiene la finalidad de evitar un posible embarazo mediante su administración inmediata tras la práctica de relaciones sexuales, pero no

terminar con un embarazo ya comenzado. Y, una vez más, la Sentencia de la que discrepo ni siquiera tiene en cuenta a este respecto nuestra STC 116/1999, de 17 de junio, en cuyo FJ 9 se trata la cuestión relativa a los preembriones no viables (que no pueden siquiera ser considerados nascituri), como sería el caso, en la hipótesis más generosa, después de la administración de la “píldora del día después”.

Más tarde, en el FJ 6, la Sentencia dará, sorprendentemente, un giro de ciento ochenta grados y señalará, sin que se explicité el porqué de tal brusco cambio de criterio, que “es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado”, ya que no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencia reconocida en el art. 16.1 CE, para concluir que “[n]ingún conflicto de relevancia constitucional puede darse en este supuesto”. Siendo igualmente métodos anticonceptivos, no se entiende por qué la negativa a dispensar la píldora entra en “colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida” y no, en cambio, la negativa a dispensar preservativos.

3. Debe subrayarse que la objeción de conciencia tampoco ha sido reconocida, con el alcance que pretende la Sentencia, en el ámbito internacional. De nuevo es significativa la absoluta ausencia, en la Sentencia de la que discrepo, de referencias al nivel de protección que en esta materia pudiera provenir del Derecho internacional de los derechos humanos y, en su caso, del Derecho de la Unión Europea (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6), toda vez que el art. 10.2 CE nos obliga a acudir a tales auxilios interpretativos.

Así, el art. 10.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia, añade, sin embargo, una muy significativa precisión, pues ese derecho se reconoce “de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Si se examinan las explicaciones elaboradas para guiar la interpretación de la Carta y que resultan hermenéuticamente relevantes de acuerdo con el

art. 52.7 de la Carta, se comprueba que el de objeción de conciencia es el único derecho de la Carta respecto al cual las explicaciones no aluden a una fuente adicional de reconocimiento, como, por ejemplo, el Convenio Europeo (a continuación aludiré a las razones de fondo de ese significativo silencio). Lo que evidencia el reenvío a “las leyes nacionales” que contiene el art. 10.2 de la Carta es, en primer lugar, la inexistencia de una “tradicional constitucional común” a la que las instituciones de la Unión pudieran acudir sin más y, en segundo lugar, la necesidad de que haya un reconocimiento del correspondiente legislador nacional acerca de la posibilidad de objetar por razones de conciencia en los distintos ámbitos de la actividad que afecten a los derechos de los ciudadanos. En otras palabras, fuera de la Constitución y de la Ley, ningún ciudadano puede elevar su conciencia a norma suprema y objetar cuándo y cómo le dé la gana.

Por lo que se refiere al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, resulta llamativo —de nuevo— que la Sentencia omita la consideración de la muy relevante decisión de 2 de octubre de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pichon y Sajous c. Francia*, que inadmite a trámite el recurso interpuesto sobre la base del art. 9 CEDH (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) por dos farmacéuticos franceses sancionados por negarse a dispensar en sus oficinas de farmacia píldoras anticonceptivas, y eso que la mencionada decisión había sido invocada tanto por el Ministerio Fiscal como por el Letrado de la Junta de Andalucía. En dicha decisión, el Tribunal Europeo recuerda que el art. 9 CEDH no garantiza en todo caso el derecho a comportarse en el ámbito público de la manera que dicten las convicciones personales, y con relación al caso concreto estima que, en cuanto que la venta de las píldoras anticonceptivas es legal y se realiza única y obligatoriamente en las oficinas de farmacia, los recurrentes no pueden hacer prevalecer e imponer a un tercero sus convicciones religiosas para justificar la denegación de la venta de este producto: en consecuencia, concluyó que la sanción de los recurrentes por negarse a su venta no interfirió

en el ejercicio de los derechos garantizados por el art. 9 del Convenio.

Ciertamente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un instrumento vivo y debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. Así, el Tribunal Europeo, en formación de Gran Sala, revisando la doctrina previa de los órganos de supervisión del Convenio, ha incluido recientemente la objeción de conciencia al servicio militar en el ámbito del derecho contemplado por el art. 9 CEDH, al considerar que la oposición al servicio militar motivada por un serio e insuperable conflicto entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona o sus convicciones profundas y genuinas religiosas o de otro tipo, constituye una convicción o una creencia de suficiente solidez, seriedad e importancia como para atraer las garantías del art. 9 CEDH (STEDH de 7 de julio de 2011, *Bayatyan c. Armenia*, § 110). Ese ámbito de protección se aloja en nuestra Constitución, según quedó dicho, en el art. 30.2 y no el art. 16. Del citado pronunciamiento del Tribunal Europeo, por tanto, no puede deducirse que, fuera del supuesto específico del servicio militar, el art. 9 CEDH garantice un pretendido derecho de objeción de conciencia de contenidos difusos y de ejercicio incondicionado frente a cualesquiera deberes legales. En definitiva, no hay necesidad alguna de modificar nuestra interpretación del ámbito de protección contemplado por el art. 16 CE.

4. La Sentencia asume una segunda premisa que, a mi juicio, resulta también errónea: que la libertad consagrada en el art. 16.1 CE permite objetar por motivos de conciencia sin necesidad de una previa regulación por parte del legislador del ejercicio de ese pretendido derecho a la objeción de conciencia. Tal entendimiento conduciría directamente a santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho, del que la Ley es precisamente su expresión más acendrada. La referida construcción prescinde totalmente de cualquier referencia a las consideraciones de la doctrina de este Tribunal de las últimas décadas, doctrina que

ha negado de manera expresa la posibilidad de oponer libremente la objeción de conciencia en diversos pronunciamientos y ha sujetado su reconocimiento a la interposición legislatoris.

Así, en cuanto al primer aspecto, en la STC 321/1994, de 28 de noviembre, FJ 4, se dijo que “el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 C.E. no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales”, y que no se puede justificar la negativa al cumplimiento de alguno de esos mandatos (en aquel caso se trataba de la prestación social sustitutoria) “ni apelando a la libertad ideológica, ni mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, derecho que la Constitución refiere única y exclusivamente al servicio militar”. En esta misma línea, la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 5, señaló, en cuanto a los objetores de conciencia al servicio militar, que tienen reconocido el derecho a que se les exima del deber de prestar ese servicio, pero precisó que “la Constitución no les reconoce ningún derecho a negarse a realizar la prestación social sustitutoria como medio para imponer sus particulares opciones políticas acerca de la organización de las Fuerzas Armadas o de su radical supresión”, para concluir que “salvo que se pretenda diluir la eficacia de las normas y menoscabar el orden jurídico y social que conforman legítimamente, no puede negarse la punibilidad de un comportamiento por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor”.

Más rotunda aún es la STC 161/1987, de 27 de octubre, al afirmar en su FJ 3 que, a pesar de la relación de la objeción de conciencia con la libertad ideológica reconocida en el art. 16 CE, “de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro De-

recho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado”.

Y en cuanto al otro aspecto, esto es, la necesidad de reconocimiento y regulación del derecho por la Ley, la STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 7, ya precisó en su día que “el criterio de la conformidad a los dictados de la conciencia es extremadamente genérico y no sirve para delimitar de modo satisfactorio el contenido del derecho en cuestión y resolver los potenciales conflictos originados por la existencia de otros bienes igualmente constitucionales. Por todo ello, la objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador (...) «con las debidas garantías», ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud”. Y es que la comunidad no puede quedar satisfecha con la simple alegación de una convicción personal, que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común (STC 160/1987, FJ 4).

5. Tampoco resulta admisible el banal ejercicio de ponderación de los intereses en presencia que dice realizar la Sentencia.

La Sentencia señala correctamente en su FJ 5 que la sanción administrativa no se impuso a un farmacéutico determinado por su negativa a dispensar el medicamento a un tercero, sino a los dos cotitulares de la oficina de farmacia por el incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. Pero no extrae la consecuencia obligada: la ausencia de la pretendida “base conflictual” entre la obligación legal de disponer las existencias mínimas de medicamentos, por un lado, y el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico que ha recurrido en amparo, por otro lado. En efecto, no se concibe —y no explica la Sentencia— cómo la obligación de la oficina de farmacia de disponer existencias mínimas de un medicamento puede entrar en “colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida”. Ello debía haber conducido inmediatamente a la desestimación del recurso de amparo.

Sin embargo, la Sentencia de la que discrepo analiza el conflicto desde la hipótesis de un eventual acceso a la dispensación (supuesto que no se ha planteado en ningún momento en el caso concreto) y, desde esa perspectiva, reduce todo su ejercicio de ponderación a señalar que “en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación «de la píldora del día después» se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato éste del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro”.

Argumentos que resultan irrelevantes para lograr que prevalezca el pretendido derecho a la objeción de conciencia del recurrente sobre el deber legal del profesional farmacéutico de disponer las existencias mínimas de medicamentos establecidas por las Administraciones competentes. En primer lugar, el hecho de no contar con existencias del medicamento por razones de conciencia supone ya en sí mismo una negativa incondicional y absoluta a dispensarlo a cualquier persona que pudiera solicitarlo, en cualquier circunstancia; además, supone la creación de un impedimento para que el otro cotitular de la oficina de farmacia y sus empleados puedan dispensar tales medicamentos. Con tal actitud se impide de raíz cualquier forma de conciliación con los intereses constitucionalmente protegidos de terceros. Y, en segundo lugar, el argumento de la pretendida disponibilidad de otras farmacias en la misma zona no puede suspender la vigencia territorial de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer que solicite el medicamento (arts. 15 y 43 CE). La Sentencia realiza tales afirmaciones sin ofrecer dato objetivo alguno acerca de cuáles y cuántas farmacias se encuentran en la proximidad del establecimiento del actor, y a qué distancia, conformándose con la presunción de que, al encontrarse la farmacia en pleno centro urbano

de Sevilla, es lógico que existan muchas otras en las proximidades.

Al realizar la ponderación, la Sentencia de la que disiento minimiza la debida consideración acerca de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a la salud de las personas que puedan requerir la utilización del medicamento en cuestión, acerca de la naturaleza jurídica de las oficinas de farmacia en nuestro ordenamiento y acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos establecida como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad; cuestiones todas ellas que han sido profusamente glosadas y analizadas por este Tribunal. De esta forma se ignoran los intereses generales y privados afectados por la negativa a disponer del medicamento.

Este Tribunal ha recordado recientemente que “la oficina de farmacia es un agente imprescindible en la realización de la asistencia farmacéutica que sirve a la garantía de la protección de la salud pública (arts. 43.2 y 51.1, ambos de la Constitución), considerándose como un establecimiento sanitario privado de interés público que participa de la planificación sanitaria (arts. 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, y 84.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios)” (STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3). Todo ello implica, como se detalla en la misma Sentencia y fundamento jurídico, un amplísimo abanico de obligaciones y limitaciones de las oficinas de farmacia y de sus titulares en el ejercicio de su actividad.

Así pues, no podemos olvidar que la obligación de dispensar medicamentos en las oficinas de farmacia responde a las previsiones del art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud, correspondiendo a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, siendo la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto.

En el ámbito de la prestación farmacéutica, la mencionada previsión constitucional se ha plasmado, entre otras normas, en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los

medicamentos y productos sanitarios, que regula, entre otros aspectos, la actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial y en la prescripción o dispensación de los medicamentos y productos sanitarios (art. 1.2). Dicha Ley establece expresamente la obligación de los farmacéuticos, entre otros profesionales, de dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, con respeto del principio de continuidad en la prestación del servicio a la comunidad (art. 2.1 y 2). Más específicamente, el art. 84 prevé que las Administraciones sanitarias realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios que establezca el Gobierno con carácter básico para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia [apartado 2 c)], mientras que su apartado 3 establece terminantemente que “[l]as oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas”, sin contemplar excepciones a estas obligaciones por objeción de conciencia.

En cuanto a este deber básico, anteriormente establecido en idénticos términos en el art. 88.1 d) de la Ley 25/1990, afirmó este Tribunal en la STC 137/2013, de 6 de junio, FJ 5, que la normativa de desarrollo del mismo “deviene así imprescindible para colmar la garantía de la asistencia farmacéutica que deriva del derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional y, en última instancia, del derecho a la protección de la salud que, como principio rector, reconoce el art. 43.1 CE, que obliga a los poderes públicos ‘no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales’ (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3). En este sentido, es necesario resaltar que el art.

43.2 CE llama a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, debiendo ser la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto. Incumbe por tanto a los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptar las medidas necesarias para que no se produzca un déficit normativo que deje reducido el deber de dispensación del art. 88.1 d) de la Ley 25/1990 a una proclamación legal vacía de contenido efectivo". Por esta razón, en dicha Sentencia se declaró inconstitucional la previsión de una norma foral que dejaba el deber legal de dispensación al arbitrio de la libre y voluntaria decisión de los propietarios-titulares de las oficinas de farmacia, en abierta contradicción con lo previsto en el citado art. 88.1 d) de la Ley 25/1990.

En suma, la conclusión que se puede alcanzar es que el legislador, a la luz de las exigencias del art. 43.2 CE, no ha previsto que la obligación de dispensar medicamentos que recae sobre los titulares de las oficinas de farmacia pueda verse exceptuada en ningún supuesto, ni siquiera por cuestiones ideológicas, en la medida en que ello supondría una quiebra en la continuidad del servicio que afecta negativamente al conjunto de la comunidad, con independencia de la situación y del número de farmacias que haya en la localidad de que se trate. De manera que una oposición a las exigencias de la Ley, aunque sea por motivos ideológicos, que lleve a incumplir la obligación de dispensación, no es admisible y merece ser sancionada, como de hecho lo fue en el caso del que trae causa el presente recurso de amparo.

6. El argumento de mayor intensidad que la Sentencia aduce para justificar la objeción de conciencia del actor reside en su inscripción como objeto de conciencia en su Colegio profesional y en las previsiones que al respecto se contienen en los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y en el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica, que se elevan poco menos que al rango de normas constitucionales, pues se afirma que el dato de la inscripción como objeto "no resulta ocioso" y el reconocimiento por los Estatutos colegiales

del derecho a la objeción de conciencia "no carece de relevancia", habida cuenta de su posterior aprobación por la Administración. Todo lo cual es utilizado por la Sentencia para extraer inmediatamente la conclusión, en una especie de salto acrobático carente de toda lógica argumentativa, de que la sanción impuesta vulnera el derecho del demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE.

Resulta penoso, por elemental, tener que recordar que unos Estatutos colegiales no pueden crear ex novo derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la Ley. Las previsiones de los Estatutos colegiales se deben desarrollar en los términos que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico, y lo cierto es que ni la Constitución reconoce ese derecho —como ya se ha dejado razonado— ni existe Ley estatal o Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía que reconozca el pretendido derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos o que regule de algún modo su ejercicio ante la colisión con el cumplimiento de deberes jurídicamente exigibles. El Decreto andaluz 104/2001, de 30 de abril, es la única normativa a la que podemos acudir en tanto que regula la obligación de las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución en Andalucía, existencias entre las que se encuentra la "píldora del día después". Decreto que no contempla excepción alguna por razones de conciencia a la referida obligación.

El hecho mismo de que la Sentencia tenga que apoyarse especialmente en las mencionadas previsiones de los Estatutos colegiales, a las que otorga "especial relevancia", o que aluda a que el demandante actuó "bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración", evidencia la carencia de fundamento constitucional de la argumentación que desarrolla. Pone de relieve, en suma, que no existe un asidero válido e inequívoco en el art. 16.1 CE o en Ley alguna aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que permita justificar la con-

ducta del actor y descalificar la sanción administrativa que le fue impuesta como consecuencia de la misma.

7. En efecto, no está de más recordar que la norma cuyo incumplimiento se achaca al actor se aprueba en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma y de acuerdo con las previsiones de la legislación básica estatal. En efecto, el art. 55.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía le otorga a esa Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación farmacéutica, en el marco del art. 149.1.16 CE. En ejercicio de esa competencia se dictó la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, dentro de cuya regulación destaca, en primer lugar, el art. 14.5, que reitera la norma básica estatal, en el sentido de que “las oficinas de farmacia están obligadas a la dispensación de los medicamentos siempre que les sean solicitados en las condiciones legales y reglamentariamente establecidas”. Y en cuanto a los derechos y deberes de los farmacéuticos, dispone la Ley que sólo pueden negarse a dispensar medicamentos cuando no sean solicitados de acuerdo con las normas vigentes o cuando sea evidente una finalidad extraterapéutica de los mismos [art. 22.1 b)], mientras que tienen la obligación de “[t]ener los medicamentos y productos sanitarios de existencia mínima obligatoria, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente” [art. 22.2 d)]. La precisión de este último aspecto se encuentra, como ya se dijo, en el Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución. Pues bien, el actor incumplió por su propia y exclusiva voluntad esa prescripción de existencias mínimas. En lugar de optar unilateralmente por la desobediencia a una norma que está adoptada por la Administración competente de conformidad con la legislación básica estatal, el demandante debió haber manifestado su discrepancia por la vía legal correspondiente, que no era otra que la impugnación de aquella disposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

8. Una vez expuestas las anteriores razones, se entenderá el estupor que me causa la limitada argumentación de la Sentencia de la mayoría, construida sobre apriorismos, sonoros silencios y omisiones, junto con sorprendentes saltos de la lógica argumentativa. Dificilmente puede asumirse la omisión de referencias a numerosos y muy relevantes pronunciamientos de nuestra doctrina constitucional así como de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no solo fueron alegados por quienes han comparecido en este proceso constitucional sino que también fueron utilizados en las deliberaciones previas a la aprobación de esta resolución, por varios componentes del Pleno entre los que me incluyo. Omisión, por lo tanto, consciente para los Magistrados de la mayoría que han dado su apoyo a esta Sentencia. En ella se lleva a cabo, de forma encubierta, un drástico overruling de la doctrina constitucional pergeñada durante décadas en plena sintonía con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Este drástico cambio doctrinal puede tener consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para el equilibrio de nuestra convivencia. Hoy es la dispensación de la píldora anticonceptiva, mañana podrán ser la vacunación obligatoria, o la obligación tributaria, o un largo etcétera, los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto.

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil quince.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 412-2012, y al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos

1. Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada por el Pleno de este Tribunal. Antes de enunciar mi acusado e intenso disenso ante el presente pronunciamiento, quiero empezar por manifestar mi respeto a la decisión

de la mayoría, alcanzada tras largas sesiones de debate en el plenario. Podré así, desde esa convicción y afirmación institucional, sin ofender su legitimidad y sin abandonar la cortesía, subrayar mi inquietud al asistir a un pronunciamiento de tendencia ideológica marcada, pero que termina banalizando la solución del conflicto que sustancia; en otras palabras, mi preocupación ante un buen ejemplo de cómo una decisión de este Tribunal no habría de razonar y de lo que no debería nunca erigirse en jurisprudencia constitucional. Tengo para mí que con resoluciones como la presente nuestro modelo de tutela mediante la vía del amparo se enfrenta a una regresión creciente y manifiesta, poniendo entre paréntesis el equilibrio necesario que sustenta la respetada reputación institucional de este órgano constitucional.

Por las razones que de inmediato se expondrán, entiendo que el fallo debió de desestimar la pretensión de amparo por no existir conflicto constitucional alguno que pueda vincular el derecho fundamental invocado con la sanción impuesta al recurrente. Y es que la Sentencia de la que me aparto, en lugar de afrontar el asunto desde la aplicación de las premisas invariables y constantes de nuestra doctrina constitucional sobre el objeto posible de un recurso de amparo, ha optado de manera bien poco razonable por elevar a categoría constitucional una posición ideológica de acusada tendencia, prescindiendo de elaborar un discurso dotado del obligado fundamento de constitucionalidad. Lamentablemente, esta Sentencia es eso; poco más que eso. La debilidad de sus argumentos, como muestra la exánime ponderación que efectúa, llamará la atención y activará las alarmas de los estudiosos de una doctrina, como la construida por este Tribunal en materia de derechos fundamentales, que goza de un tan reconocido como merecido prestigio.

2. Una más exacta comprensión de las razones de mi abierta discrepancia con la sentencia de la mayoría hace aconsejable comenzar por resumir los hechos que concurren en el presente proceso constitucional.

El demandante de amparo, cotitular de una oficina de farmacia en la ciudad de Sevilla, fue

sancionado con multa de 3.300 euros como consecuencia de que el establecimiento carecía de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg (coloquialmente conocido como "píldora del día después"). Tales datos resultan del acta levantada por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía a raíz de la denuncia presentada por el ciudadano que pretendió adquirir, sin éxito, un paquete de preservativos. Esta denuncia, por tanto y se trata de un hecho relevante, no tuvo origen en una previa denegación del recurrente a dispensar la píldora, sino en la negativa a la venta de preservativos en dicha farmacia. El expediente sancionador no trajo causa, ni directa ni indirecta, en una resistencia a la dispensación de la píldora reseñada; o, lo que es igual, la sanción no derivó de un rechazo a expender medicamentos de esta naturaleza, sino de la falta de disposición de las existencias de aquellos productos que la normativa aplicable exige, según acreditó la inspección derivada de la denuncia descrita. Prueba definitiva de ello radica en que fueron sancionados los dos farmacéuticos titulares de la farmacia, pese a que sólo consta que uno de ellos, el recurrente en amparo, manifestó no disponer de dichos productos y medicamentos por razones de conciencia. Tampoco consta que hayan invocado objeción de conciencia ni el cotitular de la farmacia ni alguno de sus empleados; que los había, pues uno de ellos, según deja acreditado la resolución administrativa, fue el que se relacionó con el ciudadano que pretendía adquirir preservativos y formuló la denuncia. En suma, no hubo omisión de dispensación ni sanción por una resistencia activa y singular a dispensar la "píldora del día después". Ni tan siquiera hubo participación directa y personal del recurrente de amparo en los hechos denunciados que dieron lugar a la apertura del expediente sancionador.

En resumen, si no hubo negativa a la dispensación de la conocida como "píldora del día después", ni sanción por esa causa, no pudo haber lugar al conflicto personal que trata de ampararse en la objeción de conciencia. Los hechos lo demuestran con toda claridad: lo reconoce la

misma Sentencia en sus Antecedentes y se verificó en las actuaciones.

3. El análisis de los datos del presente recurso de amparo evidencia que el debate constitucional sobre la cuestión planteada resultaba de todo punto artificial ya que no aparecía la obligada premisa para su activación; esto es, la concurrencia de un conflicto constitucional. Pese a que, como se razonó con reiteración en los debates del Pleno, tal circunstancia inhabilitaba por completo el conocer y resolver sobre el derecho alegado como violado, el pronunciamiento mayoritario no se molesta en dedicar reflexión alguna a tan decisiva carencia.

Desde luego, la mayoría de nuestro Tribunal puede defender y plasmar las tesis constitucionales que estime pertinentes en cada pronunciamiento; pero no es dable que soslaye las reglas más canónicas y ortodoxas de la interpretación constitucional o que las aplique de manera selectiva, como en mi opinión sucede en el presente caso. Por esa razón me veo obligado a recordar que no existe el amparo cautelar y, por consiguiente, cuando no existe lesión a derecho constitucional alguno, no hay posibilidad de su reparación. En relación con tan elemental pero crucial tema radica mi preocupación mayor: en que se da de lado la idea que sustenta la jurisdicción de amparo. Esta, en efecto, no ha sido reconocida y regulada para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos, de modo que no resulta viable constitucionalmente la tutela en abstracto de supuestas lesiones no causadas, ya que en esta vía, en la del recurso de amparo, ni cabe un enjuiciamiento sobre si se acomodaría o no a un derecho fundamental un acto de un poder público que no se ha llegado a producir, ni tal proceso es un medio de depuración abstracta de disposiciones normativas. Y en el caso enjuiciado, insisto de nuevo, no hay ni norma aplicada ni acto sancionador vinculado a la objeción de conciencia que se invoca en el recurso, ya que no llegó a existir conflicto alguno en el supuesto de hecho. El conflicto que está en la base de la objeción de conciencia sólo hubiera podido materializarse en el momento de la dispensación, porque sólo poniendo en manos de un cliente ese medicamento

hubiera nacido el pretendido riesgo “abortivo” que el objetor aprecia y quiere evitar. Mientras ese acto no hubiera acaecido —y no ha llegado a acaecer—, y la sanción no hubiera respondido a ello —y no ha sido de ello consecuencia—, no puede estar concernida, ni siquiera potencialmente, la objeción de conciencia, más allá de lo que quepa decir sobre ella, sus contenidos y su encuadramiento constitucional.

En este contexto, a nadie extrañará que de inmediato me formule en términos dialécticos una serie de preguntas, todas ellas dotadas del obligado anclaje constitucional, tales como dónde está el debate sobre el conflicto entre derechos, dónde la lesión causada a derechos del demandante o, en fin, cómo pueden vincularse los hechos acaecidos con la libertad ideológica (art. 16 CE) y la objeción de conciencia, nacida ésta, por enunciar la idea con el lenguaje utilizado por la Sentencia de la mayoría, de la colisión entre la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida y la duda razonable existente sobre la producción de efectos abortivos por el referido principio activo levonorgestrel 0'750 mg, como probaría la falta de unanimidad científica al respecto.

Para eludir la anterior, obligada e ineludible comprensión del recurso de amparo, no resulta en modo alguno razonable alegar que la tenencia de las existencias de medicamentos legalmente exigidas tiene una dimensión o vertiente finalista: “disposición para dispensar”. Y no cabe ese argumento, digo, entre otras variadas razones y sin entrar en los márgenes del derecho que se invoca, porque olvida que la objeción de conciencia pretendida no puede extenderse sobre el establecimiento farmacéutico, en su conjunto, como si se tratara de una unidad personal. Así lo pide la propia configuración de la libertad ideológica y de la objeción de conciencia como derechos personales e intransferibles. Y en el presente caso, vuelvo a reiterarlo, ni quedó acreditado el conflicto de conciencia, ni tampoco que, de haber existido el mismo por intervención directa y personal del recurrente en una omisión de dispensación, el cumplimiento normativo no pudiera haberse llevado a cabo por quienes nunca opusieron ra-

zoned de conciencia (el cotitular de la farmacia o un empleado).

Esa circunstancia ya excluía toda dimensión constitucional del caso sometido a nuestro enjuiciamiento, por más que se haya insistido en soslayarla a fin de elevar a categoría constitucional una línea de pensamiento, con una finalidad profundamente ideológica que se revela en el iter argumental que desemboca en la conclusión alcanzada. Me parece manifiestamente contrario a nuestra doctrina reiterada, invariable y constante sobre el proceso constitucional de amparo, que se sienten ciertas conclusiones y se tome postura en un conflicto ideológico que no se ha producido ad casum.

4. El ficticio conflicto ideológico, de haber existido, hubiera requerido un debate jurídico complejo que, desde luego, no plasma el texto aprobado. No puedo dialogar en divergencia con una construcción doctrinal omitida, pero tampoco puedo dejar de aspirar a que ese debate se celebre, en su momento, bajo premisas de naturaleza rigurosamente jurídico-constitucional. A pesar de ello, y a efectos puramente dialécticos, no me resisto a dejar constancia de mi abierto disenso con el juicio de ponderación que realiza la presente Sentencia sobre los intereses en presencia.

La resolución mayoritaria, en efecto, señala en primer lugar que en "en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación de la píldora del día después se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato éste del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro". Al margen de que tal situación, como se ha razonado, no llegó a producirse en lo que atañe al menos al expediente sancionatorio de origen, y con independencia del efecto discriminatorio que late en el peregrinaje que se deriva de esa lógica y de la minusvaloración del derecho a la vida, a

la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer que lleva aparejada (arts. 14, 15 y 43 CE), la Sentencia de mi divergencia ni siquiera se toma la molestia de verificar el argumento que emplea mediante el expediente de ofrecer datos objetivos sobre el particular en el que intenta sustentarse. Siguiendo su quebradiza lógica, para que el argumento pudiera poseer una mínima solvencia, tendría que haber efectuado una valoración sobre otras hipótesis —por cierto, tan carentes de verificación como la que se enuncia—, señaladamente la existencia de una cadena o suma de resistencias a la dispensación. Si se construye la constitucionalidad desde meras hipótesis, se deberían contemplar todas las posibles, incluso la negativa generalizada a la dispensación, pues de otro modo se arriesga a que el razonamiento pierda no sólo su precario soporte jurídico sino incluso otro previo de carácter fáctico.

Por otra parte, me importa también destacar que, al realizar la labor de ponderación, la Sentencia de la mayoría prescinde abiertamente de toda consideración acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos, como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad; es éste un factor que simplemente se ignora. Pero no cabe olvidar que la obligación de dispensar medicamentos en las oficinas de farmacia responde a las previsiones del art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud, correspondiendo a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, siendo la ley la que establece los derechos y deberes de todos al respecto. Una previsión constitucional, la del art. 43 CE, que en no pocas ocasiones hemos vinculado al derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE.

El argumento final de la sentencia para justificar la objeción de conciencia del actor reside en las previsiones que al respecto contienen los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica, que se elevan poco menos que al rango de normas constitucionales. A pesar de ser consciente de la banalidad jurídica que enuncio de seguido, debo recordar que esos

Estatutos y Códigos podrán establecer lo que las respectivas corporaciones tengan por conveniente, pero que sus previsiones se habrán de desarrollar de conformidad con lo que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico. Pero la única norma aquí invocable, digna de atención, es un decreto del gobierno de Andalucía que regula las existencias mínimas con las que deben contar en Andalucía las oficinas de farmacia, entre las que se encuentra la “píldora del día después”, y que el actor incumplió por su propia y exclusiva voluntad.

Y en este sentido emito mi Voto Particular.

En Madrid, a veinticinco de junio de dos mil quin-

Vote particular concurrente que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara en relación con la Sentencia del Pleno de 25 de junio de 2015 dictada en el recurso de amparo avogado núm. 412-2012

Ha sido para mí un honor expresar, como ponente, el parecer del Tribunal. No obstante, con el máximo respeto a la posición de los restantes Magistrados, y en ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC, formulo Voto concurrente respecto de la Sentencia citada en el encabezamiento. Suscribiendo el amparo otorgado, no comparto —como expresaré a continuación— ni la totalidad del Fallo ni buena parte de su fundamentación.

1. Nos encontramos ante un recurso de amparo que, tras someterse —como es habitual parecer de una Sala, fue luego avogado al Pleno. Sin duda ha influido en ello el reconocimiento de la conveniencia de “perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia” (FJ 3 in fine). Desgraciadamente tal intención se ha visto, a mi modo de ver, frustrada.

El tratamiento del derecho a la objeción de conciencia surge tempranamente en las resoluciones del Tribunal. Ya la STC 15/1982, de 23 de abril, estableció en su FJ 6 que “la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16”, por lo que “puede afirmarse que la objeción

de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión «la Ley regulará», la cual no significa otra cosa que la necesidad de la interposición legislatoris no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para ‘regular’ el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”.

En esa misma línea precisó, en el FJ 8, que de ello “no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la interposición legislatoris no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata”. “Este principio general” —se añadía— “no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable; supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia”.

“Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido (...), pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución carecería de efectividad

y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella”.

Cinco años después, sin embargo, la STC 160/1987, de 27 de octubre, generará una notable confusión; no porque se aparte de las anteriores, sino por ser en sí misma contradictoria. En efecto, en su FJ 3 reitera, con cita expresa, lo establecido por la STC 15/1982, aun considerando — con matices no irrelevantes— que la objeción de conciencia “es un derecho constitucionalmente reconocido”, al que se “otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso en su tratamiento jurídico constitucional, con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión «la Ley regulará» del art. 30.2 que la necesidad de la interposición legislatoris”, no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”. Plantea pues la curiosa figura de un derecho “constitucional” que solo tendría de “fundamental” su protección por recurso de amparo...

Eso no es nada, si se tiene en cuenta que —sin salir del FJ 3— pasamos a encontrarnos ante “un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar”. Se trataría pues de una excepción al cumplimiento de un deber “solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 C.E.) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional —derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es de la defensa de España—, lo que le caracteriza

como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental”.

El problema se complica cuando la STC 321/1994, de 28 de noviembre, en su FJ 4, al pretender enlazar con las anteriores —incluyendo a la STC 15/1982 que, como hemos visto, dice todo lo contrario— afirma que “el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 C.E. no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales”. La realidad es que solo cuando existen deberes legales puede entrar en juego el derecho a la objeción, que de lo contrario carecería de objeto.

Añadirá que “el derecho a ser declarado exento del servicio militar no deviene directamente del ejercicio de la libertad ideológica, por más que se encuentre conectado con el mismo, sino tan sólo de que la Constitución en su art. 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia, referido únicamente al servicio militar y cuyo ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria, sistema que permite al objetor cumplir los objetivos de la norma de servir a la comunidad salvaguardando sus íntimas convicciones (STC 160/1987). No puede, por lo tanto, el recurrente justificar su negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria ni apelando a la libertad ideológica, ni mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, derecho que la Constitución refiere única y exclusivamente al servicio militar”.

Ciertamente, aun siendo la objeción de conciencia un derecho fundamental, no lo es con un alcance ilimitado. Es preciso ponderarlo con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Será el legislador en principio el encargado de hacerlo, sin perjuicio de que tal labor la lleve en caso contrario a cabo el órgano judicial competente. Lo que se sale de lo ordinario es que —como ocurre en el citado art. 30 CE— sea la propia Constitución la que asuma esa tarea, estableciendo como resultado la aceptación de la objeción al servicio militar, pero contrapesada con el cumplimiento de una prestación social sustitutoria. El contexto peculiar del trabajo cons-

tituyente, con unas fuerzas armadas muy sensibilizadas ante el creciente número de objetores, explica esa anomalía; al igual que las vicisitudes del pacto en la ponencia constitucional llevaron a ignorar enmiendas relativas a los derechos fundamentales en la segunda lectura, encomendada al Senado. Esto explica que no prosperaran enmiendas que proponían añadir al art. 16 CE un epígrafe 4 destinado a la objeción de conciencia. La posterior supresión del servicio militar obligatorio acabó convirtiendo en fantasmal su única presencia explícita en el art. 30 CE.

Es lógico pues que, ante situación tan contradictoria, se avocara al Pleno el recurso de amparo. Ello brindaba la oportunidad de aclarar la confusión entre objeción de conciencia y desobediencia civil que latía en las SSTC 160/1987 y 321/1994. El objetor de conciencia no pretende cuestionar la norma sino que plantea una excepción (que confirma la regla), al entrar en conflicto la conducta impuesta por ella con sus convicciones personales. Surge, sin embargo, una figura bien distinta: el insumiso, al que ya se había satisfecho su derecho a la objeción, pero optaba por una inconstitucional desobediencia civil negándose a cumplir la prestación sustitutoria. Como consecuencia, pronunciamientos de este Tribunal referidos a esta nueva situación han llegado a malinterpretarse, como si afectaran al derecho constitucional a la objeción de conciencia. Los insumisos, recurrentes en estas dos últimas sentencias, ya habían visto satisfecha su condición de objetores al servicio militar. Pasan sin embargo a ejercer una actitud de desobediencia civil, impensable como derecho, porque no pretendían una mera excepción. Cuestionaban la norma con carácter general y aspiraban a que la sanción por su conducta (y su impacto mediático) removieran la conciencia social socavando la legitimidad del precepto. Al ignorarse en las citadas sentencias esta distinción entre objeción y desobediencia civil, el propio Tribunal se creía así obligado a trasladar a la objeción el reproche que la desobediencia civil merece. Distinguiendo adecuadamente entre objeción de conciencia y la desobediencia civil que la insumisión implica,

desaparece por el contrario todo indicio de incoherencia en las sentencias citadas.

Todo ello ha quedado pues sin aclarar. Al afirmarse, como hemos visto, en la STC 160/1987, que el derecho a la “libertad ideológica reconocido en el art. 16 C.E. no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos”, la objeción pasa de ser un curioso derecho constitucional no fundamental a verse reducida a la mínima expresión: se la conceptúa más bien como eventual objeto de una benévola tolerancia, ajena a imperativos de justicia.

La significativa alusión al “riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales” parece traslucir otra de las confusiones que dificultan un normal reconocimiento del derecho a objetar. Deriva de la tendencia a identificar conciencia con moral, con lo que la objeción expresaría un conflicto entre moral y derecho que se pretendería fallar en beneficio de la primera. En realidad el conflicto se da entre la delimitación legal del mínimo ético característico del derecho, fruto de un respaldo mayoritario, y la discrepante concepción de ese mínimo ético jurídico suscrita por un ciudadano en minoría. No nos encontramos pues ante un conflicto entre el mínimo ético que da sentido a lo jurídico y maximalismos morales que puedan repercutir sobre la conciencia individual. Pretender que la obediencia al derecho pueda depender del código moral de cada cual es una torpe caricatura del derecho a la objeción de conciencia. Este refleja en realidad un conflicto jurídico y no el imaginado entre derecho y moral. Se trata del derecho de la minoría a poder acogerse excepcionalmente a su visión del mínimo ético que el derecho ha de avalar, en relación al impuesto mayoritariamente por cauces democráticos. Todo un síntoma elocuente del respeto del Estado a los derechos de los ciudadanos; de modo especial a su libertad ideológica, no ajena en ocasiones a referencias religiosas.

Una democracia avanzada aspira a evitar dictaduras mayoritarias, dando espacio —siempre que resulte viable— a excepciones que salvaguarden convicciones jurídicas discrepantes. Cuando se olvida que el ciudadano tiene conciencia jurídica,

sin perjuicio de tenerla también moral ni de las previsibles conexiones entre ambas, el falso panorama de una subordinación de la obediencia a la norma a los postulados morales de cada cual genera un explicable vértigo.

2. Se ha optado en la Sentencia, sin embargo, por declinar la posibilidad (por no decir deber) de resolver esta confusa situación. Dado que el recurrente centra su argumentación en los eventuales efectos abortivos de la conocida como píldora del día después, se ha preferido abordar el problema como una mera continuación de la STC 53/1985, de 11 de abril, relativa al recurso previo sobre la entonces recién aprobada primera despenalización del aborto en determinados supuestos. En su FJ 14, se descarta que el legislador haya vulnerado la Constitución al no regular la objeción de conciencia del personal sanitario. Recordó el Tribunal al respecto que el derecho a la objeción de conciencia "existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales". Con esa remisión se actualiza ahora la doctrina, a veces ignorada, que descarta que la objeción de conciencia precise de una específica interpositio legislatoris para ser ejercida. Se actualiza igualmente la consideración de la objeción de conciencia como derecho fundamental, reforzada por lo demás por su explícita inclusión en la posterior Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Se mantiene, sin embargo, abierta la confusión generada por la STC 160/1987; perdura como posible fundamento alternativo tanto para quienes afirman como para los que niegan el derecho a la objeción, al ofrecerle dos párrafos consecutivos del mismo Fundamento que afirman una cosa y su contraria. Queda pues como aspecto positivo la actualización del alcance limitado de la interpositio legislatoris, vinculado a la eficacia del derecho y no a su fundamento, así como al carácter de derecho fundamental de la objeción.

3. La distinción, en el FJ 5, entre la conducta sancionada por la Administración (no disponer de determinados medicamentos o productos sanitarios en la oficina de farmacia) y la negativa del farmacéutico a dispensarlos, puede llevar a debates bizantinos, si no se profundiza en el sentido de la norma. La presencia de determinados productos en la trastienda de las oficinas de farmacia no contribuye a mejora alguna de la salud. Si la Junta de Andalucía ha preferido tipificar como sancionable su no disposición en vez de su no dispensación es, obviamente, para evitar que el farmacéutico desatienda la solicitud del ciudadano argumentando que ha agotado las existencias de determinados productos; tendrá pues que disponer siempre de ellos, aunque ningún ciudadano se los reclame.

4. La sanción impuesta al farmacéutico es consecuencia de una conducta tipificada: no disponer de los medicamentos y productos incluidos en la relación legalmente establecida; sin perjuicio de que se trate de uno solo o de varios. Aun tratándose en este caso de dos (píldora del día después y preservativos) han generado solo una sanción, inescindible, sobre la que recaería el dictamen de nulidad incluido en el Fallo. Sorprendentemente, sin embargo, se ha optado en el Fallo por hacer compatible la anulación de la sanción, en lo relativo a la píldora, con una retroacción tras casi siete años para que la Administración vuelva a dictaminar las consecuencias de la no disposición de preservativos. Al margen de los problemas de prescripción que ello pueda suscitar, resulta problemático que la Administración llegue a cumplir los imperativos de proporcionalidad propios de una medida sancionadora. Respecto a la píldora se señala (en el FJ 5) que la acumulación de oficinas de farmacia en pleno centro urbano de una ciudad lleva a descartar una eventual imposibilidad de acceso a los medicamentos por el ciudadano. En el caso de los preservativos habría que añadir que, al no tratarse de un medicamento sino de un producto higiénico, suele hallarse disponible en máquinas tragaperras instaladas en lugares públicos, sin obligada intervención de farmacéutico alguno. Sugerir que ello pueda dar paso a una sanción grave al mismo farmacéutico

cuyo derecho a la objeción se ha visto reconocido por el Tribunal cobra visos de argumento ad absurdum.

En todo caso, lo que dista de resultar irrelevante es la presunta fundamentación (FJ 6) de este llamativo dictamen. En modo alguno puedo compartir la afirmación de que “es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE”. Todo parece indicar que se está incurriendo en la ya criticada identificación de conciencia con moralidad, o incluso con “creencias”. Dejando aparte la dimensión de “laicidad positiva” que aquí no entra en juego, las exigencias del artículo 16 CE giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia —jurídica o moral— del ciudadano. No parece compatible con ello que los Magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos. No se me ocurre ningún argumento, ni la Sentencia los ofrece, para poder afirmar sobre la disposición de preservativos que ningún “conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto”. Tampoco los ofrece el recurrente, que solo alude a los preservativos para hacer notar que el inci-

dente de nulidad de actuaciones que suscita no era improcedente, al no coincidir con el contenido de la Resolución del TEDH en el caso Pichon y Sajous.

No es inusual que cuando se suscitan problemas de objeción de conciencia el que ha de juzgarlo tienda a ponerse en el lugar del objetor para dictaminar si merece o no protección. Es obvio que, de tratarse de instancias públicas, la neutralidad y no injerencia solo permite calibrar la “seriedad” de la actitud del objetor (avalada en este caso por el FJ 5, sin distinción alguna entre los productos afectados por ella), su coherencia de conducta y la inexistencia de circunstancias que pudieran llevar a detectar intención alguna de obtener algún beneficio personal más propio de la picaresca. De lo contrario, surgiría el riesgo adicional de que la tolerancia sustituya a la justicia. Así, cuando se trata de exigencias vinculadas a doctrinas minoritarias (rechazo de transfusiones de sangre, negativa a incinerar cadáveres...) se tendería tolerantemente a conceder la excepción; cuando se trata, por el contrario, de planteamientos doctrinales más extendidos cualquiera podría considerarse llamado a distinguir entre libertad de espíritu y exceso fundamentalista. Me temo que así ha ocurrido en la Sentencia. El problema es que la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción es la del objetor; no la de quien emite el veredicto. Su contrapeso en la ponderación no ha de ser nunca la conciencia de éste sino la repercusión sobre derechos de terceros.

Por todo ello emito mi Voto particular concurrente.

Madrid, a veinticinco de junio de dos mil quince.