

Dossier de

Jurisprudencia

Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS

Emilio Cortés Bechiarelli
(Director)



Juan A. Altés Tárrega
Fernando Flores Giménez
Javier Fuertes
Hilario Llavador Cisternes
María Ángeles Villegas García



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizabal



tirant lo blanch

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 3
Sentencias de especial relevancia TC y TS

JUAN A. ALTÉS TÁRREGA
FERNANDO FLORES GIMÉNEZ
JAVIER FUERTES
HILARIO LLAVADOR CISTERNES
MARÍA ÁNGELES VILLEGAS GARCÍA



Cátedra de Derechos Humanos

Manuel de Lardizabal



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

CIVIL

JAVIER FUERTES

Doctor en Derecho

Abogado

(Tol 4799131)

Cabecera: El fiador de un contrato de renting, que como consecuencia de su incumplimiento es resuelto por el arrendador, no queda liberado frente a éste, aunque los efectos restitutorios e indemnizaciones derivadas del incumplimiento se hubieran pactado por arrendador y arrendatario, y se hubieran pactado unos plazos de pago dentro del inicial plazo de vigencia del contrato. La rehabilitación de un contrato de renting, previamente resuelto por el arrendador como consecuencia del incumplimiento del arrendatario, no libera al fiador en virtud del art. 1851 CC. En puridad, la novación que conlleva la resolución y posterior rehabilitación del contrato, no perjudica al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso, sino que, al contrario, manteniendo los mismos términos de la obligación afianzada por él, supuso una reducción de la deuda garantizada. Contrato de renting

Jurisdicción: Civil

Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 17/03/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 126/2015

Número Recurso: 868/2013

I. LOS EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN DEL PLAZO DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL SOBRE LA FIANZA

1. La Resolución judicial: Datos (objeto del proceso, tipo de recurso, partes y sala)

Con fecha 17 de marzo de 2015 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dicta sentencia desestimatoria de recurso de casación sobre la responsabilidad del fiador en un contrato de *renting* rehabilitado tras haber sido resuelto por el arrendador por incumplimiento de la arrendataria.

Ante el Tribunal Supremo son recurrentes los fiadores de la arrendataria, una empresa en diversos contratos de *renting* de vehículos, siendo la parte recurrida la empresa arrendadora.

Los **hechos** y su cronología son los siguientes:

- 1) Se concertan determinados contratos de *renting* (sobre siete vehículos) entre dos empresas (arrendadora y arrendataria)
- 2) Dos personas físicas afianzan solidariamente (uno de ellos en siete contratos y, el otro, en tres de ellos) el cumplimiento de los contratos por parte de la empresa arrendataria (con vencimientos entre abril de 2008 y septiembre de 2010)
- 3) En determinado momento de la vigencia de esos contratos la empresa arrendataria deja de pagar la rentas convenidas (a principios de abril de 2008)
- 4) La empresa arrendadora procede (15 de abril de 2008) a la resolución de los contratos por incumplimiento de la arrendataria, lo que comunicó a la propia empresa arrendataria.
- 5) La empresa arrendataria procede a la devolución de todos los vehículos, salvo uno de ellos (contrato A), manifestado su interés en continuar con su contrato
- 6) Arrendador y arrendataria llegan a un acuerdo, el 18 de noviembre de 2008, por el cual la empresa arrendataria reconocía adeudar la suma de 39.459,44 € euros por las rentas impagadas y las indemnizaciones por incumplimiento, respecto de determinados contratos, y se comprometía a liquidar esta deuda pagando 5.000 € al mes (desde noviembre de 2008 a junio de 2009) y convenían mantener la vigencia del contrato A, siempre y cuando la arrendataria pagase inmediatamente la deuda contraída por las seis mensualidades impagadas (10.374,72 €), de forma que, una vez realizado el pago, el contrato continuaría desplegando sus efectos hasta la terminación inicialmente pactada.
- 7) El arrendatario paga los 10.374,72 € de las mensualidades impagadas correspondiente al contrato A y se rehabilita el contrato
- 8) La empresa arrendadora interpuso demanda alegando que la arrendataria había dejado de pagar el precio aplazado de 5.000 € mensuales, y reclamaba la suma que restaba por pagar correspondiente a los contratos ya resueltos. En relación al contrato A, que había sido rehabilitado, la demandante denunció que la arrendataria había dejado de pagar la renta, por lo que había resuelto el contrato, por lo que reclamaba la devolución del vehículo y las cantidades adeudadas.

La cuestión que se ahora resuelve la Sala Primera del Tribunal Supremo había seguido el siguiente iter procesal:

- 1) Primera instancia: Juicio ordinario resuelto por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Ibi (Alicante) de 24

de octubre de 2011 (juicio ordinario núm. 27/2010), estimatoria de la demanda interpuesta por la empresa arrendataria contra la empresa arrendadora, a la que se condena al pago de la cuotas pendientes e indemnizaciones procedentes y desestimatoria en cuanto a la demanda interpuesta contra los fiadores.

- 2) Apelación: Recurso de apelación resuelto por sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 6ª) de 20 de noviembre de 2012 (Sentencia núm. 540/2012 de 20 noviembre (*Tol 3023830*)), estimatoria en parte del recurso interpuesto por la empresa arrendadora, revocando parcialmente la resolución impugnada en el sentido de condenar a los codemandados como fiadores solidarios (en dos de los contratos).

2. Disputa jurídica y fundamentos usados por el Tribunal

La cuestión objeto de debate se centra en determinar si el fiador (en este caso de un contrato de *renting*) queda o no liberado cuando el acreedor (arrendador financiero) resuelve el contrato por incumplimiento del deudor y las partes de la obligación principal (arrendador y arrendatario) pactan unos plazos para el pago de la indemnización adeudada.

La discusión se centra en determinar los efectos que, para los fiadores, se derivan de ese acuerdo entre las partes de la obligación principal.

Los fiadores entienden que ese acuerdo supone una prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador que tiene como consecuencia, en virtud del art. 1.851 CC, la extinción de la fianza, posición mantenida por el juzgador en primera instancia que estima la demanda de la empresa arrendadora frente a la empresa arrendataria, en tanto que la desestima frente a los fiadores al entender que el acuerdo entre las partes les ha liberado frente a la empresa arrendadora.

La empresa arrendadora considera que no existe prórroga alguna que dé lugar a la extinción de la fianza prevista en el art. 1.851 CC, puesto que, en el acuerdo alcanzado entre las partes (arrendadora y arrendataria) el 18 de noviembre de 2008, se establecían unos plazos para el pago de la indemnización adeudada que se encontraban dentro del periodo temporal por el que se estableció la fianza (agosto de 2010), razón por la que ambos fiadores deben responder del pago, posición que se viene a corresponder con la acogida por la Audiencia Provincial al estimar parcialmente (para dos de los contratos de *renting*) el recurso de apelación interpuesto por la empresa arrendadora y condena al pago, respecto de esos contratos, a los codemandados como fiadores solidarios.

El Tribunal Supremo considera que el fiador no queda liberado por el hecho de que las partes en la obligación principal pacten unos plazos de pago, siempre que estos se encuentren dentro del inicial plazo de vigencia del contrato, porque el sentido del art. 1.851 CC es la protección de la vía subrogatoria y siempre que esta sea procedente en beneficio del fiador.

Por tanto, el elemento esencial a considerar, para que se extinga la fianza, es que la novación que se realice perjudique al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso.

Por ello, y para este caso, establece que:

La rehabilitación de un contrato de *renting*, previamente resuelto por el arrendador como consecuencia del incumplimiento del arrendatario, no libera al fiador en virtud del art. 1.851 CC. En puridad, la novación que conlleva la resolución y posterior rehabilitación del contrato, no perjudica al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso, sino que, al contrario, manteniendo los mismos términos de la obligación afianzada por él, supuso una reducción de la deuda garantizada.

La concesión de unos plazos fraccionados para el pago de las obligaciones derivadas de aquel incumplimiento, dentro del inicial plazo de vigencia del contrato, tampoco perjudica al fiador en el sentido antes apuntado, al que responde la protección conferida por el art. 1.851 CC.

3. La decisión del Tribunal

El punto de partida

La cuestión a la que se enfrenta la sentencia se enmarca en los efectos que, para el fiador, se derivan de los acuerdos alcanzados por las partes de la obligación principal en cuanto al plazo para el pago y, por tanto, la forma en la que hay que entender la previsión efectuada en el art. 1.851 CC conforme a la que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza».

En el caso que nos ocupa la discusión se produce sobre un conjunto de contratos de *renting* (sobre siete vehículos) realizados por dos empresas (arrendadora y arrendataria) con diferentes plazos de vencimiento (entre abril de 2008 y 12 de septiembre de 2010) cuyo cumplimiento garantizan dos fiadores solidarios (uno de los cuales lo es en todos ellos, el otro solo en tres).

En determinado momento la empresa arrendadora resuelve los contratos por incumplimiento de la arrendataria (15 de abril de 2008). La arrendataria devuelve seis de los vehículos y manifiesta su interés en continuar el contrato sobre el vehículo restante (contrato A). Ambas partes, y sin mediar

consentimiento de los fiadores, llegan a un acuerdo (18 de noviembre de 2008) conforme al que:

- 1) La arrendataria reconoce una deuda (respecto a cinco de los contratos) y se compromete a liquidarla (mediante pagos de 5.000 € desde noviembre de 2008 a junio de 2009)
- 2) Las partes convenían mantener la vigencia del contrato A, siempre y cuando la arrendataria pagase inmediatamente la deuda contraída por las seis mensualidades impagadas (10.374,72 €), de forma que, una vez realizado el pago, el contrato continuaría desplegando sus efectos hasta la terminación inicialmente pactada

El contrato A se rehabilita una vez que la arrendataria procede al pago de los 10.374,72 € que se habían establecido (el mismo 18 de noviembre de 2008).

Esta situación da lugar a que se establezca la forma en la que han de interpretarse los términos del art. 1.851 CC, para lo cual resulta preciso entender el marco en que esa interpretación se produce, así como analizar la naturaleza de la fianza, el plazo, qué supone una prórroga en la obligación principal y los efectos que con ello se producen.

Sobre la fianza y su carácter accesorio

La primera cuestión a considerar es la propia naturaleza de la fianza que, por su carácter accesorio, requiere de una obligación principal válida [art. 1.824 CC y STS 23 noviembre 1990 (*Tol 1729616*)], de manera que su constitución supone la obligación al fiador de cumplir la deuda principal en el momento en que incumple el deudor y es una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza.

Y si lo accesorio sigue a lo principal nos encontraríamos con que la novación extintiva de la obligación principal supone, a su vez, la extinción de la fianza.

Desde esta perspectiva el art. 1.851 CC se agota en sus propios términos, «la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza», sin necesidad de ninguna otra interpretación, «tal extinción por vía de consecuencia viene determinada por la mayor onerosidad surgida de la prolongación, que afectaría a la obligación del fiador, y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado (“res inter alios acta”), sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato (artículo 1.257 del propio Código), así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor,

en menoscabo del fiador, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.256 de dicho Cuerpo legal» [STS de 8 de octubre de 1986 (*Tol 1734489*)].

Sobre la fianza y su plazo

La norma general, conforme a la previsión efectuada en el art. 1.847 CC, supone que la obligación del fiador tiene el mismo «término» temporal que la obligación garantizada, pero ello no supone que la obligación del fiador quede sometida a término diferente de la obligación principal que, eso sí, siempre que el plazo de extinción de la fianza sea superior, o más tarde en el tiempo, que el de la obligación garantizada, pues un término de la fianza que venciera antes que la obligación principal garantizada sería contrario a la *causa negotii* de la fianza [STS de 28 de diciembre de 1992 (*Tol 1662356*)].

El plazo de cumplimiento de la obligación principal es un elemento esencial de la fianza, en cuanto término de la obligación garantizada, de ahí la previsión del art. 1.851 CC de que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza, norma que resulta preciso entender, e interpretar, en garantía del fiador.

Sobre la extinción de la fianza por la concesión de una prórroga: la interpretación del art. 1.851 CC

Para que, conforme a lo previsto en el art. 1.851 CC se produzca la extinción de la fianza es necesario la concurrencia de unos requisitos que, establecidos por la jurisprudencia, la sentencia aquí nos recuerda:

- 1) Que exista una prórroga
- 2) Que la prórroga sea concedida por el acreedor
- 3) Que la prórroga sea concedida sin el consentimiento del fiador, consentimiento que ha de ser explícito

La prórroga extintiva de la fianza requiere que el plazo se haya prorrogado voluntariamente y de forma expresa por el acreedor, y hay que entenderla referida exclusivamente al supuesto de que se conceda sin contemplación y previsión de ella al tiempo de constituir la fianza, así como que es exigible un convenio explícito con señalamiento de nuevo plazo y fecha determinada para el pago [STS 12 julio 2002 (*Tol 202930*)].

Siendo, por tanto, el primero de los requisitos la existencia de una prórroga sobre el plazo inicialmente establecido, es decir que vaya más allá del espacio temporal que se había marcado al momento de la constitución de la fianza.

Para ello se apela a la doctrina establecida en la STS de 3 de marzo de 2014 (*Tol 4134534*) respecto de los efectos de la novación del contenido de la obligación garantizada sobre la fianza, de forma que se hace preciso atemperar la interpretación literal del art. 1.851 CC de manera que:

«en atención a la ratio del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, “el art. 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador”».

De esta manera, y en cuanto se mantengan los mismos términos de la obligación afianzada y los pagos se realicen dentro del marco constituido por el inicial plazo de vigencia del contrato, no se produce una alteración que determine la existencia de una peor posición para el fiador, circunstancia que se constituye en elemento determinante para establecer la subsistencia de la fianza.

En el caso de la STS de 3 de marzo de 2014 (*Tol 4134534*) la circunstancia que se discute es la ampliación del plazo para dar cumplimiento de la entrega de la obra mediante la fijación de un nuevo término (del 14 de abril de 2008 al 1 de diciembre de 2008) de forma que existe una minoración del riesgo de tener que pagar la fianza (al retrasarse el momento de su efectividad) que supone que «sería un contrasentido que la ampliación del plazo para la entrega de la obra que beneficia no sólo al deudor sino también al fiador, en cuanto que reduce el riesgo del aparición de la obligación garantizada y no merma la eficacia de una eventual acción subrogatoria en caso de pago de la fianza, una vez constatada la duración del retraso, pueda legitimar al fiador para liberarse de la fianza» [*cf.* también la STS de 16 de julio de 2014 (*Tol 4513588*)].

Fianza y tiempo: consecuencia a lo largo del proceso

Para el caso que nos ocupa se establece la pervivencia de la fianza y la existencia de responsabilidad de los fiadores en los dos contratos para los que así había sido establecido por la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación.

Efectivamente, se desestima el recurso de casación interpuesto por los dos fiadores solidarios. Pero ello no debe impedir una visión global del caso que nos ocupa.

En ese sentido, es preciso tener presente que el Tribunal Supremo mantiene los términos establecidos por la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 20 de noviembre de 2012 (*Tol 3023830*) que estimó, en parte, lo que pedía la empresa arrendadora.

En ella se establece que no existió prórroga alguna, que determine la extinción de la fianza, respecto del contrato rehabilitado. Contrato que no cambió la duración que tenía prevista (hasta septiembre de 2010) siendo, por tanto, indiscutible la responsabilidad del fiador en aquellos contratos en los que se establecieron unos plazos para el pago de la indemnización adeudada que se situaban dentro del período temporal por el que se estableció la fianza, ya que los pagos mensuales de 5.000 € se fijaban entre noviembre de 2008 y junio de 2009 y la responsabilidad del fiador estaba fijada hasta agosto de 2010, por lo que ambos fiadores debían responder del pago al no haberse extinguido su responsabilidad.

Pero, al mismo tiempo, la Audiencia Provincial mantenía que la sentencia de instancia debía ser confirmada en relación al resto de contratos, puesto que el hecho de establecerse un nuevo calendario de pagos que extiende la responsabilidad del fiador más allá del límite fijado en los contratos suscritos tiene como consecuencia la desestimación del recurso en este punto, al haber quedado con respecto a estos contratos extinguida la fianza conforme al art. 1.851 CC.

Visión global que permite determinar en la práctica las consecuencias de la interpretación efectuada sobre el art. 1.851 CC en el sentido de que lo que ha de entenderse como prórroga es ir más allá del término establecido para el cumplimiento de la obligación principal en las condiciones en las que inicialmente fue establecida y que son las que conoce y asume el fiador al obligarse.

4. Consecuencias

La STS de 17 de marzo de 2015 (*Tol 4799131*) profundiza en una interpretación, de carácter finalista, de los términos del art. 1.851 CC.

Planteamiento que se articula en torno al principio de que los términos de la fianza han de interpretarse de forma restrictiva y nunca en perjuicio del fiador, ya que la fianza debe de ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella (art. 1.827 CC).

Para ello se establece un espacio temporal y una condición, como requisitos que es preciso respetar, para que la fianza subsista.

Incrementar el tiempo (prorrogarlo) supone, en la medida que con ello se perjudique al fiador, una novación de la obligación principal que requiere del conocimiento y consentimiento del fiador para que su garantía continúe existiendo. Los acuerdos entre acreedor y deudor principal no pueden significar un perjuicio para el fiador que, de quedar en una posición peor a la inicialmente establecida, y que fue la que consintió, supondrán la liberación de esa garantía por la extinción de la fianza, al desaparecer uno de los elementos esenciales que dieron lugar a su consentimiento.

Esta forma de entender el art. 1.851 CC debe ser tenida en cuenta por el acreedor de la obligación principal a la hora de negociar los términos inicialmente pactados en cuanto a las consecuencias que, sobre la fianza y la continuidad de su existencia, pudieran tener las nuevas condiciones que le ofrezca al deudor... y, de igual manera, el fiador debe tener presente que responde durante el plazo establecido.

Téngase en cuenta, a su vez, que no existe obligación (salvo que exista pacto sobre ello), de poner en conocimiento del fiador, sobre los eventuales incumplimientos que se produzcan, en la obligación principal, por parte del deudor [STS 20 de octubre de 1993 (*Tol 1663423*)].

De manera que ha de tenerse en cuenta que, ni toda fianza desaparece por el simple hecho de la modificación de las condiciones establecidas en la obligación principal, ni toda alteración de los plazos concedidos al deudor, sin el consentimiento del fiador, extingue la fianza.

Sentencia 126/2015, de 17 de marzo de 2015

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto a la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibi.

El recurso fue interpuesto por Julio y Pablo, representados por la procuradora María del Ángel Sanz Amaro.

Es parte recurrida la entidad Mapfre Renting de Vehículos S.A., representada por la procuradora Celina Casanova Machimbarrena.

Autos en los que ha sido parte la entidad Obras Conval, S.L., que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Tramitación en primera instancia

1. El procurador Carlos Doménech Bernabeu, en nombre y representación de la entidad Mapfre Renting de Vehículos S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibi, contra la entidad Obras Conval S.L., Julio y Pablo, para que se dictase sentencia:

«por la que, estimando íntegramente dicha demanda, condene:

- A Obras Consval S.L. y D. Julio, solidariamente, a devolver a esta parte la posesión del vehículo Audi Q7 3.0 TDI Quattro Tiptronic-5 P, matrícula... HHD y nº de bastidor NUM000 y a satisfacer a mi mandante las siguientes cantidades:

- 34.459'44 euros, cantidad pendiente de pago por cuotas e indemnizaciones dimanantes de los contratos nº NUM001, NUM002, NUM003, NUM004 y NUM005 suscritos con mi representada; más

- 12.103'84 euros por cuotas impagadas del contrato nº NUM006 entre los meses de enero y julio de 2009, ambos inclusive; más

- 6.519'07 euros, cantidad correspondiente a la indemnización por incumplimiento de la obligación de pago del contrato nº NUM006; más

- la cantidad que resulte de aplicar 77'61 euros diarios desde el día 25 de julio de 2009 hasta la fecha en que tenga lugar la devolución a mi representada del mencionado vehículo Audi... HHD

- más los correspondientes intereses y las costas.

- A D. Pablo, solidariamente con los anteriores, al pago de 25.743'66 euros, deuda correspondiente a los tres contratos que suscribió en concepto de fiador (nº NUM001, NUM003 y NUM005), más intereses y costas.»

2. La procuradora Gracia Martínez Fons, en representación de Pablo, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime la demanda con expresa condena en costas a la actora, subsidiariamente se condene a mi representado a abonar a la actora la cantidad de 6937,64 euros conforme al hecho cuarto de la presente contestación, sin imposición en costas a mi representado por las razones alegadas.»

3. La procuradora Gracia Martínez Fons, en representación de Julio, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime la demanda con expresa condena en costas a la actora.»

4. Por providencia de fecha 7 de octubre de 2010 se declaró en rebeldía a la entidad Obras Consval

SL al no personarse en el plazo concedido para contestar a la demanda.

5. El Juez de Primera Instancia núm. 2 de Ibi dictó Sentencia 24 de octubre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que debo estimar la demanda interpuesta por Mapfre Renting de Vehículos S.A. contra Obras Consval S.L. y por tanto se condena a ésta última al abono de las siguientes cuantías: - 34.459,44 € por las cuotas pendientes de pago e indemnizaciones procedentes de los contratos con nº NUM001, NUM002, NUM003, NUM004 y NUM005.

- 12.103,84 € derivados del contrato nº NUM006 por cuotas impagadas entre enero y julio de 2009.

- 6.519,07 € por incumplimiento de pago del contrato nº NUM006.

- 22.041,24 €, resultantes de multiplicar 77,61 € desde el 25 de julio de 2009 hasta la fecha en que se produjo la devolución del vehículo Audi... HHD, esto es el 5 de mayo de 2010.

Todo ello más los intereses a calcular conforme se dispone en el fundamento jurídico cuarto y el pago de las costas.

Que debo desestimar la demanda interpuesta por Mapfre Renting de Vehículos S.A. contra Pablo y Julio, y por tanto se condena a la mercantil actora al pago de las costas que se hayan generado con respecto a estos demandados.»

Tramitación en segunda instancia

6. La Sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad Mapfre Renting de Vehículos S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante Sentencia de 20 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Señor Dabrowski Pernas en representación de Mercantil Mapfre Renting de Vehículos S.A. contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de la ciudad de Ibi en fecha 29-10-10 (sic) y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia

REVOCAR COMO REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución en el sentido de condenar a los codemandados como fiadores solidarios respecto del contrato nº NUM006 al Señor Julio al pago de la suma de 40.664,15 € y respecto del contrato nº NUM003 a los codemandados Señores Julio y Pablo, al pago de la suma de 19.795,30 €, se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia. No se realiza declaración en relación de las costas de esta alzada.»

7. Instada la aclaración de la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, dictó Auto de fecha 8 de enero de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«PARTE DISPOSITIVA: Por la Sala se acuerda aclarar la sentencia nº 540-12 en el sentido expuesto en el fundamento jurídico de esta resolución, por lo que se deja sin efecto el pronunciamiento de costas de la sentencia de instancia en cuanto a las generadas por los Señores Pablo y Julio a cargo de Mapfre Renting de Vehículos S.A.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

8. El procurador Jorge Bonastre Hernández, en representación de Julio y Pablo, interpuso recurso de casación a la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1ª) Infracción del art. 1851 del Código Civil.»

9. Por diligencia de ordenación de fecha 8 de abril de 2013, la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

10. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Julio y Pablo, representados por la procuradora María del Angel Sanz Amaro; y como parte recurrida la entidad Mapfre Renting de Vehículos S.A., representada por la procuradora Celina Casanova Machimbarrena.

11. Esta Sala dictó Auto de fecha 14 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:
«ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON Julio y

DON Pablo contra la sentencia dictada, en fecha 20 de noviembre de 2012, y aclarada mediante auto de 8 de enero de 2012 (sic), por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) en el rollo de apelación nº 425/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 27/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ibi.»

12. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Mapfre Renting de Vehículos S.A. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

13. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de febrero 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. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Mapfre Renting de Vehículos, S.A. (en adelante, Mapfre) concertó con la entidad Obras Conval, S.L. (en adelante, Conval) los siguientes contratos de renting:

i) El día 19 de abril de 2006, el contrato núm. NUM001 (en adelante, NUM001), sobre el Volkswagen...-HFB, que vencía el 19 de abril de 2008.

ii) El día 24 de mayo de 2006, el contrato núm. NUM002 (en adelante, NUM002), sobre el Volkswagen...-KXH, que vencía el 24 de mayo de 2008.

iii) El día 14 de julio de 2006, el contrato núm. NUM007 (en adelante, NUM007), sobre el Audi...-RHC, que vencía el 13 de julio de 2010.

iv) El día 12 de septiembre de 2006, el contrato núm. NUM003 (en adelante, NUM003), sobre el Audi... HHD, que vencía el 12 de septiembre de 2010.

v) El día 28 de agosto de 2006, el contrato núm. NUM003 (en adelante, NUM003), sobre el Audi FFD, que vencía el día 25 de agosto de 2010.

vi) El día 24 de julio de 2006, el contrato núm. NUM004 (en adelante, NUM004), sobre el Vo-

lkswagen...-YMP, que vencía el 24 de julio de 2010.

vii) Y el día 15 de junio de 2006, el contrato núm. NUM005 (en adelante, NUM005), sobre el Volkswagen...-IRR, que vencía el 15 de junio de 2008.

Julio afianzó solidariamente el cumplimiento de los contratos NUM001, NUM002, NUM007, NUM006, NUM003, NUM004 y NUM005.

Y Pablo afianzó solidariamente el cumplimiento de los contratos NUM001, NUM003 y NUM005.

Entregados los vehículos a la arrendataria, esta empezó a dejar de pagar las rentas convenidas a comienzos de abril de 2008. El 15 de abril de 2008, Mapfre procedió a la resolución de los contratos por incumplimiento de la arrendataria, lo que comunicó a Consval.

Consval devolvió todos los vehículos, salvo el Audi... HHD, del contrato NUM006, pues manifestó estar interesada en continuar con el contrato. De tal forma que Mapfre y Consval llegaron a un acuerdo el 18 de noviembre de 2008, por el cual: i) Consval reconocía adeudar la suma de 39.459,44 euros por las rentas impagadas y las indemnizaciones por incumplimiento, respecto de los contratos NUM001, NUM002, NUM003, NUM004 y NUM005, y se comprometía a liquidar esta deuda pagando 5.000 euros al mes, desde noviembre de 2008; y ii) las partes convenían mantener la vigencia del contrato NUM006, siempre y cuando la arrendataria pagase inmediatamente la deuda contraída por las seis mensualidades impagadas (10.374,72 euros), de forma que, una vez realizado el pago, el contrato continuaría desplegando sus efectos hasta la terminación inicialmente pactada.

Consval pagó la cantidad de 10.374,72 euros el 18 de noviembre de 2008 y se rehabilitó el contrato.

2. Mapfre interpuso una demanda en la que alegaba que Consval había dejado de pagar el precio aplazado de 5.000 euros mensuales, y reclamaba la suma que restaba por pagar, correspondiente a los contratos NUM001, NUM002, NUM003, NUM004 y NUM005, ya resueltos. Y también, en relación con el contrato NUM006, que había sido rehabilitado, la demandante de-

nunció que la arrendataria había dejado de pagar la renta, por lo que había resuelto el contrato y reclamaba las cantidades adeudadas.

En concreto, en el suplico de la demanda pedía la condena de Consval y Julio a devolver el vehículo Audi... HHD, y a pagar a Mapfre las cantidades siguientes:

i) 34.459,44 euros de las sumas pendientes de pago correspondientes a los contratos NUM001, NUM002, NUM003, NUM004 y NUM005;

ii) 12.103,84 euros por las cuotas impagadas del contrato NUM006, entre los meses de enero y julio de 2009, ambos inclusive; más 6.519,07 euros de indemnización;

iii) y la cantidad de 77,61 euros diarios desde el 25 de julio de 2009, hasta la fecha en que se devolviera el vehículo Audi... HHD.

También pedía la condena solidaria de Pablo, junto con Consval y el Sr. Julio, respecto del pago de 25.743,66 euros, en relación con la deuda correspondiente a los contratos NUM001, NUM003 y NUM005, en los que era fiador solidario.

3. La sentencia de primera instancia estimó las reclamaciones contenidas en la demanda respecto de la arrendataria Consval, a quien condenó a pagar a Mapfre las siguientes cantidades:

i) 34.459,44 euros de las sumas pendientes de pago correspondientes a los contratos NUM001, NUM002, NUM003, NUM004 y NUM005;

ii) 12.103,84 euros por las cuotas impagadas del contrato NUM006, entre los meses de enero y julio de 2009, ambos inclusive, más 6.519,07 euros de indemnización;

iii) y la cantidad de 22.041,24 euros, resultante de multiplicar 77,61 euros diarios desde el 25 de julio de 2009 hasta la fecha en que se produjo la devolución del vehículo Audi... HHD, el 5 de mayo de 2010.

La sentencia absolvió a los dos fiadores, Julio y Pablo, por entender que la concesión de un nuevo plazo a la arrendataria, deudora principal, les liberó de la obligación nacida de la fianza, como consecuencia del art. 1851 CC.

4. La sentencia de apelación estimó en parte el recurso formulado por Mapfre, en el siguiente sentido:

Respecto de las obligaciones derivadas del contrato NUM006, del que era fiador solidario el Sr. Julio, no existió prórroga alguna que determinara la extinción de la fianza conforme al art. 1851 CC, porque el contrato tenía una duración hasta el 12 de septiembre de 2010.

Respecto de las obligaciones derivadas del contrato NUM003, afianzado solidariamente por el Sr. Julio y el Sr. Pablo, a pesar de haberse concedido en el acuerdo de 18 de noviembre de 2008 un aplazamiento de pago, el aplazamiento (de noviembre de 2008 a noviembre de 2009) estaba dentro del periodo comprendido hasta la fecha en que el fiador respondía del cumplimiento del contrato, en agosto 2010.

Y respecto del resto de los contratos, la Audiencia confirma la decisión de la sentencia apelada, de que la prórroga concedida el 18 de noviembre de 2008, liberó a los fiadores de sus respectivas obligaciones.

5. La sentencia de apelación tan sólo fue recurrida en casación por los dos fiadores, Julio y Pablo. Su recurso afecta al pronunciamiento de la sentencia por el que se declara la responsabilidad solidaria de Julio respecto del pago de las obligaciones derivadas del incumplimiento del contrato NUM006 (40.664,15 euros), y la responsabilidad solidaria de Julio y Pablo respecto del pago de las obligaciones derivadas del incumplimiento del contrato NUM003 (19.795,30 euros).

Recurso de casación

6. Formulación del motivo único. El motivo denuncia la vulneración del art. 1851 CC, como consecuencia de que la sentencia recurrida no haya apreciado una prórroga concedida a la arrendataria para el cumplimiento de las obligaciones afianzadas, sin que hubieran prestado su consentimiento los dos fiadores, en relación con los contratos NUM006 y NUM003.

Este primer motivo recuerda que la jurisprudencia marca como requisitos para que pueda operar la causa de extinción de la fianza: i) que exista una prórroga; ii) que la prórroga sea concedida por el acreedor; y iii) que sea concedida sin el consentimiento del fiador. Y aclara que el consentimiento

del fiador no puede ser tácito, sino que debe ser explícito.

El recurso entiende que una vez resueltos extrajudicialmente los contratos, por incumplimiento de la arrendataria, el acuerdo de 18 de noviembre de 2008 sobre la forma de pagar las rentas e indemnizaciones debidas, así como la reanudación del contrato NUM006, supone una novación de la relación contractual, sin el consentimiento de los fiadores, por lo que debe operar el art. 1851 CC.

Propiamente sólo existe este motivo, pues los apartados 2 y 3 del recurso tan sólo dejan constancia, para justificar el interés casacional, que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia según la cual en los supuestos de novación extintiva, y también en la modificativa, se produce una aplicación del art. 1851 CC y la extinción de la fianza; así como la existencia de pronunciamientos contradictorios en las audiencias provinciales. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

7. Desestimación del motivo. En la Sentencia 77/2014, de 3 de marzo, hicimos referencia al régimen legal de los efectos de la novación del contenido de la obligación garantizada, respecto de la fianza: «La modificación de los términos de la obligación principal, en principio, no extingue la fianza, sin perjuicio de que al fiador sólo le sea exigible el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos. Sin embargo, si la modificación afecta al plazo de cumplimiento y resulta de aplicación el art. 1851 CC, la fianza sí que se extingue como consecuencia de la prórroga». Pero en esta misma sentencia atemperamos la interpretación literal del art. 1851 CC: «en atención a la *ratio* del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso

inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, “el art. 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador” ».

En el caso del contrato NUM006, la resolución del contrato como consecuencia del primer incumplimiento, determinaba la responsabilidad del fiador de su cumplimiento. Si con posterioridad se accede por la arrendadora a rehabilitar el contrato, previo pago de las cuotas o rentas vencidas y adeudadas, debe entenderse que el fiador seguía respondiendo del cumplimiento del contrato, pues, en puridad, la novación que conlleva la resolución y posterior rehabilitación del contrato, no perjudica al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso, sino que, al contrario, manteniendo los mismos términos de la obligación afianzada por él, supuso una reducción de la deuda garantizada.

Y por lo que respecta al contrato NUM003, su incumplimiento dio lugar a la responsabilidad del fiador y la concesión de unos plazos fraccionados para el pago de las obligaciones derivadas de aquel incumplimiento, dentro del inicial plazo de vigencia del contrato, lo que tampoco perjudica al fiador en el sentido antes apuntado, al que responde la protección conferida por el art. 1851 CC.

Costas

8. Desestimado el recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas ocasionadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

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

FALLO:

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Julio y Pablo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 6ª) de 20 de noviembre de 2012 (rollo núm. 425/2012) que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Ibi de 24 de octubre de 2011 (juicio ordinario núm. 27/2010), con imposición de las costas de la casación a la parte recurrente.

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.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian 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. Sentencia nº 874/2014, del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 2015.

PENAL

MARÍA ÁNGELES VILLEGAS GARCÍA

Magistrada del Gabinete Técnico

Tribunal Supremo

Sala de lo Penal

(ToI 4740135)

Cabecera: Acumulación de condenas. Intangibilidad de las decisiones judiciales firmes como regla general. Excepción en supuestos en que en una acumulación de condenas se alegan circunstancias nuevas, susceptibles de beneficiar al reo. Análisis de la Decisión marco 2008/675/JAI, particularmente del art. 3º de dicha disposición. S.T.S. nº 186/2014, de 13 de marzo, que interpreta la Decisión marco referenciada. Acumulación de condenas referidas a hechos ocurridos en el extranjero, cuya sentencia se acuerda ejecutar en España. Convenios bilaterales de carácter internacional. Alcance jurídico de las Decisiones marco: Caso Maria Pupino. Principio de interpretación conforme. Imposibilidad de una interpretación contra legem del derecho nacional. Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre de transposición de la Decisión marco 2008/675/JAI. Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y el Consejo de 2 de junio de 2014. Expectativas del condenado. No se ha frustrado ninguna. Estudio comparativo con el asunto del Río Prada contra España. Doctrina de la S.T.S. 2117/2002, como compartida y comúnmente aceptada. Posibilidad de una cuestión prejudicial. Doctrina de «acto claro». Breve análisis de Derecho comparado sobre la cuestión conflictiva planteada.

Jurisdicción: Penal

Ponente: José Ramón Soriano Soriano

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 27/01/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 874/2014

Número Recurso: 10711/2014

I. CUESTIÓN CONTROVERTIDA Y SUPUESTO DE HECHO

La sentencia nº 874/2014 del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2015 dirime la cuestión relativa a la inclusión en las acumulaciones de condenas, para determinar el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad, de las condenas impuestas por otros Estados de la Unión Europea.

La relevancia de la decisión adoptada, que fija la Jurisprudencia de la Sala al respecto, es indudable dado el efecto inmediato que tiene sobre el

tiempo efectivo que las personas condenadas han de permanecer en prisión. Cabe destacar asimismo que esta decisión se reflejará, particularmente, en las acumulaciones de condena que afecten a personas condenadas en España por delitos terroristas que, previamente, hubieran sido condenadas en Francia.

El supuesto de hecho del que parte la sentencia es el siguiente:

El 13 de septiembre de 2007 se dictó, por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, auto acumulando las condenas impuestas en su día al recurrente y fijando un límite máximo de cumplimiento efectivo de treinta años. La representación del condenado interesó años después que se incluyese en la acumulación la condena recaída y ya cumplida en Francia —10 años por asociación de malhechores y otros—, petición que se denegó, quedando firme la resolución correspondiente. Por escrito de 21 de octubre de 2013, la defensa volvió a solicitar, entre otras peticiones, la acumulación de la sentencia francesa, lo que le fue denegado por auto de 4 de septiembre de 2014. Esta es la resolución que se recurre en casación.

Entre otras cuestiones, el recurrente, en su recurso ante el Tribunal Supremo, alegó que, no obstante la firmeza del auto en el que se le denegó, por primera vez, la acumulación de la condena dictada por el Tribunal francés, su nueva petición de que se procediera a la acumulación se amparaba ahora en la interpretación que resultaba de la STS 186/2014, de 13 de marzo, en relación con la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008, de la que resultaba la posibilidad de reconocer efectos a las condenas impuestas en otros Estados miembros de la Unión Europea. Por ello, solicitaba que se aplicara la Decisión marco en el ordenamiento español, a través de la interpretación del artículo 76 del CP efectuada por la sentencia indicada, con efecto retroactivo, como si se tratara de una norma interna.

II. FUNDAMENTOS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

La sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestima la pretensión formulada por el recurrente y, en consecuencia, considera que la condena que le fue impuesta en Francia no es susceptible de acumulación a las impuestas en España.

Para ello, con carácter previo, analiza dos cuestiones: la posibilidad de que los autos de acumulación de condenas produzcan o no efectos de cosa juzgada y los pronunciamientos previos de la propia Sala sobre esta materia.

1. En cuanto a la primera cuestión, se reitera la jurisprudencia de la Sala de lo Penal relativa a que ni los autos de acumulación de condena ni aque-

llos en los que se aprueben liquidaciones de condena producen efectos de cosa juzgada. La existencia de acumulaciones anteriores, declaraba la STS 502/2014, de 20 de junio (*Tol 4388110*), no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación. No cabe en estos casos, dice el Tribunal, hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Asimismo, las resoluciones que aprueban las liquidaciones de condena efectuadas al penado, según declaraba la STS 343/2011, de 3 de mayo (*Tol 2126506*), tienen, por su propia naturaleza, carácter provisional, pues pueden verse modificadas por las incidencias del cumplimiento, de mayor alcance cuando se trata de penas impuestas conforme al Código Penal derogado de 1973.

En esta línea se resalta que la firmeza de la correspondiente resolución judicial no ha sido un obstáculo para que la Sala de lo Penal haya confirmado nuevas liquidaciones de condena dictadas tras la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 21 de octubre de 2013, en el caso *Del Río Prada contra España*.

2. Respecto a los pronunciamientos anteriores de la Sala sobre la materia relativa a la acumulación de condenas en el extranjero, se destacan los siguientes: la STS 1129/2000, de 27 junio; la STS 2117/2002, de 18 diciembre; la STS 926/2005, de 30 de junio (*Tol 674669*); la STS 368/2013, de 17 de abril (*Tol 3746417*), y la STS 186/2014, de 13 de marzo (*Tol 4137082*).

En la primera de ellas, según el Tribunal, se admitió la acumulación de una condena impuesta por un Tribunal extranjero, pero cuyo cumplimiento no se había producido en el extranjero, sino en nuestro país en virtud de un tratado internacional, que remitía su ejecución a España. Por tanto, la posibilidad de que las reglas contenidas en los arts. 70 CP de 1973 y 76 CP de 1995 pudieran ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras, no se proclamaba como principio absoluto sino dependiendo de lo establecido en el Tratado sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias, que resultara aplicable.

En la STS 2117/2002, de 18 diciembre, se denegó, sin embargo, la posibilidad de acumular una sentencia de siete años de reclusión impuestos por la jurisdicción francesa, que ya había sido cumplida en Francia antes de que el recurrente fuera extraditado a España. Entendió entonces la Sala de lo Penal, entre otros extremos, que los hechos realizados en España y en Francia, en modo alguno hubieran podido ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes.

La STS 926/2005, de 30 de junio, abordó la posibilidad de acumular, en una sola, la condena privativa de libertad impuesta al penado en sentencia dictada por la jurisdicción española con la impuesta por un tribunal de Tailandia, que había dado lugar a un expediente de cumplimiento de condena ante la Audiencia Nacional. En este caso, se accedió a la acumulación instada, pero, destaca la Sala de lo Penal, ya por tratarse de ejecutoria española, obviamente, ya por remisión del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Tailandia, sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales, hecho en Bangkok el 7 de diciembre de 1983, ambas condenas se ejecutaban en nuestro Estado, con atribución jurisdiccional de origen, al tratarse de sentencia española o por remisión expresa de la ejecutoria extranjera, de conformidad a la normativa convencional.

La STS 368/2013, de 17 de abril, también trató un supuesto de una acumulación de condenas en la que se incluía una impuesta por un Tribunal extranjero y, de nuevo, la atribución jurisdiccional para ejecutar esa sentencia en España provenía de otro Convenio, en este caso del Consejo de Europa.

En definitiva, se concluye, todas las resoluciones indicadas que permiten la acumulación, tienen en común que se trata de una acumulación de condenas en la que concurren condenas impuestas en España con condenas impuestas en el extranjero, en virtud de una norma convencional que así lo permite. Mientras que, cuando esas condenas impuestas en el extranjero ya habían sido cumplidas en el extranjero, como es el caso de la STS 2117/2002, de 18 diciembre, en relación con una ejecutoria francesa, esta acumulación se deniega.

Mención especial merece para la Sala la STS 186/2014, de 13 de marzo, que es a la que se refiere el recurrente.

Esta resolución, frente a la STS 2117/2002, de 18 diciembre y también respecto a una condena en Francia ya cumplida, estimó, en efecto, el recurso interpuesto y admitió la posibilidad de acumulación. El hecho diferencial entre ambas fue la publicación entre tanto de la Decisión marco 675/2008/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

Se dice al respecto en la STS 186/2014, de 13 de marzo:

«(...) en cuanto no suprimía la posibilidad de acumular sentencias dictadas por un Tribunal no español, resulta más conforme con la existencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que implica, de alguna forma, una distinta consideración de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la soberanía. En ese sentido, la Decisión marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008, posterior, por lo tanto, a nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2002, señalaba que su objetivo era establecer una obligación

mínima para los Estados miembros al objeto de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros».

Y se añade:

«Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión marco (“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010”), lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea.

En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación».

Ahora bien, esta sentencia, declara la Sala, se dictó en ausencia de normas internas que regularan expresamente la materia de una forma terminante, lo que conllevó una interpretación de las normas vigentes de la manera más conforme posible con la Decisión marco. Entonces no existía legislación nacional al respecto y, concretamente, no se había promulgado la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

3. Analizada de la manera expuesta la jurisprudencia existente sobre la cuestión controvertida, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, alcanza, en el caso de autos, las siguientes conclusiones.

1°. La Decisión marco 675/2008/JAI impone un «principio de asimilación» o equivalencia de la condena de otro Estado Miembro a la condena nacional, dejando a las legislaciones nacionales que obtengan las consecuencias de este principio. El enunciado principal de equivalencia se contiene en el art. 3.1. Pero a su vez, impide que la Decisión influya o interfiera en las condenas anteriores (o en la ejecución) de los otros Estados Miembros (art. 3.3); o interfiera en las condenas anteriores pronunciadas por el Estado Miembro donde se desarrolla el nuevo proceso (art. 3.4). A la vez que excluye la obligatoriedad de la consideración de la condena de otro Estado Miembro, a efectos de acumulación de condenas, cuando los hechos del nuevo proceso en España, sean anteriores a la condena del otro Estado miembro, en cuanto determina una limitación en la pena a cumplir, en los términos expresados en el artículo 3.5.

Esta excepción ha sido incorporada en la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, que no reconoce efectos a todas las condenas en el extranjero de manera ilimitada, sin atender a criterios objetivos ni temporales. Sino que, al contrario, limita los supuestos de condenas en el extranjero con efectos en España de dos maneras: atendiendo a criterios objetivos (art. 14.2), así como a un criterio temporal.

Según el Tribunal, la Decisión marco, en ningún momento ha integrado el ordenamiento español; no supone una norma intertemporal, no cabe hablar de una sucesión temporal de leyes. El propio Tratado europeo, en su redacción de Amsterdam, establecía expresamente que no tenían efecto directo. Integraba un mero criterio interpretativo, aunque efectivamente cualificado, que posibilitaba una interpretación *praeter legem*, pero nunca *contra legem*.

De esta forma, de seguirse en el momento presente la interpretación que dio la STS 186/2014, de 13 de marzo, a los arts. 988 LECRIM y 76 CP de la manera más conforme posible con la Decisión marco, nos encontraríamos con un supuesto de interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Ello por cuanto la interpretación de esta sentencia supone reconocer la acumulación en supuestos excluidos ahora expresamente por el artículo 14 de la Ley Orgánica citada. Por lo tanto, el principio de *interpretación conforme* no puede operar en el mismo escenario que el existente en el momento de dictarse la resolución citada.

2°. Consecuentemente, entiende la Sala de lo Penal, lo que corresponde es examinar si la normativa interna, sin la interpretación que propiciaba la Decisión Marco en este extremo, posibilita la acumulación interesada por el recurrente.

Esta normativa, antes de la Ley Orgánica 7/2014, viene dada por los arts. 76 CP y 988 LECRIM. Al aplicar los arts. 76 CP (o 70 CP de 1973) y 988 LECRIM, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que es preciso que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento mismo de su comisión, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí. Lo relevante es que todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso. Pero esta exigencia de enjuiciamiento conjunto, que se observa desde una perspectiva puramente temporal, engloba un *prius* lógico jurisdiccional: que todas las condenas se ejecuten por los tribunales españoles. Si no opera la jurisdicción española, no hay posibilidad de enjuiciamiento conjunto de los hechos.

Esta interpretación de los preceptos relacionados con la acumulación es, para la Sala de lo Penal, conforme con la Decisión Marco, porque es coherente con las excepciones que se recogen en su art. 3, y no da lugar a resultados *contra legem* en relación con la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre.

De modo que sin tener atribuida la jurisdicción para ejecutar la sentencia francesa, ni poder ponderarla a efectos de acumulación, dada la interpretación proscrita *contra legem* de la Decisión marco, no resulta posible estimar el recurso.

3°. La modificación de la interpretación jurisprudencial, respecto a la STS 186/2014, de 13 de marzo, no frustra, por otro lado, según la sentencia dictada, las expectativas del condenado, en los términos en los que se planteó y resolvió la cuestión en un supuesto en el que se podrían ver similitudes con el presente, como sería la Sentencia TEDH (Sección 3ª), de 10 de julio de 2012, asunto *Del Río Prada contra España*, con el que, la Sala de lo Penal aprecia diferencias sustanciales, que se exponen con detalle.

5°. Asimismo, dado que la existencia de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, influye a la hora de invocar como criterio interpretativo el contenido de la Decisión Marco 2008/675/JAI, el Tribunal considera conveniente analizar si resulta necesario para la resolución del caso el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta cuestión se analiza con detalle.

Se parte de la premisa de que los tribunales nacionales tienen la obligación de conocer y aplicar el Derecho de la Unión y que en caso de duda sobre su interpretación deben acudir al mecanismo de la cuestión prejudicial, de la que deriva una sentencia que tiene efectos *erga omnes*. Asimismo, se resalta que, de acuerdo con el artículo 267 TFUE (antiguo artículo 234 TCE), cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Este sería el caso de las decisiones adoptadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que no son susceptibles de posterior recurso en el ámbito jurisdiccional.

Ahora bien, continúa razonando el Tribunal, el fundamento de la cuestión prejudicial y, por tanto, de la obligación de plantearla no es que el órgano jurisdiccional deba aplicar una norma del Derecho de la Unión, sino que el órgano jurisdiccional tenga una duda sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión que deba aplicar en el litigio concreto. La aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sólo si, al aplicarla, tal duda surge, entonces tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

Se destaca asimismo que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada el 8 de abril de 2014, en el caso *Dhahbi v. Italia*, ha reiterado su doctrina sobre cuándo la negativa de un Tribunal nacional a plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión pre-

judicial puede vulnerar el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según dicha doctrina, lo que exige este precepto es que cuando los Tribunales nacionales contra cuyas decisiones no quepa recurso según su Derecho interno, rehúsen plantear una cuestión prejudicial relacionada con la interpretación del Derecho europeo, deberán motivar esta decisión de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se limitará a comprobar la suficiencia de dicha motivación.

En la misma línea, nuestro Tribunal Constitucional, en las STC 58/2004, de 19 de abril y STC 212/2014, de 18 de diciembre, ha indicado que la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio, por lo que, ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita. En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.

Pues bien, partiendo del marco expuesto, se concluye que, en el caso de autos, no procede plantear cuestión prejudicial alguna. No se trata, se declara por la Sala, de inaplicar una norma nacional, sino simplemente de afirmar la existencia de una excepción facultativa en la Decisión Marco, que posibilita no tener en consideración una condena de otro Estado miembro a efectos de acumulación, cuando suponga una reducción en la limitación efectiva de la pena a imponer en el nuevo proceso, cuyos hechos sean anteriores a la condena francesa; requisitos todos ellos concurrentes en el supuesto de autos. Tal claridad del contenido literal de la norma excepciona la obligación de la formulación de la cuestión prejudicial.

La existencia de esta excepción coincide, por otro lado, con el análisis del proceso de formación del instrumento comunitario, con la jurisprudencia de otros Tribunales de casación y con el informe de la Comisión sobre el Estado de implementación de la Decisión Marco.

6°. Lo expuesto en su resolución, no supone, para la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, una validación absoluta e incondicional por su parte del contenido íntegro de la Ley Orgánica 7/2014, pero en los términos que el recurso es sometido a su consideración no se estima necesaria ninguna inter-

pretación complementaria, dada la claridad del artículo 3.5 de la Decisión Marco.

Asimismo, se señala que, aparentemente, podría extrañar la exclusión de la aplicación a condenas anteriores al 15 de agosto de 2010, contenida en su Disposición Adicional; pero, en la medida en que el Tribunal no aplica esa ley y que la exclusión de la acumulación al caso de autos resulta acorde a la previsión del artículo 3.5 de la Decisión Marco, sea cual fuere el alcance de esta proyección temporal, incluso su inexistencia, en nada afectaría a la desestimación del recurso.

En todo caso, esta última limitación temporal no es considerada ni una extravagancia del legislador español ni una fijación arbitraria de un momento temporal a partir del cual reconocer efectos a las condenas. En otras legislaciones también se han establecido límites temporales a tener en cuenta en la aplicación de los efectos de las condenas en el extranjero (Informe de la Comisión sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión marco o véase, en el caso de Francia, el apartado III de la Ley 2012-409, de 27 de marzo de 2012, para la programación de la ejecución de las penas). Por otra parte, el legislador ha decidido que los efectos de la Decisión no tendrán carácter retroactivo, sino que surgirían a partir del día en que el Derecho Comunitario le obligaba a alcanzar el resultado previsto, evitando que la mora en la incorporación de la Decisión recaiga sobre los propios condenados por las sentencias objeto de valoración.

En definitiva, interpretada la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco 2008/675/JAI, la Sala de lo Penal concluye que la aplicación de la indicada Ley Orgánica da lugar a un resultado compatible con el que pretende alcanzar la Decisión.

Se destaca en este punto que la necesidad de analizar las consecuencias de la retroactividad o irretroactividad establecida en la Disposición Adicional de la citada ley, vendrán dadas cuando materialmente quepa la acumulación de la sentencia dictada por otro Estado miembro, por resultar un supuesto no excepcionado en la Decisión marco, pero la fecha marcada por la Disposición Adicional lo impida.

III. VOTOS PARTICULARES

La sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo va acompañada de varios votos particulares. Estos, sin perjuicio de presentar algunas diferencias entre sí, mantienen, con respecto a la decisión de la mayoría, dos discrepancias fundamentales.

La primera afecta a la necesidad o no de plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial. Los magistrados discrepantes entienden que sí debió plantearse dicha cuestión ante la trasposición reduccionista en lo favorable al condenado que ha efectuado el legislador español en la mencionada Ley Orgánica 7/2014. Su artículo 14.2, así como la Disposición Adicional Única, introducen limitaciones a la toma en consideración de las sentencias europeas en fase de ejecución de sentencias españolas, que vacían de contenido y privan de efectividad al principio de equivalencia en los procedimientos de refundición o acumulación de condenas. En efecto, dado que los procedimientos de acumulación de condenas seguidos en España se refieren en todo caso a delitos cometidos antes de la sentencia de condena del otro Estado miembro, ya que las penas por delitos cometidos después de la referida sentencia no son acumulables, este precepto determina la privación de efectos equivalentes en esta materia en nuestro país a todas las sentencias condenatorias penales dictadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea. Es decir, la falta de efectividad del objetivo buscado por la Decisión Marco en lo que se refiere a la fase de ejecución (art 3 2º, *in fine*, DM 2008/675); y, en concreto, en todos los procedimientos de refundición de condenas y establecimiento de un límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Frente a la posición de la mayoría, para los firmantes de los distintos votos particulares, no está tan claro que el artículo 3º, párrafo 5º de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio, puede interpretarse en el sentido de que un Estado miembro esté facultado para utilizar la norma de transposición, para excluir el efecto equivalente en la fase de ejecución de sentencia, en relación con los límites de cumplimiento de las penas, y en perjuicio del reo, en todas aquellas sentencias condenatorias dictadas en otros Estados miembros, que sean de fecha posterior a la comisión de los delitos objeto de los procesos nacionales.

La segunda discrepancia relevante que revelan los votos particulares sería que la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 7/2014 a supuestos de acumulación de condenas respecto de las dictadas por Tribunales españoles con anterioridad a su entrada en vigor, sería un supuesto de aplicación retroactiva de una norma de carácter desfavorable respecto del marco normativo anteriormente aplicable. Esta norma supone una regulación menos favorable que la contenida en la Decisión Marco, que de aplicarse, tal como previene la misma norma interna, implicaría una posible retroactividad de norma más desfavorable, contraria al artículo 9.3 CE.

Sentencia n° 874/2014, de 27 de enero de 2015

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado **Jose Antonio**, contra Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el que se acordó no haber lugar a incluir en el auto de acumulación de penas de 13 de septiembre de 2007 la condena por sentencia de 26 de mayo de 1997 del Tribunal de Gran Instancia de París, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Orteu Del Real.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la ejecutoria n° 14/05, dimanante del sumario n° 90/80 del Juzgado Central de Instrucción n° 4 dictó Auto con fecha 4 de septiembre de 2014, que contiene los siguientes Antecedentes de Hecho: **PRIMERO.-** *Jose Antonio fue condenado en la presente causa (hoy Ejecutoria 14/05) por sentencia de 17 de octubre de 2003 a dos penas de veintisiete años de reclusión por delitos de asesinato, fijándose como límite máximo de cumplimiento (art. 70.2 C° Penal de 1973) treinta años de privación de libertad según auto de 10 de octubre de 2005. SEGUNDO.-* Según auto de 13 de septiembre de 2007 (confirmado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 11.3.09) a dicha condena y considerando el límite de treinta años de efectivo cumplimiento se acumularon las impuestas por la Sección 1ª de esta Audiencia Nacional en Ejecutoria 6/85 (veintisiete años de reclusión por asesinato), 9/96 (treinta años por atentado y dos de veintidós años por sendos asesinatos frustrados) y 140/80 (veintisiete años por asesinato y dieciocho años por asesinato en tentativa), siendo todo beneficio

sobre la suma aritmética de todas las condenas. Efectuada la correspondiente liquidación de condena de 6.11.07 iniciando el 22 de noviembre de 2001, fecha de su extradición desde Francia, extinguiría el 14 de noviembre de 2031. **TERCERO.-** *La representación del condenado en 13 de junio de 2013 interesó que se incluyese en la acumulación de junio la recaída y ya cumplida en Francia: 10 años por asociación de malhechores y otros según sentencia de 26 de mayo de 1997, petición que se denegó por esta Sección en auto de 18 de septiembre de 2013, firme al ser desierto el recurso de casación anunciado el 8 de noviembre de 2013. CUARTO.-* Por escrito de 21 de octubre de 2013 la defensa vuelve a solicitar, entre otras peticiones, la acumulación de la sentencia francesa, a la que se ha opuesto el Ministerio Fiscal.

2.- El citado Auto contiene la siguiente Parte Dispositiva: *No ha lugar a incluir en el auto de acumulación de penas de 13 de septiembre de 2007 la condena por sentencia de 26 de mayo de 1997 del Tribunal de Gran Instancia de París, estando a lo ya resuelto por auto de 18 de septiembre de 2013.*

3.- Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **Jose Antonio**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Jose Antonio**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849 L.E.Cr., consistente en vulneración de los arts. 988.3º L.E.Cr. y antiguo art. 70.2 del C.P. de 1973 (actualmente art. 76 del C. Penal), según los cuales se establecen los límites de cumplimiento de penas privativas de libertad en 30 años; límite que en nuestro caso se ha sobrepasado al infringirse a su vez el art. 76.2º, que se inaplica incorrecta-

mente al no acceder a la acumulación de todas las penas impuestas en procesos que podrían haberse juzgado en uno solo en virtud del momento de comisión de los hechos, todos ellos anteriores a la primera sentencia condenatoria, conforme a la jurisprudencia sentada en la STS 186/2014, de 13 de marzo (Ponente Colmenero), que confirma la jurisprudencia expuesta en las SSTs 1129/2000, de 27 de junio; Ponente Bacigalupo (condena Tailandia), 926/2005, de 30 de junio; Ponente García Pérez (condenas en Tailandia) y 368/2013, de 17 de abril; Ponente Saavedra Ruíz (condena del Principado de Andorra), en contra de la única STS en sentido contrario, que era la STS 2117/2002, de 18 de diciembre; Ponente Delgado (condena en Francia); Segundo.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr., del art. 14 C.E., en el que se consagra el derecho fundamental a la igualdad, en cuanto que se ha producido un tratamiento notoriamente desigual a distintos sujetos por causas análogas respecto a la aplicación del art. 76.2 C.P., confiriéndose a unos la solicitada acumulación de penas (STS 186/2014, de 14 de abril) (Ponente Colmenero), que confirma la jurisprudencia expuesta en las SSTs 1129/2000, de 27 de junio, 368/2013, de 17 de abril; Ponente Sr. Saavedra Ruíz (condena del Principado de Andorra) y 926/2005, de 30 de junio; Ponente Sr. García Pérez (condenas en Tailandia), así como respecto a la posibilidad de aplicación a otros presos en la misma situación de cumplimiento que no hubieran tenido resolución judicial firme sobre la acumulación y denegándose sin embargo a mi representado. E igualmente respecto al criterio seguido en la aplicación de la STEDH caso del Río Prado, (véase STS nº 1000/2013, de 7 de febrero de 2014; Ponente Jorge Barreiro) conforme al cual la alegada intangibilidad no alcanza a las resoluciones judiciales en el marco del proceso de ejecución de las penas; Tercero.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr., del art. 25.2 C.E., en el que se recoge el principio de legalidad penal, por haber realizado el tribunal a quo una interpretación restrictiva del art. 76 C.P. contraria a la literalidad del mencionado

precepto y en contradicción a la interpretación establecida en relación con el criterio de la conexidad; Cuarto.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr., del art. 25.1, infracción del principio de legalidad al no haber aplicado retroactivamente a una ejecución de condena la norma más favorable que resulta de la Decisión Marco 675 de 2008 tal como la aplica la STS 186/2014 y por analogía con la vía de aplicación de la STEDH caso del Río Prado tal como establece el Pleno no jurisdiccional del TS que se celebró el 12 de noviembre de 2013 y la STS 1000/2013, de 7 de febrero de 2014; Ponente Jorge Barreiro (en esta sentencia se desestimó un recurso del Ministerio Fiscal contra un Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que corregía una liquidación de condena establecida en anterior Auto firme de 5 de junio de 2006. En este caso no se acogió por la Sección 3ª de la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo el criterio de la intangibilidad de un Auto firme más perjudicial para el preso que ahora promueve el Ministerio Fiscal y sí acepta la Sección Tercera); Quinto.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr., del art. 17.1 C.E. por cuanto se produce una restricción ilegal y desproporcionada de la libertad al superarse el límite legal de 30 años para la acumulación de penas que habrían podido juzgarse en un solo proceso en virtud del momento de comisión de los hechos; vulneración del derecho a la libertad que se produce porque el recurrente se encuentra ilegalmente privado de libertad por inaplicación del art. 70.2º C.P. 1973 y se sigue produciendo mientras el recurrente siga en prisión; vulneración que por tanto ha de poder ser corregida por este Tribunal mediante la puesta en libertad del mismo; Sexto.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr., del art. 15 C.E., por cuanto una pena privativa de libertad que sobrepasa los límites máximos legalmente establecidos constituye una pena inhumana y degradante, fundamento éste precisamente de los criterios de acumulación jurídica de las penas, y del art. 25.2 C.E. en cuanto penas tan extensas que superan el límite de acumulación jurídica de las penas, en este

caso hasta los 40 años de prisión continuada por hechos conexos, hacen inviable el mandato de orientar las penas a la reinserción social; Séptimo.- Por vulneración del precepto constitucional, al amparo del art. 852 L.E.Cr., del art. 24 C.E., por el cual se proscriben la indefensión, en cuanto que la firmeza del Auto de 18 de septiembre de 2013 se produjo porque el entonces procurador (como lo venía siendo de todos los miembros de ETA, pero que no quiso seguir prestando sus servicios a quienes abandonaban ETA) no notificó a la defensa el emplazamiento para formalizar el recurso de casación preparado, produciendo la indefensión material y la ausencia de tutela judicial efectiva (véase Recurso de reposición presentado por esta parte el 28 de noviembre de 2013 contra Diligencia de Ordenación de 25 de noviembre, obrantes en esta Ejecutoria). 5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación prevenida el día 16 de diciembre de 2014, mediante Pleno jurisdiccional. En él se acordó suspender la decisión del asunto y dar traslado al recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que conviniera a su derecho en relación con la LO 7/2014, de 12 de noviembre, habiéndose cumplido el traslado con el resultado que obra en autos. Señalada nueva deliberación para el día 13 de enero de 2015, se llevó a cabo la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRELIMINAR.- Se recurre en casación ante esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de septiembre de 2014, en la Ejecutoria n° 14/05. Dicho auto deniega la petición formulada por la representación de Jose Antonio y declara que no ha lugar a incluir, en el auto de acumulación de penas dictado el 13 de septiembre de 2007, la condena impuesta por sentencia de 26 de mayo de 1997 del Tribunal de Gran Instancia de París, debiendo estarse a lo ya resuelto por auto de 18 de

septiembre de 2013. En esta última resolución, que devino firme al quedar desierto el recurso de casación anunciado contra él, ya se había denegado, según se explica en el recurso, la solicitud que en este mismo sentido se había formulado por escrito de 26 de junio de 2013.

Se ponen asimismo de manifiesto en el recurso, como antecedentes relevantes, que el auto citado de 13 de septiembre de 2007, en el que acordaba la acumulación de varias sentencias condenatorias dictadas en España respecto del recurrente, fijó un límite máximo de cumplimiento efectivo de 30 años, determinándose como fecha de extinción, efectuada la correspondiente liquidación de condena la de 14-11-2031. Como consecuencia de la solicitud de 24 de enero de 2014, y raíz de la aplicación de la doctrina establecida por la STEDH Del Rio Prada de 21 de octubre de 2103, se aprobó una nueva liquidación de condena, por providencia de fecha 3 de marzo de 2014, fijándose como nueva fecha de extinción el 23-02-2022. Conforme a esta nueva liquidación, si se acumulara, según insta, la sentencia dictada en Francia, y se abonaran los diez años de condena impuestos en ella, el recurrente entiende que habría extinguido su pena en febrero de 2012, por lo que debería ser inmediatamente puesto en libertad.

A la Ejecutoria núm. 14/2005, proveniente del sumario núm. 90/1980, donde se le condenaba a dos penas de veintisiete años de privación de libertad, por delitos de asesinato, fijándose como límite máximo de cumplimiento treinta, se le acumularon en el referido Auto de 13 de septiembre de 2007, las penas privativas de libertad impuestas en:

- a) La causa de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional, núm. 140/1980, veintisiete años por asesinato y dieciocho por asesinato frustrado.
- b) La causa de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional, núm. 6/1985, veintisiete años por asesinato.
- c) La causa de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional, núm. 9/1996, treinta años de prisión por atentado con resultado de muerte y dos penas de veintidós años por sendos asesinatos en grado de tentativa.

En definitiva, las condenas recaídas contra el recurrente estaban integradas por:

a) Dos delitos consumados de asesinato, imponiéndose 27 años de reclusión mayor por cada uno de ellos.

b) A estas condenas se añadieron a efectos de refundición, siempre bajo el límite de cumplimiento de 30 años:

1) La impuesta por la Sección Iª de la Audiencia Nacional (Ejecutoria 6/85) de 22 años de reclusión mayor por asesinato.

2) Por la misma Sección (Ejecutoria 9/96) 30 años por atentado y dos condenas más de 22 años por sendos delitos de asesinato frustrado.

3) Y por último también correspondiente a la misma Sección la (Ejecutoria 140/80) a 27 años por asesinato y 18 años por tentativa de asesinato.

c) El recurrente condenado, en 13 de junio de 2013 interesó que se incluyese la acumulación a la impuesta y cumplida en Francia de 10 años por asociación de malhechores y otros, según sentencia de 26 de mayo de 1997.

En el marco expuesto, siete son los motivos de casación que se formulan contra el auto de 4 de septiembre de 2014 dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

PRIMERO.- En primer lugar, procede la resolución conjunta de los motivos primero, segundo y quinto.

1. El primer motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECRIM, por vulneración de los artículos 988.3º LECRIM y 70.2 del CP de 1973. En él se ponen de manifiesto distintas cuestiones destinadas fundamentalmente a impugnar el argumento del Tribunal de instancia, según el cual no se puede estimar la solicitud formulada debido a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, en este caso, el auto de 18 de septiembre de 2013, en el que se ya se denegó dicha pretensión. Según el recurrente, de conformidad con la propia doctrina de esta Sala de lo Penal, la eficacia de la cosa juzgada no es predicable de los autos de acumulación, que siempre están abiertos a una reconsideración en beneficio del reo. De hecho, en la presente ejecutoria ni el Ministerio Fiscal, ni la Sección Tercera

de la Audiencia Provincial, mantuvieron el criterio de la intangibilidad de cualquier resolución firme, cuando en providencia de fecha 3 de marzo de 2014 se aprobó, como ya se ha expuesto, una nueva liquidación de condena. La resolución judicial recurrida, se señala, vulnera el derecho a la legalidad penal y el derecho a la libertad, vulneraciones que no pueden mantenerse con base en esta intangibilidad, debiendo habilitarse en consecuencia un cauce procesal para rectificarla. En el motivo segundo, al amparo del artículo 852 de la LECRIM y denunciándose la infracción del artículo 14 de la Constitución, se insiste en que la alegada intangibilidad no alcanza a las resoluciones judiciales en el marco del proceso de ejecución de las penas. Una alegación que se reitera igualmente en el motivo quinto, también ex artículo 852 de la LECRIM, pero desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la libertad, que se estaría produciendo como consecuencia del criterio mantenido en este sentido por la resolución recurrida.

2. El auto recurrido no ha considerado el fondo de la cuestión solicitada por el recurrente, cual es que se le acumule la condena que le fue impuesta, el 26 de mayo de 1997, por el Tribunal de Gran Instancia de París, por considerar que esta pretensión ya había sido formulada y rechazada en una resolución anterior, el auto de 18 de septiembre de 2013, que había devenido firme, por consentimiento de la parte, y como tal era inmodificable. Así lo exige el principio de seguridad jurídica, al margen de que se hubiera producido un cambio jurisprudencial que afectara al criterio sostenido en dicha resolución.

3. No se comparte íntegramente este argumento. Varias son las cuestiones que al respecto han de tenerse en cuenta.

En primer lugar, ha de valorarse, la doctrina reiterada de esta Sala, según la cual, los autos de acumulación de condena no producen efectos de cosa juzgada, de manera que, como decíamos en la STS 502/2014, de 20 de junio, la existencia de acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación. En estos casos, decía-

mos en la STS 388/2014, de 7 de mayo, no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación, dictada conforme al art. 988 LECRIM, habrá de dictarse un nuevo auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas. Aunque la nueva acumulación que se opere solo será procedente cuando, en su conjunto, resulte favorable al reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada. Y añadimos, una vez que se entra a revisar una acumulación anterior, la revisión no se limita a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el Auto, sin perjuicio de que entonces su acumulación se considerara improcedente ya que sí podrían ser acumulables con la nueva sentencia.

En segundo lugar, también es reiterada la jurisprudencia de esta Sala sobre la naturaleza no definitiva de las liquidaciones de condenas. En la STS 343/2011, de 3 de mayo, decíamos que las resoluciones que aprueban las liquidaciones de condena efectuadas al penado tienen, por su propia naturaleza, carácter provisional, pues pueden verse modificadas por las incidencias del cumplimiento, de mayor alcance cuando se trata de penas impuestas conforme al Código Penal derogado de 1973. En consecuencia, la jurisprudencia no les ha reconocido los efectos propios de la cosa juzgada.

En la misma línea, la sentencia 638/2014, de 30 de septiembre. En esta resolución, con citación, a su vez, de las STS 1076/2009, de 29 de octubre y la STS 1089/2011, de 27 de octubre, declarábamos lo siguiente: *«El proceso de ejecución de las distintas penas impuestas a una persona, en una o varias sentencias, y tenga o no establecido un determinado máximo de cumplimiento, se extiende al tiempo preciso desde que comienza la ejecución hasta que se produce el licenciamiento definitivo, y en ese periodo temporal pueden aparecer distintas incidencias que son resueltas con aplicación del criterio que, a través de la in-*

terpretación de la ley, se establezca como correcto en cada caso».

A la vista de lo expuesto, concluíamos que las resoluciones que aprueban las liquidaciones de condena efectuadas al penado tienen, por su propia naturaleza, carácter provisional y la jurisprudencia no les ha reconocido los efectos propios de la cosa juzgada.

Asimismo, en tercer lugar, resulta igualmente relevante mencionar que la firmeza de la correspondiente resolución judicial no ha sido un obstáculo para que esta Sala haya confirmado nuevas liquidaciones de condena dictadas tras la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 21 de octubre de 2013, en el caso Del Río contra España.

Al respecto, decíamos en la STS 922/2013, de 2 de diciembre: *«En segundo lugar, que, como se ha dicho, respecto de condenas todavía en ejecución, no solo nada impide la rectificación del criterio hasta ahora aplicado para sustituirlo por otro más favorable al reo en el sentido que se desprende de la tan mencionada STEDH, sino que resulta obligado en tanto que no es posible mantener una situación de privación de libertad basándose en un criterio que, en circunstancias similares a las contempladas en la referida STEDH, vulnera derechos reconocidos en el Convenio Europeo».* En la misma línea, entre otras, la STS 1000/2013, de 7 de febrero.

4. Partiendo de lo expuesto, al recurrente le asiste la razón en este punto.

Ciertamente el auto de 18 de septiembre de 2013 en el que se denegó, por primera vez, la acumulación de la condena dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, es una resolución firme. Pero la nueva petición del recurrente de que se proceda a la acumulación se ampara ahora, sin embargo, según se infiere del recurso, en la interpretación que resulta de la STS 186/2014, de 13 de marzo, en relación con la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008, de la que resulta la posibilidad de reconocer efectos a las condenas impuestas en otros Estados miembros de la Unión Europea.

En cuanto que dicha posibilidad, con potencial efecto favorable al reo, deriva de la interpreta-

ción de nuestro ordenamiento pero en orden a lograr el efecto pretendido en un instrumento normativo europeo, debemos entender que estamos ante uno de los múltiples avatares, que en materia de acumulación de condenas, aun respecto de resoluciones firmes, pero no intangibles, permite que sean susceptibles de un nuevo pronunciamiento, al margen de cuál sea la conclusión que alcancemos al respecto.

En consecuencia, el recurrente en este punto debe ver reconocida la posibilidad de que se pueda revisar la decisión judicial anteriormente dictada. Ahora bien, sin perjuicio de ello, existen otras razones que expondremos a continuación, que impiden acoger su pretensión de acumular las condenas en el sentido solicitado.

SEGUNDO.- A continuación, abordamos el estudio de los motivos tercero y cuarto del recurso.

1. El motivo tercero se interpone por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECRIM, del artículo 25 de la CE, en el que se recoge el principio de legalidad penal, por haber realizado el Tribunal a quo una interpretación restrictiva del artículo 76 del CP, contraria a la literalidad del citado precepto, y en contradicción a la interpretación establecida en relación con el criterio de conexidad.

El recurrente mantiene que no se aplicó el artículo 76 del CP y que se perjudica al reo. Solo cabe el criterio temporal para resolver sobre la acumulación. Por lo tanto, ha de dictarse una nueva resolución judicial que corrija esta situación. Alega el recurrente que la STS 186/2014 estimó contraria a derecho la inaplicación del artículo 70.2 del CP de 1973 a un caso idéntico al presente. En consecuencia, dice que se constata la vulneración del principio de legalidad penal (artículo 25 de la CE), que supone la inaplicación del artículo 70.2 del CP de 1973 y 76 del vigente CP, con base en un criterio inexistente en la ley, como es el que las condenas se dictaran en países distintos, siendo que la ley únicamente atiende para la acumulación de condenas al momento de comisión de los hechos, y al momento del dictado de las sentencias condenatorias, aplicando por lo tanto el auto recurrido un criterio *extra legem* en contra del reo.

El motivo cuarto del recurso se interpone por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECRIM, del artículo 25.1 de la CE, infracción del principio de legalidad al no haber aplicado retroactivamente a una ejecución de condena la norma más favorable que resulta de la Decisión marco 675/2008, tal como la aplica la STS 186/2014, y por analogía con la vía de aplicación de la STEDH, caso Del Rio Prada, tal como establece el Pleno no jurisdiccional de esta Sala que se celebró el día 12 de noviembre de 2013, y la STS 1000/2013, de 7 de febrero de 2014.

El recurrente procede, en este caso, a un análisis de la STS 186/2014, de 13 de marzo, y de la interpretación que la misma realiza del artículo 76.2 del CP, en relación con la Decisión marco 675/2008, y concretamente de su artículo 3, relativo a la eficacia de las sentencias anteriores dictadas en otros Estados. Entiende el recurrente que el artículo 3 de la citada Decisión marco establece que las condenas impuestas en el extranjero han de tener la misma eficacia jurídica que las nacionales, también en fase de ejecución y acumulación. Así lo interpretó la STS 186/2014, y sin embargo este criterio no se ha aplicado en el presente caso.

En cuanto a la Decisión marco 675/2008, alega el recurrente que su integración en el ordenamiento español a través de la interpretación del artículo 76 del CP efectuada por la STS 186/2014, debería tener efecto retroactivo, como si se tratara de una norma interna, abriendo la vía a la revisión de una resolución judicial firme en ejecución de pena, al ser más favorable para el penado, la legalmente obligada conforme al tenor del artículo 76 del CP y por razones de justicia material. Para la STS 186/2014, el principio de legalidad exige la acumulación de condenas por hechos temporalmente conexos, aunque se hubieran cometido en territorios soberanos distintos.

Considera que la orientación de la Decisión marco (respecto de la cual se ha superado el plazo de transposición a los ordenamientos jurídicos internos, que finalizaba el 15 de agosto de 2010) no puede ser más clara: que se tengan en cuenta condenas por hechos anteriores en otros países

miembros, a efectos, entre otras cosas, de acumulación de penas.

A la vista de las alegaciones del recurrente y el objeto de su recurso, hemos de tener presente que pretende la aplicación de la Decisión marco 675/2008/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008 *relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*. Dicha Decisión marco ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. Esta norma fue publicada en el B.O.E. de 13 de noviembre de 2014 y entró en vigor a los veinte días de su publicación (Disposición final cuarta). Por tanto, es Derecho vigente en el momento de dictar esta resolución, aunque no lo era cuando el recurrente presentó su recurso. Por tal motivo, esta Sala reunida en Pleno el día 13 de diciembre de 2014, acordó suspender la decisión del asunto y dar traslado tanto al recurrente como al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que conviniera a su derecho en relación con la citada ley, con el fin de evitar una posible indefensión, habiendo cumplido el traslado con el resultado que obra en autos.

2. El recurrente invoca a favor de su pretensión, por un lado, la Decisión marco 675/2008/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008 *relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*; y, por otro lado, la STS 186/2014, de 13 de marzo.

La STS 186/2014, de 13 de marzo, se refiere a un supuesto en el que, en el trámite de acumulación de condenas, se acepta la posibilidad de la inclusión de una condena impuesta en Francia. Como señala esta resolución, el recurrente, condenado en numerosas causas por delitos de terrorismo, solicitó al órgano de instancia que se incluyera en la acumulación de condenas, y dentro del límite máximo de cumplimiento, la condena de seis años de prisión impuesta y cumplida en Francia. La Sala *a quo* denegó la acumulación, argumentando, entre otras razones, que al tra-

tarse de hechos ocurridos en Francia y España no pudieron ser objeto del mismo proceso al ocurrir en territorios nacionales distintos, sometidos a la soberanía de diferentes países. Esta era la solución por la que había optado esta propia Sala en la STS 2117/2002, de 18 diciembre.

La STS 186/2014, de 13 de marzo, estima el recurso interpuesto y niega que constituya un límite a la posibilidad de acumulación el que la sentencia haya sido dictada por un tribunal de otro Estado de la Unión Europea. A tal efecto, cita la STS 2117/2002, de 18 diciembre, así como la STS 1129/2000, de 27 junio y entiende que la posición mantenida en esta última resolución «(...) *en cuanto no suprimía la posibilidad de acumular sentencias dictadas por un Tribunal no español, resulta más conforme con la existencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que implica, de alguna forma, una distinta consideración de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la soberanía. En ese sentido, la Decisión marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008, posterior, por lo tanto, a nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2002, señalaba que su objetivo era establecer una obligación mínima para los Estados miembros al objeto de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros*», transcribiendo a continuación el contenido del artículo 3 de la citada Decisión marco.

La STS 186/2014, de 13 de marzo, añade:

«*Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión marco ("1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010")*, lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea.

En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación».

Lo cierto es que esta Sala ha tratado la cuestión de la acumulación de condenas en el extranjero en diversas resoluciones, como son las ya citadas STS 186/2014, de 13 de marzo; STS 2117/2002, de 18 diciembre; y STS 1129/2000, de 27 junio. A las que podemos añadir la STS 368/2013, de 17 de abril; y STS 926/2005, de 30 de junio.

Por orden cronológico, la primera resolución es la STS 1129/2000, de 27 junio. En este caso, a los efectos que nos ocupan, acepta la acumulación de condenas impuestas por tribunales extranjeros, cuyo cumplimiento tiene lugar en España en virtud de un tratado internacional sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales. Por ello, indica:

«3. La primera cuestión, concerniente a la admisibilidad de la refundición de penas impuestas por tribunales extranjeros con penas de tribunales nacionales, debe ser decidida sobre la base de lo establecido en la ley española aplicable, dado que en el Tratado no existe norma alguna al respecto. Se trata, en consecuencia de si los arts. 70.2 CP 1973 o 76 CP son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra parte, tampoco determina exclusiones. La reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un tribunal extranjero. Por lo tanto las reglas contenidas en los arts. 70 CP. 1973 y 76 CP. pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras.

4. La cuestión, sin embargo depende de lo establecido en el Tratado sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias, que es también aplicable. El Tratado Hispano-Thaiandés contiene

dos normas que conciernen a este caso. El art. 4, que reserva a la jurisdicción del Estado trasladante “decidir sobre cualquier petición destinada a revisar la sentencia y pueda por tanto modificarla conmutando la pena o reduciéndola”. El art. 5, por su parte, establece que “la ejecución de la pena de un delincuente trasladado se llevará a cabo según las leyes y reglamentos del Estado receptor, incluso en lo que afecta a (...) cuantas disposiciones afecten la reducción de la duración de la detención o de la pena privativa de la libertad por medio de la libertad condicional o de cualquier otro modo”.

La misma Sección de la Audiencia Nacional que dictó el auto ahora recurrido, es decir el de 7-10-99, había considerado al dictar el auto de 7-5-97, en el que aplicó el art. 76 CP a la pena impuesta por el Tribunal thailandés, que la cuestión de los límites de la pena privativa de la libertad estaba regida por el art. 5 del Tratado. Sin embargo, sin expresar las razones del cambio, en el auto recurrido entendió que la aplicación del art. 70 CP. 1973 o 76 CP. quedaba excluida por lo dispuesto en el art. 4 del mismo Tratado. Esta Sala entiende que las disposiciones referentes a la limitación de la ejecución de las penas de los artículos mencionados son normas que regulan la reducción de la duración de la pena privativa de la libertad, en el sentido del art. 5 del Tratado y que no implican una revisión de la sentencia en el sentido del art. 4 del mismo. En efecto, la sentencia se mantiene en sus términos originales y la pena impuesta no es conmutada por otra, sino limitada según reglas previamente establecidas por el legislador para la ejecución».

En definitiva, admite la acumulación de una condena impuesta por un Tribunal extranjero, pero cuyo cumplimiento no se ha producido en el extranjero, sino en nuestro país en virtud de un tratado internacional, que remite su ejecución a España. Por tanto, proclama que las reglas contenidas en los arts. 70 CP de 1973 y 76 CP de 1995 pueden ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras, pero ello no es un principio absoluto, sino que se procederá así «en principio» y añade que ello dependerá de lo establecido en el Tratado sobre cooperación en ma-

teria de ejecución de sentencias, que es también aplicable.

En segundo lugar, la STS 2117/2002, de 18 diciembre, resuelve un supuesto similar al presente: acumulación de una pena de siete años de reclusión impuestos por sentencia de la jurisdicción francesa, que ya ha sido cumplida en Francia antes de que el recurrente fuera extraditado a España. En este caso, se niega tal posibilidad, con los siguientes argumentos:

«Quiere el recurrente, como acabamos de decir, que la pena de siete años de prisión impuesta por la jurisdicción francesa se integre con esas otras de los diferentes procesos seguidos en España para formar un todo al que se aplique ese máximo de treinta años que se estableció con relación a las acordadas por los tribunales españoles.

Esta petición fue rechazada en la instancia y nosotros ahora en casación hemos de considerar conforme a derecho lo allí resuelto, simplemente porque esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes.

No se trata de un simple obstáculo procesal, como ocurre cuando en tribunales de la misma jurisdicción nacional no se celebra un solo juicio sino varios para conocer de los diferentes delitos que podrían haber sido objeto de un solo procedimiento. Es que el hecho de haberse cometido las diferentes infracciones penales en territorios sometidos a soberanías estatales distintas cuando el enjuiciamiento se produjo en Francia y allí se ha cumplido la pena, hace que la jurisdicción española tenga que considerarse ajena a lo enjuiciado en este otro país, incluso a los efectos de acumulación de condenas que ahora nos interesa.

El estado francés ejerció su soberanía en este caso sometiendo a juicio y castigando a quien había cometido unos delitos en Francia. Es precisamente en materia de Derecho Penal donde la soberanía de los estados nacionales se muestra especialmente celosa de su ejercicio. No existe

un Derecho Penal transnacional, aunque haya normas en convenios internacionales sobre cooperación procesal y policial, concretamente en el ámbito de Europa (Eurojust, Euroorden y entrega temporal, como bien cita el escrito de recurso). Y aunque haya proyectos de unificación para determinados delitos, esto no impide ni limita el ejercicio de las propias jurisdicciones nacionales respecto de los cometidos en el propio territorio, como una manifestación, repetimos, del principio de soberanía nacional de cada estado. Principio que ahora tenemos que aplicar nosotros en España para excluir eficacia a la condena francesa, al no existir ningún acuerdo internacional ni norma interna que nos obligue a otra cosa.

Caso distinto es el examinado en nuestra anterior sentencia de 27.6.2000 que contempla un supuesto en el que sí había un convenio entre Tailandia y España en virtud del cual se entregó a un súbdito español que había delinquido en aquel país para cumplir aquí la pena allí impuesta. Por virtud de un acuerdo internacional hubo una voluntaria limitación de los derechos de soberanía de aquel país extranjero en favor de la soberanía de España, que se consideró razón suficiente para integrar la condena penal extranjera en una refundición de penas junto con las condenas españolas. En el caso presente los poderes del estado español quedaron totalmente ajenos a la mencionada condena en Francia».

En tercer lugar, la STS 926/2005, de 30 de junio, aborda el siguiente supuesto: el órgano a quo deniega la acumulación, en una sola, de la condena privativa de libertad impuesta al penado en sentencia dictada por la jurisdicción española con la impuesta por un tribunal de Tailandia, que dio lugar a un expediente de cumplimiento de condena ante la Audiencia Nacional. La resolución de esta Sala, estima el recurso «[a]ntendiendo a que todos los hechos ocurrieron en 1997 y a que la primera sentencia no fue dictada sino años después, debe afirmarse que, además de existir conexión temporal, no se puede entender aplicable la restricción a la que nos venimos refiriendo. Conviniendo hacer referencia a que, con arreglo al art. 23.4 f. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluso el hecho cometido en Tailandia pudo

haber sido enjuiciado en España». Por lo que revoca la resolución que denegó la acumulación de las condenas.

Pero, ya por tratarse de ejecutoria española, obviamente, ya por remisión del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Tailandia, sobre *cooperación en materia de ejecución de sentencias penales*, hecho en Bangkok el 7 de diciembre de 1983, ambas condenas se ejecutaban en nuestro Estado, con atribución jurisdiccional de origen, al tratarse de sentencia española o por remisión expresa de la ejecutoria extranjera de conformidad a la normativa convencional.

Posteriormente, la STS 368/2013, de 17 de abril, trata de una acumulación de condenas, en la que se incluye una impuesta por un Tribunal extranjero. En tal sentido, indica:

«Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la ejecutoria núm. 21/2007 proceda de una sentencia dictada por el Tribunal de Corts del Principado de Andorra, que condenó al ahora recurrente como autor de un delito de agresión sexual. Como con acierto expone el Fiscal en su informe ante esta Sala, apoyando expresamente el recurso, ningún obstáculo existe para que, concurriendo semejante circunstancia, dicha ejecutoria no haya de entrar en el objeto de la acumulación, pues opera sobre ella el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el 21/03/1983, que España ratificó mediante Instrumento de 18/02/1985 y publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 138, de 10/06/1985, al igual que lo ratificó Andorra con fecha 04/11/1999. A su tenor, en aras de facilitar la cooperación y colaboración de los Estados firmantes, se autoriza el traslado desde el Estado de condena al Estado de cumplimiento de aquel penado que sea nacional del segundo, siempre que la sentencia dictada en el primero sea firme y concurren los demás presupuestos del art. 1. Se seguirán a partir del traslado las reglas de ejecución imperantes en el Estado de cumplimiento (art. 9.3). Plenamente operativo, pues, el Convenio, nada impide que la Audiencia Nacional haya asumido su competencia sobre la

ejecución, ex art. 65.2 LOPJ, lo que tampoco se cuestiona en ningún momento por el recurrente. Nada impide tampoco que le sean de aplicación las reglas del arts. 76 CP que hemos de examinar».

Es decir, la atribución jurisdiccional para ejecutar esa sentencia en España provenía de otro Convenio, en este caso del Consejo de Europa. Como se observa, todas las resoluciones indicadas que permiten la acumulación, tienen en común que se trata de una acumulación de condenas en la que concurren condenas impuestas en España con condenas impuestas en el extranjero; en virtud de una norma convencional que así lo permite. Es el caso de las SSTS 1129/2000, 926/2005 y 368/2013.

Mientras que, cuando esas condenas impuestas en el extranjero ya han sido cumplidas en el extranjero, la acumulación se deniega; es el caso de la STS 2117/2002, en relación con una ejecutoria francesa.

El caso de la STS 186/2014, de 13 de marzo, también contempla una ejecutoria francesa ya cumplida, pero en la misma se admite la posibilidad de acumulación, siendo el hecho diferencial entre ambas la publicación entre tanto de la Decisión marco 675/2008/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, *relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*.

3. La Decisión afirma en su primer considerando la necesidad de poder tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados Miembros para desarrollar un espacio de libertad, seguridad justicia, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal.

Pero delimita el ámbito de estos efectos, de modo que la propia Decisión precisa que no aborda:

- ni la cuestión del *non bis in idem*,
- ni la ejecución de una condena en otro Estado Miembro diverso del que pronuncia la pena,
- ni la armonización de los efectos atribuidos a las condenas anteriores en cada Estado Miembro;
- ni conlleva influencia en la ejecución de condenas previas.

Es decir, en esta ocasión la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, simplemente supone reconocer a las condenas pronunciadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea, el mismo valor y asignarle los mismos efectos que una condena nacional anterior. En definitiva impone un «principio de asimilación» o equivalencia de la condena de otro Estado Miembro a la condena nacional, dejando a las legislaciones nacionales que obtengan las consecuencias de este principio.

En definitiva, tiene como objeto declarado, en su artículo 1, establecer las condiciones en que los Estados miembros considerarán, con motivo de un nuevo proceso penal las condenas pronunciadas en otro Estado Miembro por hechos diferentes. El enunciado principal de equivalencia, se contiene en el art. 3.1: *«Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes (...) en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional».*

Y se especifica que tal ponderación debe aplicarse *«en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución»* (art. 3.2).

Pero a su vez, impide que la Decisión influya o interfiera en las condenas anteriores (o en la ejecución), de los otros Estados Miembros (art. 3.3); ni que interfiera en las condenas anteriores pronunciadas por el Estado Miembro donde se desarrolla el nuevo proceso (art. 3.4).

A la vez que excluye la obligatoriedad de la consideración de la condena de otro Estado Miembro, cuando el efecto sea el de la acumulación

de condenas, en los términos expresados en el artículo 3.5:

«Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso».

4. En este intervalo temporal, cuando la Decisión marco, publicada en el DOUE desde el 15 de agosto de 2008, con mandato expreso de su incorporación al ordenamiento nacional en dos años, pero transcurría el año 2014 sin haberse implementado, fue dictada nuestra Sentencia 186/2014, de 13 de marzo.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tras la doctrina *Pupino*, obligaba a la denominada «interpretación conforme» de nuestro ordenamiento para lograr la finalidad prevista en la norma comunitaria, incluso *praeter legem*; en este caso, la consecución de la asimilación de las condenas de otros Estados Miembros a las condenas nacionales, cuando tuvieran eficacia en un nuevo proceso.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/03, caso *Pupino*), decía, en síntesis, lo siguiente:

a) El carácter vinculante de las decisiones marco, formulado en términos idénticos a los del artículo 249 CE, párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional (apartado 34 de la Sentencia).

b) Ha de reconocerse a los particulares el derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (apartado 38 de la Sentencia).

c) El principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco, por lo que al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo

está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b) (apartado 43 de la Sentencia).

d) Sin embargo, la obligación del juez nacional tiene límites, que son:

d.1) Los límites impuestos por los principios generales del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad (apartado 44 de la Sentencia). Dichos principios se oponen, concretamente, a que la referida obligación pueda tener por efecto determinar o agravar, basándose en la Decisión marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (apartado 45 de la Sentencia).

d.2) La obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una Decisión marco en la interpretación de las correspondientes normas de su Derecho nacional cesa cuando éste no puede ser objeto de una aplicación que lleve a un resultado compatible con el que pretende alcanzar dicha Decisión marco. En otros términos, el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la Decisión marco (apartado 47 de la Sentencia).

En consecuencia, corresponde al juez nacional verificar si, en el asunto concreto, es posible una interpretación conforme de su Derecho nacional (apartado 48 de la Sentencia).

Por ello, la sentencia del Tribunal de Justicia concluye, contestando a la cuestión prejudicial planteada, que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco.

Estas consideraciones no sólo se predicán de las Decisiones marco, sino también de las Directivas.

En efecto, el principio de «interpretación conforme» se formuló por el Tribunal de Justicia en relación con las Directivas, ya en la Sentencia de 10 de abril de 1984 (asunto 14/83, caso Von Colson y Kamann). Como aplicación más reciente, contamos con la Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/04, caso Adeneler y otros), en la que se indica que la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una Directiva, cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional, tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (apartado 110); que esta obligación general nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha directiva (apartado 115); y que durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de la misma deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta (apartado 121).

TERCERO.- Respecto a la Decisión marco 2008/675/JAI, a expensas de la ulterior concreción en la incorporación que finalmente fuera objeto de aprobación, sus consecuencias resultaban potencialmente ponderables en nuestro ordenamiento, no sólo para delimitar el problema de la eficacia de las condenas a efectos de acumulación, sino en otros fenómenos jurídicos, como:

a) Posibilitar la situación de prisión provisional, en delitos sancionados con penas privativas de libertad inferiores a dos años (cifr. 503.1.1 LECrim).

b) Determinar la calidad y cantidad de la fianza mediante la que eludir la situación de prisión provisional (art. 531 LECrim).

c) Aplicar la agravante de reincidencia, si el anterior delito fuera de igual naturaleza y así se declarara positivamente la equivalencia de su ubicación normativa (artículo 22.8º). Se trata de la reincidencia internacional específicamente contemplada en el Código Penal español en los siguientes supuestos: art. 190, delitos de prostitución y corrupción de menores; art. 375, de-

litos de tráfico de drogas; art. 388, falsificación de moneda; y art. 580, delitos de terrorismo. En todos estos casos, cualquier país del mundo que mantenga relaciones diplomáticas con España que acrediten las circunstancias de una condena sobre los delitos enumerados opera en nuestro país como reincidencia, si no se hubiera el penado rehabilitado.

d) Individualizar judicialmente la pena, al integrar un elemento relevante de su personalidad (artículo 66.6ª CP).

e) Denegar la aplicación de la suspensión de la ejecución de condena (artículo 81.1ª CP).

f) Valorar la concesión de la suspensión de la ejecución de condena cuando hubiere delinquido por razón de su adicción (artículo 87.2 CP).

g) Limitar la aplicación de la sustitución de la pena, si la condena anterior determina la habitualidad (artículo 88 CP en relación con el art. 94).

h) Cuantificar el límite de cumplimiento efectivo de pena, para no traspasar el triplo de la mayor condena o el total de 20, 25, 30 ó 40 años, que fijan los diversos supuestos del artículo 76 CP

i) Determinar el plazo para cancelar los antecedentes penales (art. 136.2.2ª).

j) Cómputo de una condena ya cumplida en un país extranjero, en que sobre la base del principio de doble tipicidad, se acredita la comisión de unos mismos hechos punibles en ambos Estados. El principio de «non bis in idem» o de «cosa juzgada» permitirían tener en cuenta dicha condena para dejar de aplicar el Código Penal español o reducir la impuesta en la parte cumplida en el extranjero.

Debe considerarse como favorable al reo, sin las férreas restricciones para su ponderación, derivada de la legalidad de las penas, la que determinaba el límite de cumplimiento efectivo de la pena; que si bien en la Decisión resultaba excepcionalada en los términos del artículo 3.5, tal naturaleza excepcional determinaba su interpretación restrictiva en cuanto contraria a la consecución efectiva del espacio de libertad, seguridad y justicia proclamado. De ahí, que nuestra sentencia 186/2014, de 13 de marzo, entendiera lógicamente viable la acumulación.

Tanto más cuando el Proyecto de Ley que tras su tramitación parlamentaria, se concretaría (ya con otro texto) en la Ley Orgánica 7/2014, aprobado el día 8 de febrero de 2013, en el correspondiente Consejo de Ministros, incluía la ponderación de la condena extranjera para determinar la pena o límite máximo de cumplimiento:

«La regulación del título II de esta ley supone la consagración del principio de eficacia general o equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea mediante su toma en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos. Ello significa que, al igual que ocurre con las condenas anteriores pronunciadas en España, las que se dicten en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta tanto durante el proceso, como en la fase previa al mismo y en la de ejecución de la condena. En este sentido, esas condenas dictadas con anterioridad en otros Estados miembros habrán de ser tenidas en cuenta, entre otros casos posibles, para acordar una prisión provisional o la cantidad y calidad de la fianza a prestar para eludirla, para determinar la pena o el límite máximo de cumplimiento, para denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado, para decretar la suspensión de la pena privativa de libertad si el reo hubiera delinquido por su adicción a sustancias estupefacientes o para ponderar la condición de reo habitual a los fines de la sustitución de la pena privativa de libertad».

El cambio de contenido por el legislador, obedeció a una tardía enmienda, ya en el Senado (por cierto, aprobada sin votos en contra y con un escaso número de abstenciones —que no sobrepasan la media docena en ninguna de las dos Cámaras—), de forma que, además de privar a los órganos consultivos de informar específicamente sobre este cambio, determina por contra, que las invocaciones del recurrente al Consejo de Estado, en cuanto referidas a un texto tan dispar, no resultan ilustrativas para la resolución específica de este procedimiento.

CUARTO.- El recurrente entiende, a partir de estos antecedentes, que la integración de la Decisión marco 675/2008 en el ordenamiento espa-

ñol, a través de la interpretación del artículo 76 del CP efectuada por la STS 186/2014, debería tener efecto retroactivo, como si se tratara de una norma interna, abriendo la vía a la revisión de una resolución judicial firme en ejecución de pena, al ser más favorable al penado, al ser la legalmente obligada conforme al tenor del artículo 76 del CP y por razones de justicia material.

1. Sin embargo, como indicábamos anteriormente, el panorama normativo ha experimentado una relevante modificación después de dictada la STS 186/2014, de 13 de marzo. Como esta resolución indica, en ese momento operábamos en ausencia de normas internas que «*regulen expresamente la materia de una forma terminante*», lo que conllevaba una interpretación de las normas vigentes (la sentencia cita en su texto los arts. 988 LECRIM y 76 CP) de la manera más conforme posible con la Decisión marco. Pero en el momento actual ya contamos con legislación nacional que regula expresamente la materia, como es la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. Esta norma fue publicada en el B.O.E. de 13 de noviembre de 2014 y entró en vigor a los veinte días de su publicación (Disposición final cuarta).

Mediante esta Ley Orgánica se incorporan al Derecho español (Disposición final tercera) la Decisión marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal; y la Decisión marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.

Su objeto es (art. 1) regular el régimen aplicable al intercambio de información sobre antecedentes penales de las personas físicas entre el Registro Central de Penados y las autoridades responsables de los registros nacionales de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea y la consideración en los procesos penales tramitados en España de resoluciones condenatorias definiti-

vas y firmes dictadas por un órgano jurisdiccional penal por la comisión de un delito con anterioridad contra las mismas personas físicas en otros países Estados miembros de la Unión Europea.

La consideración de resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea se regula en el Título II de la Ley, compuesto del artículo 14 (efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias anteriores sobre el nuevo proceso penal) y artículo 15 (solicitud de antecedentes penales de otros Estados para su consideración en un nuevo proceso penal). Es destacable el contenido del artículo 14, que indica:

«1. Las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que se hubieran impuesto por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión.

b) Que se haya obtenido información suficiente sobre dichas condenas a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión:

a) Sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los Jueces o Tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas.

b) Sobre las sentencias de condena que se impongán en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.

c) Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas

entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b).

3. *Los antecedentes penales que consten en el Registro Central se tendrán por cancelados, aunque procedan de condenas dictadas en otros Estados, a efectos de su toma en consideración en España por los Jueces y Tribunales de acuerdo con el Derecho español, a menos que antes se comunique su cancelación por el Estado de condena».*

Según el Preámbulo de la norma se consagra el principio de equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea, mediante su toma en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos; teniendo en cuenta que el reconocimiento de efectos alcanza cualquier fase del procedimiento penal (investigación, imposición de pena y ejecución). Pero, junto a este principio general, con el propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión marco, los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en consideración (art. 14.2).

A ello se añade lo dispuesto —de manera taxativa— en la Disposición adicional única:

«En ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010».

Es decir, la norma interna no reconoce efectos a todas las condenas en el extranjero de manera ilimitada, sin atender a criterios objetivos ni temporales. Sino que, al contrario, limita los supuestos de condenas en el extranjero con efectos en España de dos maneras: atendiendo a criterios objetivos (art. 14.2) así como a un criterio temporal imperativo, referido a las condenas anteriores al 15 de agosto de 2010.

En consecuencia, ya no operamos en un marco en el que existe una norma de la Unión (Decisión marco 2008/675/JAI), pero con ausencia de normas internas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, que es el caso de la STS 186/2014, de 13 de marzo. Sino que,

partiendo del hecho de la existencia de la norma comunitaria, ya contamos con:

i) norma interna que la incorpora, que es Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre;

ii) que regula expresamente la materia, como se deriva de sus artículos 1, 14 y 15 y Disposición adicional única;

y iii) de una forma terminante, sobre todo en lo referente a los casos en que las condenas en el extranjero no tendrán efectos (art. 14.2) y al establecer un límite temporal a partir del cual se reconocen efectos a las condenas en el extranjero: 15 de agosto de 2010.

2. La pretensión del recurrente de que se aplique la Decisión marco 675/2008 en el ordenamiento español, a través de la interpretación del artículo 76 del CP efectuada por la STS 186/2014, con efecto retroactivo, como si se tratara de una norma interna, debe ser rechazada.

En ningún momento la Decisión marco ha integrado el ordenamiento español; no supone una norma intertemporal, no cabe hablar de una sucesión temporal de leyes. El propio Tratado europeo, en su redacción de Amsterdam, establecía expresamente que no tenía efecto directo. Integraba un mero criterio interpretativo, aunque efectivamente cualificado, que posibilitaba como hemos descrito una interpretación *praeter legem*, pero nunca *contra legem*. Criterio interpretativo, que por su propia naturaleza debe ser ponderado en el momento de dictar cada resolución. Así como, cuando se acude ocasionalmente a un criterio interpretativo comparado, no significa en modo alguno que se esté aplicando Derecho extranjero.

Ante la Decisión no incorporada, la STS 186/2014, de 13 de marzo, dio cumplimiento a este principio de la interpretación conforme de la normativa interna a la luz del objeto, finalidad y disposiciones de la Decisión marco, en aras de lograr el principio de equivalencia no excepcionado. Ahora bien, como indicamos, esta interpretación ya no puede ser mantenida ante la modificación legislativa operada con posterioridad, lo que impide mantener la interpretación del citado precedente. Sin perjuicio de que la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, es una

norma que se proyecta al futuro, aporta un nuevo ingrediente a la interpretación que deben hacer los tribunales. Ello porque de seguirse en el momento presente la interpretación que dio la STS 186/2014, de 13 de marzo a los arts. 988 LECRIM y 76 CP de la manera más conforme posible con la Decisión marco, nos encontraríamos con un supuesto de interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Ello por cuanto la interpretación de la STS 186/2014 supone reconocer la acumulación en supuestos excluidos ahora expresamente por el art. 14 de la Ley Orgánica. Por lo tanto, el principio de *interpretación conforme* no puede operar en el mismo escenario que el existente en el momento de dictarse la resolución citada.

Una de las reglas que rigen en este ámbito es que corresponde al juez nacional verificar si, en el asunto concreto, es posible una interpretación conforme de su Derecho nacional, teniendo en cuenta tal Derecho en su conjunto.

Si consideramos que el resultado perseguido por la Decisión marco es obtener una equivalencia absoluta e ilimitada entre las sentencias nacionales y las extranjeras, no es posible una interpretación conforme, porque la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, establece excepciones al reconocimiento de efectos, que de manera facultativa la propia Decisión permitía incorporar.

3. Excepciones decimos, que se contienen en la propia Decisión marco; cuyo alcance explicitamos, en tanto que acogidas en la Ley Orgánica 7/2014, cuya mera existencia determina el criterio hermenéutico que imposibilita ahora la interpretación conforme de la Decisión. Lo que obliga, cuando menos, a precisar la viabilidad de la exclusión de la ponderación de la sentencia de otro Estado Miembro cuando el efecto pretendido sea la acumulación en los términos referidos. Así, en la Decisión marco, además de la carencia de efectos sobre la ejecución de la condena anterior del otro Estado Miembro, prevista en el artículo 3.3 y la inaplicación cuando conlleve interferencias en las condenas o en la ejecución de condenas anteriores del Estado donde se desarrolle el nuevo proceso, previstas en el artículo 3.4, resulta relevante para la resolución de este

supuesto, la excepción contenida en el artículo 3.5:

a) *Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo,*

b) *los apartados 1 y 2 (donde se establece el principio de equivalencia) no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones,*

c) *si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso*

En todo caso, los términos en los que está redactado el precepto de la Decisión, incluso acudiendo a las distintas redacciones en las diversas lenguas oficiales de la Unión, participan de un cierto carácter genérico, que ha permitido a los distintos Estados llevar a cabo una incorporación singularizada, mediante una adaptación a los distintos sistemas que existen en la Unión en materia de ejecución de penas, con los institutos propios (y diversos entre sí) de cada ordenamiento. En autos, la proyección de esta excepción acogida por la legislación interna española, artículo 14.2.b) y c.), al margen de la concreta redacción de su incorporación, sería: a) el nuevo proceso que se celebra en España, donde recae sentencia de 17 de octubre de 2003 que condena al recurrente a diez años de privación de libertad, deriva de hechos correspondientes a 1980, anteriores por tanto a los que motivan la condena en Francia, de fecha 26 de mayo de 1997, ejecutada allí, antes de su extradición a España; c) de modo que su ponderación conllevaría que el tiempo máximo de cumplimiento en España, por las condenas impuestas en España, pasaran de treinta a veinte años; b) luego no es exigible la aplicación del principio de equivalencia, ni por tanto el contenido de los artículos 76 LEC y 988 LECRIM.

No solo el tenor literal del precepto, aboga por esta obvia conclusión. De igual modo, el proceso de formación de este instrumento normativo resulta clarificador. La inicial Propuesta de la Comisión [COM(2005)91] de 17 de marzo de 2005, entendía la proyección del principio de equivalencia, también para el efecto de absorciones y

acumulaciones de condenas y así lo explicitaba al glosar el artículo 3:

«La existencia de condenas penales anteriores puede surtir efectos en las distintas fases de un nuevo proceso penal:

- durante la fase previa al proceso penal, la existencia de condenas anteriores puede influir, por ejemplo, en las normas de procedimiento aplicables, en la calificación penal de los hechos o en las resoluciones relativas a la detención provisional;

- durante el propio proceso, la existencia de condenas anteriores puede tener consecuencias, por ejemplo, en el tipo de órgano jurisdiccional competente y, con más frecuencia, en la naturaleza y la cuantía de la pena (por ejemplo, exclusión de la remisión condicional o recurso restrictivo a la misma, aumento de la cuantía de la pena impuesta, acumulación o absorción respecto de una pena anterior);

- si se pronuncia una nueva condena, la existencia de condenas anteriores puede tener consecuencias a la hora de determinar las normas que regirán las condiciones de ejecución (por ejemplo, acumulación o absorción respecto de una pena anterior, posibilidad de obtener substitutivos penales o la puesta en libertad anticipada»).

Tal previsión se contenía en fase del propio proceso y no de ejecución, pues en la determinación de la pena en el caso de varios delitos que, por la fecha, pudieron ser enjuiciados conjuntamente, el criterio mayoritario en Derecho comparado europeo, no es el de acumulación jurídica que nosotros seguimos, sino el de absorción o de exasperación, de modo que con frecuencia al dictar la nueva sentencia se determina la pena a cumplir ponderando las condenas anteriores; siendo el incidente de ejecución de sentencia a estos efectos, conocido como a veces como «concurso de ejecución» o «concurso posterior», subsidiario a su omisión en sentencia.

Pero pronto, diversos Estados Miembros, pese a los deseos de la Comisión objetaron que la Decisión conllevara como consecuencia la obligación de la acumulación de condenas (documento del Consejo núm. 11663/06 COPEN 79, de 18 de julio de 2006), lo que motivó la agregación

de dos párrafos más a los iniciales 3.1 y 3.2; al tiempo que la ejemplificación de la absorción y acumulación entre los efectos de la asimilación, desaparecía.

La redacción resultante, aún no era asumible para diversos Estados, ante la preocupación por el hecho de que la valoración de condenas dictadas por otros Estados miembros pudiera limitar, en algunos supuestos, las facultades del Juez nacional para individualizar su propia condena. La ejemplificación parte de la delegación holandesa pues con arreglo a la legislación de ese país, al calcular la pena que puede imponerse en un nuevo proceso, en determinadas circunstancias, se deduce de ella la pena impuesta en una condena anterior. Si, por ejemplo, en el Estado miembro A se ha impuesto un pena de 5 años y Holanda impusiera en un caso posterior, como punto de partida, 5 años, la plena aplicación del principio de equivalencia del artículo 3.1 de la Decisión marco, supondría que, en el nuevo proceso, no se podría imponer ninguna pena. Como consecuencia de esta preocupación y ante el fracaso de la solución de compromiso de la Comisión, se introduce el apartado 5 del artículo 3 de la Decisión que, en consecuencia, responde a la necesidad de limitar los efectos que la valoración de una condena impuesta por otro Estado miembro puede tener en la determinación de la pena por el juez de otro Estado. De ahí su contenido, según el cual, si el delito por el que se sigue el proceso en un Estado miembro fue cometido antes de que la condena dictada en otro Estado miembro fuera impuesta o ejecutada, los números 1 y 2 del artículo 3 no implicarán que los Estados tengan la obligación de valorar esta última condena, la del otro Estado de la Unión, como si hubiera sido impuesta por un juez nacional (vd. documento del Consejo núm. 1301/06, COPEN 100, de 26 de septiembre).

Ante la posibilidad de que la aplicación de la Decisión marco conllevara para el condenado extranjero mayor pena que si la anterior condena hubiera sido pronunciada en el Estado del nuevo proceso, o por razón de la severidad de la condena anterior, la aplicación de la equivalencia

resultara desproporcionada, el considerando 8 establece

(8) *Es conveniente evitar, en la medida de lo posible, que el hecho de que, con motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro, se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional.*

Y de manera concatenada, ante la inexigibilidad de ponderar la sentencia del otro Estado miembro a efectos de su acumulación, establece como remedio en el considerando 9, que al menos se admitiera la posibilidad de acumulación en estas ocasiones:

(9) *El artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, de tal manera que si el órgano jurisdiccional nacional en que se desarrolla el nuevo proceso penal, al tener en cuenta una sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que la imposición de un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional podría tener una dureza desproporcionada para el delincuente, atendiendo a sus circunstancias, y si la finalidad de la sanción se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales.*

Si bien, como mera desiderata en la parte expositiva, que no en la dispositiva, de modo que en el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de los Estados miembros de la Decisión marco, de 2 de junio de 2014 [COM(2014) 312 final], pese al juicio satisfactorio sobre la trasposición realizada por 13 Estados, resulta que de ninguno de los Estados se concreta la proyección de la acumulación sobre las condenas de otro Estado miembro:

«En algunos Estados miembros, se tienen en cuenta las condenas anteriores durante la ejecución de la sentencia (DE, HR, NL y SE). Por ejemplo, es posible que las condenas anteriores se tengan en cuenta para la decisión sobre la liber-

tad condicional (DE, SE) o la libertad anticipada condicional (DE), o cuando se revoca la suspensión de la pena o medida privativa de libertad (AT, DE). En algunos países, los tribunales también deben tener en cuenta las condenas anteriores a la hora de decidir si una persona condenada debe ingresar en un módulo de alta seguridad (SE) o un centro de reincidentes notorios (NL). A menudo se afirma que los tribunales revocan la suspensión de la pena o medida privativa de libertad si un individuo comete una infracción durante el período operativo (DE, SE). SE también tiene en cuenta las condenas anteriores en la decisión de conmutar una condena a cadena perpetua por un período fijo de privación de libertad».

Y además, explícita la Comisión, que ni siquiera se implementa medida alguna tendente a evitar un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional; es decir, que ni siquiera se introduce la posibilidad de acumulación o absorción de penas para evitar estos efectos indeseados.

De hecho, ante la inexigibilidad de acumular condenas pronunciadas por otro Estado miembro, el propio Tribunal Supremo holandés, en su sentencia ECLI: NL: HR: 2013: BX9407, de 19 de febrero de 2013, no acumuló una condena de otro Estado miembro, en atención al contenido del artículo 3.5 de la Decisión. Bien es cierto, que dicha facultad de excluir la acumulación, aparece residenciada en los órganos jurisdiccionales, aunque la Decisión marco, en contra de lo que sucede en otros instrumentos de igual signo (p.e., la Decisión marco sobre la orden de detención y entrega europea), alude en su artículo 3.5 a los «Estados».

4. Ahora, en estas condiciones, el principio de interpretación conforme, para alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión marco, no puede impedir que se puedan tener en cuenta las excepciones que la Decisión facultativamente posibilita, una vez que se han concretado en la adaptación normativa interna. Ni cabe interpretación conforme que sea contraria al ordenamiento interno. Interpretación que determina que sea ponderada en el momento de dictar cada resolución.

Consecuentemente, corresponde examinar si la normativa interna, sin la interpretación que propiciaba la Decisión marco en este extremo, posibilita la acumulación interesada. Esta normativa, antes de la LO 7/2014 viene dada por los arts. 76 CP y 988 LECRIM. En tal sentido, el art. 70 CP hablaba exclusivamente de penas que se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo (el art. 76 CP 1995 incorporó esa misma redacción). Como complemento procesal de tal norma el art. 988 LECrim regula en consonancia el trámite: la competencia se atribuye al Juez que haya dictado la última de las sentencias y para establecer el listado de condenas se ha de acudir al Registro Central de Penados y Rebledes (el nacional, obviamente). Se habla así pues de la conexión de los hechos y de la posibilidad de haber sido enjuiciados en un solo proceso.

La fórmula dista de ser diáfana, lo que ha determinado una evolución en su aplicación e interpretación muy significativa. Con el mismo texto se han sucedido diversas opciones exegéticas. Sintéticamente se ha pasado de una muy estricta (vinculada al art. 17 LECrim) a otra más flexible (que pone el acento en el criterio cronológico), pasando por otra tercera muy amplia que llegaba incluso a prescindir de esa referencia temporal. Al mismo tiempo, sobre otros puntos secundarios, pero igualmente relevantes, se han sucedido diversas posiciones jurisprudenciales, como si hay que atender para el criterio temporal a la fecha de la sentencia o a la de su firmeza o si la extinción de una condena impedía su ulterior acumulación a otras cuya ejecución se iniciaba con posterioridad (habiendo prevalecido finalmente la opción afirmativa).

La expresión relativa a que pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso por su conexión permite múltiples interpretaciones. En abstracto, si prescindimos de sus circunstancias concretas de lugar y tiempo, de sus coordenadas espacio-temporales y materiales, todos los delitos atribuidos a una misma persona hipotéticamente podrían enjuiciarse en un solo proceso. Pero esa no puede ser la interpretación del art. 70 CP—o actual art. 76 CP— pues es evidente que se quiere

establecer una limitación. En el extremo opuesto estaría una interpretación a tenor de la cual si los hechos no se han enjuiciado en un solo proceso es por razones de imposibilidad (distinta competencia territorial, diferencias de trámites procesales, etc.). Entre ambos extremos existe toda una gama posible de concepciones en las que anclar esa posibilidad de enjuiciamiento conjunto.

Al aplicar los arts. 76 CP (o 70 CP de 1973) y 988 LECRIM, esta Sala ha entendido reiteradamente que es preciso que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento mismo de su comisión, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí. Lo relevante es que todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso. Pero esta exigencia de enjuiciamiento conjunto, que se observa desde una perspectiva puramente temporal, engloba una *prius* lógico jurisdiccional: que todas las condenas se ejecuten por los tribunales españoles. Si no opera la jurisdicción española, no hay posibilidad de enjuiciamiento conjunto de los hechos. En palabras de la STS 2117/2002, de 18 diciembre, los distintos hechos no pueden ser objeto del mismo proceso si ocurren en territorios nacionales distintos, están sometidos a la soberanía de diferentes estados y, por tanto, son enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes. Esta interpretación de los preceptos relacionados con la acumulación es conforme con la Decisión marco, porque es coherente con las excepciones que se recogen en su art. 3, y no da lugar a resultados contra legem en relación con la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre.

En este contexto podemos proponer diversas interpretaciones. La primera es que la LO 7/2014 modifica tácitamente el art. 76 CP: excluye de su ámbito las sentencias procedentes de otros países europeos que no serán acumulables nunca y en los demás supuestos subsistiría lo que se considera por el recurrente la exégesis correcta del art. 76 (acumulabilidad de las sentencias procedentes de otros países no pertenecientes a la Unión Europea). La segunda es que la LO 7/2014 no modifica el art. 76, sino que parte de que tal precepto solo contempla las sentencias dictadas por Tribunales Españoles. Estamos ante una ley

que parte de un presupuesto: el art. 76 CP no contempla las sentencias extranjeras. Si fuese otro el punto de partida llegaríamos a una conclusión absurda: la ley por la que se traspone la Decisión Marco lo que hace es suprimir la equivalencia de las sentencias foráneas, a los efectos del art. 76, solo cuando son sentencias de Estados Miembros de la Unión Europea, pues si son de otros países, respecto al art. 76, se mantendría la supuesta interpretación previa.

En este sentido adquiere interés resaltar que no es lo mismo la ejecución en España de una pena impuesta por un tribunal extranjero, que la toma en consideración de una condena dictada por un país extranjero y ya ejecutada. Nótese que en ese segundo caso el enjuiciamiento en España por hechos cometidos en España de quien ha cumplido ya en otro país una pena que alcanza los límites del art. 76 CP (o 70 CP 1973) se convertiría en baldío, porque no podría cumplir ningún período más de privación de libertad.

En definitiva, con la interpretación que ahora se mantiene el principio de interpretación conforme no da lugar a resultados incoherentes, porque la interpretación del Derecho en su conjunto arriba al principio de equivalencia con excepciones, autorizadas por la propia Decisión y ahora incorporadas a nuestro ordenamiento interno.

Evidentemente, esta solución interpretativa es distinta a la que resulta de la STS 186/2014, de 13 de marzo. En ella se aceptaba la acumulación pues la interpretación conforme al resultado expresamente pretendido, la ponderación equivalente de sentencias nacionales y de otros Estados Miembros de la Unión Europea, determinaba la mayor restricción posible de las excepciones previstas con implementación facultativa. Pero ahora, una vez que el legislador ha optado por activar las excepciones que le permite el art. 3 de la Decisión marco, esa conclusión interpretativa ya no cabe, pues resulta *contra legem*. El cambio en la interpretación jurisprudencial puede operar siempre que sea razonable y razonado y en este caso hay una razón de peso: se basaba en una Decisión marco no incorporada, como referente interpretativo (que no normativo), pero aquella

interpretación ya ha perdido su soporte y contradice la voluntad del legislador.

De modo que sin tener atribuida la jurisdicción para ejecutar la sentencia francesa, ni poder ponderarla a efectos de acumulación, dada la interpretación proscrita *contra legem* de la Decisión marco que, además al contrario que otros instrumentos, esta Decisión marco, conforme explicita su expositivo sexto, no tiene por objeto la ejecución en un Estado miembro de las decisiones judiciales tomadas en otro Estado miembro, no resulta posible estimar el recurso; pues tampoco el artículo 56 del Convenio Europeo de Validez Internacional de Sentencias Penales, del Consejo de Europa, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, invocado por el recurrente, lo posibilita.

Es cierto que el referido artículo 56 establece:

«Todo Estado Contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir a sus tribunales, al dictar una sentencia, tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada anteriormente con audiencia del acusado por razón de otra infracción con el fin de dotar a esta sentencia de todos o parte de los efectos que su ley prevea para las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia.»

Así como España lo ha ratificado (BOE núm. 8, de 30 de marzo de 1996), no es el caso de Francia, que no lo ha firmado. Y por otra parte, como refiere el propio Informe Explicativo, además de no resultar obligatorio, la concreta determinación de estos efectos, resta al criterio de interposición legislativa nacional (inexistente con anterioridad a la Ley Orgánica 7/2014), donde no se requiere que la ponderación de la condena del otro Estado europeo sea íntegra, sino que se permite a cada Estado determinar qué efectos desea ponderar; y si exclusivamente, refiere el Informe a modo de ejemplo, sólo se pondera la condena de otro Estado europeo para determinar en su caso la reincidencia, sería suficiente.

5. Ante la modificación de la interpretación jurisprudencial, debemos plantearnos si se ha frustrado una expectativa del condenado —porque no se le reconozca la posibilidad de acumulación—, en los términos en los que se planteó y resolvió

la cuestión en un supuesto en el que se podrían ver similitudes con el presente. Nos referimos a la Sentencia TEDH (Sección 3ª), de 10 de julio de 2012, asunto Del Río Prada contra España. En esta resolución, se señalaba que al definir el concepto de «pena» impuesta, había que determinar si el texto de la ley, combinado con la jurisprudencia interpretativa que la acompaña, reunía las condiciones cualitativas de accesibilidad y previsibilidad, teniendo en cuenta el Derecho interno en su conjunto y la forma en que se aplicaba en ese momento (apartado 51).

Tras ese examen, el TEDH entendía (apartado 53) que la jurisprudencia y la práctica interpretativa sobre las disposiciones pertinentes del Código Penal de 1973, daban lugar a que: i) cuando una persona había sido condenada a varias penas de prisión, las autoridades penitenciarias, con la conformidad de las autoridades judiciales, consideraban como fórmula de aplicación general que el límite establecido en el artículo 70.2 CP de 1973 (treinta años de prisión) se transformase en una especie de nueva pena autónoma, sobre la que debían aplicarse los beneficios penitenciarios; ii) las autoridades penitenciarias contemplaban, por tanto, la remisión de las penas por el trabajo sobre esta base de treinta años de prisión; y iii) esa práctica había beneficiado, en casos similares al de la demandante, a numerosas personas condenadas en virtud del Código Penal de 1973, a las cuales se habían aplicado remisiones de penas por el trabajo sobre el límite máximo de treinta años de prisión. Y obtenía tales conclusiones, pese a que reconocía la ambigüedad de las disposiciones aplicables del Código Penal de 1973 y el hecho de que la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión no se dictase hasta el año 1994 —se refería a la STS de 8 de marzo de 1994— (apartado 54).

Por ello, consideraba que sobre la base de esa práctica la demandante podía legítimamente esperar, mientras cumplía su pena de prisión, beneficiarse de las remisiones de penas por el trabajo que había efectuado, partiendo de la hipótesis de que la pena total impuesta era de 30 años (apartado 54). En consecuencia, el TEDH admitía que en el momento en el que la demandante co-

metió los delitos, así como en el que se dictó la decisión sobre la acumulación de penas, el Derecho español pertinente, globalmente considerado, incluyendo el Derecho jurisprudencial, estaba formulado con suficiente precisión para permitir a la demandante discernir, con un grado razonable de certeza en las circunstancias concurrentes, el alcance de la pena impuesta y sus modalidades de ejecución (apartado 54).

Proseguía el TEDH indicando que la STS 197/2006, de 28 de febrero, supuso que el Tribunal Supremo se apartó, por mayoría, de su precedente jurisprudencial de 1994, introduciendo un nuevo método de cálculo, que conducía a prolongar retroactivamente la pena casi nueve años que la demandante debía cumplir. Por lo que se debía dilucidar si esa interpretación de la jurisdicción interna, llevada a cabo mucho después de que la demandante hubiese cometido los delitos por los que fue condenada e incluso después de la decisión sobre acumulación de penas en su caso, era razonablemente previsible por la interesada. En tal tesitura, el TEDH (apartado 60) considera necesario examinar la cuestión relativa a si la demandante pudo, en su caso tras consultar con un jurista, prever que las jurisdicciones internas mantendrían, una vez que se procedió a la acumulación de penas por el órgano enjuiciador, semejante interpretación del alcance de la pena impuesta, habida cuenta principalmente de la práctica jurisprudencial y administrativa anterior a STS 197/2006, de 28 de febrero. La Sentencia concluye (apartado 63) que era difícil, sino imposible, para la demandante prever el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, por tanto, saber, en el momento en que cometió los hechos por los que se le condenó, así como en el que se produjo la acumulación de todas las penas, que la Audiencia Nacional haría un cálculo de las remisiones de penas sobre la base de cada una de las penas individualmente consideradas y no sobre la totalidad de las penas a cumplir, alargando así sustancialmente la duración de su privación de libertad. Por lo que apreció la violación del artículo 7 del Convenio.

En el caso que nos ocupa, las diferencias son sustanciales.

La primera es que difícilmente puede generar expectativas un instrumento jurídico (Decisión marco) que está sometida a la previa necesidad de incorporación y, en su caso, desarrollo por el legislador nacional. Ello sin perjuicio del valor, como criterio hermenéutico, que tal instrumento tiene.

En segundo lugar, sobre la materia que versa este recurso no cabe hablar de una jurisprudencia y una práctica interpretativa de los diversos operadores jurídicos, que considerasen como fórmula de aplicación general la de la acumulación sin límite de las condenas ya cumplidas en el extranjero. Prueba de ello es que esta Sala se ha pronunciado anteriormente sobre esta cuestión en dos ocasiones (SSTS 2117/2002 y 186/2014) y la solución ha sido distinta en cada supuesto.

Son pues esos dos los únicos precedentes jurisprudenciales que abordan un supuesto idéntico al presente. En este punto, no podemos obviar que la interpretación asumida por la STS 2117/2002 era la compartida y comúnmente aceptada en la práctica de nuestros Tribunales. Esa práctica extendida pacíficamente sin controversias ni debate real es lo que explica entre otras cosas este recurso en estos momentos: pese a que la acumulación se efectuó hace ya años el recurrente no protestó de ninguna forma contra aquella decisión por esta circunstancia. Es también esa interpretación extendida la que daría sentido a la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales sobre este exacto asunto —acumulación de una pena ya cumplida en el extranjero—. Es notorio que en el órgano de procedencia de este recurso la situación que ahora se analiza no es en absoluto insólita, sino muy repetida. No es por tanto tan evidente que el art. 76 CP —o anterior 70 CP— debiera ser interpretado en la forma postulada por el recurrente. No hay jurisprudencia —puede decirse— porque era una cuestión que no suscitaba controversia y por tanto no accedía a la casación.

En tercer lugar, es palmario que, en tales condiciones, no hay una práctica que haya beneficiado, en casos similares, a numerosas personas condenadas, a las que se haya reconocido con

anterioridad el derecho a la acumulación de las condenas ya cumplidas en el extranjero.

Al lado de esos dos pronunciamientos jurisprudenciales, podemos indicar que la praxis judicial era casi uniforme y homogénea en el sentido justamente contrario al que propugna el recurrente. Lo demuestra entre otras cosas las resoluciones que ha aportado en su documentación escrito presentado en el último trámite de audiencia conferido: todos son casos de condenados con penas cumplidas en Francia que, pese a los muchos años de prisión y pese a contar ya con autos de acumulación hasta fechas muy recientes, no habían reclamado la acumulación de la condena cumplida en Francia.

En cuarto lugar, en ausencia de la práctica citada, el hoy recurrente no podía legítimamente esperar, mientras cumplía su pena de prisión, que al practicarse la acumulación de condenas le fuera a ser reconocido el derecho de acumular una condena impuesta en el extranjero. Sin práctica en los términos indicados por el TEDH (causa) no cabe apreciar expectativa razonable y legítima (consecuencia).

Por tanto, el hecho de que esta resolución adopte un criterio distinto —no cabe acumulación— en relación con el del precedente más reciente de esta Sala (STS 186/2014), pero en consonancia con el inmediatamente anterior sobre el particular (STS 2117/2002), no frustra una expectativa del condenado basada en una razonable previsibilidad. Es más, esa previsibilidad razonable sobre lo que decidirán los tribunales (de la que habla la sentencia *Del Río Prada contra España*) era manifiestamente imposible que concurriera en el momento de comisión de los hechos, ya que si la condena por ellos se dictó el 26 de mayo de 1997, en tal fecha ni se cita resolución alguna de esta Sala sobre el particular ni existía la propia Decisión marco. Incluso, cuando se dictó el auto de acumulación de condenas de 13 de septiembre de 2007 (acumulación en la que ahora se solicita que se incluya la sentencia impuesta en el extranjero) no existía la Decisión marco y el único precedente jurisprudencial existente (la STS 2117/2002) era de signo contrario a la pretensión que ahora ejerce.

Por otra parte, en lo que se refiere al canon de contraste que indica el TEDH: si el recurrente pudo, en su caso tras consultar con un jurista, prever la posible interpretación sobre la pretensión que ahora ejerce, hemos de decir que no existe un criterio jurisprudencial uniforme (recordemos nuevamente las SSTs 2117/2002 y 186/2014) ni una práctica jurisprudencial ni administrativa, por lo que el margen de incertidumbre que *ex ante* se vislumbraba es incompatible con una oportunidad de discernir, con un grado razonable de certeza en las circunstancias concurrentes, el alcance de la pena impuesta.

Al momento de ejercer la pretensión no se puede hablar de una expectativa razonable sobre la decisión, sino de una hipótesis sobre cuál de las alternativas —ambas con sustento jurisprudencial— se podía adoptar. Pero especialmente, el jurista experto, sabría indicar, que la necesidad de implementar la Decisión marco, ineludible y sometida su omisión desde el 1 de diciembre de 2014 a la posibilidad de fiscalización europea por incumplimiento, sería la que determinaría el contenido del alcance de la viabilidad de la acumulación de condenas dictadas en otro Estado Miembro; el alcance que el Estado español, ante las excepciones que facultativamente posibilitaba la Decisión marco (más especialmente la prevista en el art. 3.5) decidía acoger o no. No se trata solo, como indica el TEDH, en *S.W. contra Reino Unido* que la evolución jurisprudencial fuera un paso razonablemente previsible en la Ley, sino que inexcusablemente, como obligación derivada de la pertenencia a la Unión Europea, el legislador español, debía precisar, bajo amenaza de sanción, la concreción de esa posibilidad y que además, la normativa comunitaria, permitía al Estado español, en este apartado concreto, excluir la ponderación de la condena de otro Estado miembro en el concreto particular de la acumulación de las penas.

Como en *Kafkaris c. Chipre*, en modo alguno la legislación española en su conjunto, incluida la jurisprudencia al respecto, había sido formulada con precisión suficiente para permitir entender la interpretación del recurrente como asentada e inequívoca, cuando la doctrina jurisprudencial

contenía dos ejemplos contrarios y el que posibilitaba su aplicación derivada de la fuente europea, conllevaba la existencia de un ordenamiento ontológicamente incompleto, a expensas de la necesaria implementación de la Decisión marco, con la previsión de la excepción explicitada.

QUINTO.- Dado que la existencia de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, influye a la hora de invocar como criterio interpretativo el contenido de la Decisión marco 2008/675/JAI, conviene analizar si resulta necesario, para la estricta resolución del caso, la disipación de alguna duda por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de la correspondiente cuestión prejudicial.

1. Es de sobra conocido que las relaciones entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos internos se rige por tres principios:

1) El Derecho de la Unión forma parte del ordenamiento interno de cada uno de los Estados (integración).

2) Las normas comunitarias son directamente aplicables en el ordenamiento interno, sin necesidad de que se dicte una norma estatal que las adapte o incorpore al mismo (efecto directo). Ahora bien, este efecto no se predica por igual de todos los instrumentos normativos de la Unión. Así, en cuanto a las Directivas, carecen del mismo hasta que su contenido se incorpore a cada ordenamiento nacional; si bien, excepcionalmente, pueden contar con tal efecto directo en los casos de tardía transposición o de transposición incorrecta. En lo que se refiere a las Decisiones marco, ya hemos indicado que el Tratado de Amsterdam les negaba expresamente este efecto.

3) Si una norma nacional es contraria a las normas de Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar estas últimas (primacía).

Sobre la relación entre ambos ordenamientos, contamos con dos pronunciamientos recientes y relevantes del Tribunal de Justicia.

El primero es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013 (asunto C- 399/11, caso Melloni), que señala que: en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, la invocación por un Estado miembro

de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (apartado 59); así como que es cierto que el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (apartado 60).

La segunda es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014 (asunto C- 112/13), que, al contestar a la cuestión prejudicial planteada, señala que:

«El Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a solicitar al Tribunal Constitucional, durante el procedimiento, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la presentación de la referida solicitud al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre esa solicitud, que los tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En cambio, el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional cuando los tribunales ordinarios sigan estando facultados

- para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control general de las leyes,

- para adoptar toda medida necesaria a fin de garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y

- para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión.

Incumbe al tribunal remitente verificar si la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede interpretarse conforme a estas exigencias del Derecho de la Unión».

A todo ello se añade que los tribunales nacionales tienen la obligación de conocer y aplicar el Derecho de la Unión, y en caso de duda sobre su interpretación deben acudir al mecanismo de la cuestión prejudicial, de la que deriva una sentencia que tiene efectos *erga omnes*. Concretamente, el artículo 267 TFUE (antiguo artículo 234 TCE), señala:

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccio-

nal nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad». Este precepto distingue dos tipos de cuestiones prejudiciales: de validez y de interpretación. Mediante la primera se pone en duda la legalidad de la norma comunitaria. Sin embargo, en el caso de la segunda se plantea una duda sobre la exégesis de la norma (si bien no existen dudas sobre su validez), por lo que su finalidad es aclarar las dudas sobre su interpretación. Se diseña de este modo la forma de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, ya que el Tribunal de Justicia ostenta la cualidad de intérprete último y supremo de las normas de tal Derecho. Conforme al art. 267 TFUE, cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Este sería el caso de esta Sala de lo Penal, cuyas decisiones no son susceptibles de posterior recurso en el ámbito jurisdiccional. Ahora bien, el fundamento de la cuestión prejudicial y, por tanto, de la obligación de plantearla no es que el órgano jurisdiccional deba aplicar una norma del Derecho de la Unión, sino que el órgano jurisdiccional tenga una duda sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión que deba aplicar en el litigio concreto.

La aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sólo si, al aplicarla, tal duda surge, entonces tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

Como indica la STJUE de 18 de julio de 2013 (asunto C-136/2012) el sistema instaurado por el artículo 267 TFUE se basa en la cooperación entre órganos jurisdiccionales, conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes; sin perjuicio, además, de que la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, porque el Tribunal estima que no alberga dudas interpretativas, no supone sin más una lesión del art. 24 CE. Así, nuestro Tribunal Constitucional en STC 58/2004, de 19 de abril y STC 212/2014,

de 18 de diciembre, ha indicado que la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio, por lo que, ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita. En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.

Por otra parte, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada el 8 de abril de 2014, en el caso *Dhahbi v. Italia*, ha reiterado su doctrina sobre cuándo la negativa de un Tribunal nacional a plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial puede vulnerar el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza, entre otros extremos, el derecho de toda persona a que los litigios sobre sus derechos y obligaciones sean examinados equitativamente por un Tribunal independiente e imparcial. Concretamente, según expone el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, remitiéndose, a su vez, a la decisión tomada el 10 de abril de 2012, en el caso *Vergauwen y otros v. Bélgica*, esta doctrina puede resumirse en cuatro puntos fundamentales:

- 1) El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos exige que los Tribunales nacionales expliquen, de conformidad con el Derecho aplicable, su decisión de no plantear una cuestión prejudicial.
- 2) Si, como consecuencia de esta decisión, la parte que instó su planteamiento, acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando, precisamente, la vulneración del artículo 6.1 del

Convenio, este Tribunal se limitará a comprobar si la decisión fue debidamente motivada.

3) Sin perjuicio de que esta comprobación deba ser detallada y completa, no corresponde al Tribunal examinar los posibles errores que, al interpretar o aplicar el Derecho pertinente al caso pudieran haber cometido los Tribunales nacionales.

4) En el supuesto del actual párrafo tercero del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los principios anteriores suponen que, cuando los Tribunales nacionales contra cuyas decisiones no quepa recurso según su Derecho interno, rehúsen plantear una cuestión prejudicial relacionada con la interpretación del Derecho europeo, deberán motivar esta decisión de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La aplicación de este último principio fue la que condujo, en el caso examinado (*Dhahbi v. Italia*), a la estimación de la demanda en este extremo —que era uno de los planteados— y a la declaración de que había vulnerado el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al examinar la negativa del Tribunal de Casación Italiano a plantear la cuestión prejudicial instada en su momento por el demandante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que esta decisión no contenía referencia alguna a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por tanto, se había producido la vulneración denunciada.

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia, en el asunto CILFIT de 6 de octubre de 1982 precisó que *«la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada, aunque precise esta sentencia que antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados Miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad»*.

Doctrina del acto claro, que ahora predicamos, no en relación con el íntegro contenido de la ley

de trasposición, ni con el alcance exacto de la Decisión marco, sino con el ámbito específico de la cuestión precisa para resolver la cuestión que debemos resolver; cual es si la Decisión marco, permite excepcionar a los Estados Miembros la ponderación de la sentencias de otros Estados, en nuevo proceso a los efectos de acumulación de penas, como consecuencia de las previsiones del artículo 3.5 de la Decisión marco, cuando los hechos del nuevo proceso en España, son anteriores a la condena del otro Estado miembro en cuanto determina una limitación en la pena a cumplir.

El criterio de la pertinencia, es destacado por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia; y así el apartado 33 de su Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto c-206/08:

«A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el marco de la cooperación del Tribunal de Justicia con los órganos jurisdiccionales nacionales establecida en el artículo 234 CE, que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véase, en particular, la sentencia de 23 de abril de 2009, Ruffler, C-544/07, Rec. p. I-0000, apartado 36 y la jurisprudencia citada).

El Tribunal de Justicia también ha declarado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el órgano jurisdiccional nacional se dirige a él con objeto de verificar su propia competencia. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el

Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véase, en particular, la sentencia Ruffler, antes citada, apartados 37 y 38, así como la jurisprudencia citada)».

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 23/2014, de 11 de febrero, establece que no atenta al derecho de una tutela judicial efectiva, la inaplicación de una norma española, por aplicación del derecho comunitario, sin planteamiento de la cuestión prejudicial, si la resolución está debidamente motivada.

En autos, no se trata de inaplicar una norma nacional, sino simplemente de afirmar la existencia de una excepción facultativa en la Decisión marco, que posibilita no tener en consideración una condena de otro Estado miembro a efectos de acumulación, cuando suponga una reducción en la limitación efectiva de la pena a imponer en el nuevo proceso, cuyos hechos sean anteriores a la condena francesa; requisitos todos ellos concurrentes en el supuesto de autos.

Tal claridad del contenido literal de la norma excepcional, concorde reiterada jurisprudencia, la obligación de la formulación de la cuestión prejudicial. De igual modo, que cuando dictamos la STS 186/2014, de 13 de marzo, no precisamos plantear cuestión prejudicial para determinar cuál era la finalidad de la Decisión marco y cuál era su finalidad pretendida.

Además de la interpretación literal de la norma, coincide la existencia de la excepción para las acumulaciones en los términos antes desarrollados con el análisis del proceso de formación del instrumento comunitario, con la jurisprudencia de otros Tribunales de casación y el propio informe de la Comisión sobre el Estado de implementación, en los términos antes referenciados.

3. Es cierto, que extraña y no complace, que la consecuencia práctica, con frecuencia sean sólo consideraciones peyorativas para el reo, como prisión provisional, reincidencia, ponderación de la pena, etc. En idéntico sentido, es de lamentar, que se haya incluido en la parte expositiva y no en la normativa, la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, que el hecho de que, con

motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro, se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional; al igual que las limitaciones al principio de proporcionalidad se incorporen por vía expositiva y no en el propio articulado.

Si bien, la implementación realizada en nuestro ordenamiento determina que en aquellos supuestos donde no fuere posible la acumulación (14.2.c) tampoco la condena anterior del otro Estado miembro puede conllevar efecto alguno en el nuevo proceso, por tanto, tampoco peyorativos (14.2.b).

En definitiva, siendo evidente la subsunción del supuesto de autos en el contenido del artículo 3.5 de la Decisión marco y en consecuencia, la posibilidad de no ponderar la anterior sentencia francesa del recurrente a efectos de su acumulación, tal como el legislador español implementa, cualquier cuestión adicional interpretativa, no resulta determinante ni necesaria para la resolución de este recurso, con signo desestimatorio.

Ello no supone una validación absoluta e incondicional por este Tribunal de casación del contenido íntegro de la Ley Orgánica 7/2014, pero en los términos que el recurso es sometido a nuestro conocimiento, ninguna interpretación complementaria resulta ahora precisa, derivada de una claridad del artículo 3.5:

- a) en el contenido literal de su redacción y la íntegra subsunción en la misma del caso de autos;
- b) del proceso de formación de esa redacción, conforme a la modificaciones del Proyecto de la Comisión, que originó la oposición de diversos Estados miembros al entender exigible la acumulación como un efecto más del principio de asimilación;
- c) la interpretación sistemática del artículo 3.5 con los considerados ocho y nueve;
- d) la interpretación que realizan de la misma otros Tribunales de Casación;
- e) la concreta implementación de otros Estados miembros y el informe al respecto de la Comisión, donde ninguna concreción de efectos re-

ferida a supuestos de acumulación o absorción de penas recoge, ni siquiera para evitar la desproporcionalidad del nivel de pena que por razón de la sanción anterior en comparación con la nacional donde se desarrolle el nuevo proceso, la ponderación a otros efectos, pudiera conllevar; y aún así encuentra satisfactoria la trasposición realizada por trece Estados miembros.

También, aparentemente podría extrañar la exclusión de la aplicación a condenas anteriores al 15 de agosto de 2010, contenida en la Disposición Adicional de la LO 7/2014; pero, ahora, en la medida en que no aplicamos la Ley, que la exclusión de la acumulación al caso de autos resulta acorde a la previsión del artículo 3.5, sea cual fuere el alcance de esta proyección temporal, incluso su inexistencia, en nada afectaría a la resolución desestimatoria del presente recurso. En todo caso, esta última limitación temporal no puede considerarse ni una extravagancia del legislador español ni una fijación arbitraria de un momento temporal a partir del cual reconocer efectos a las condenas. En otras legislaciones también se han establecido límites temporales a tener en cuenta en la aplicación de los efectos de las condenas en el extranjero (Informe de la Comisión sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión marco o véase, en el caso de Francia, el apartado III de la Ley 2012-409, de 27 de marzo de 2012, para la programación de la ejecución de las penas). Por otra parte, el legislador ha decidido que los efectos de la Decisión no tendrán carácter retroactivo, sino que surgirían a partir del día en que el Derecho Comunitario le obligaba a alcanzar el resultado previsto, evitando que la mora en la incorporación de la Decisión recaiga sobre los propios condenados por las sentencias objeto de valoración.

En definitiva, interpretada la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco 2008/675/JAI, esta Sala concluye que la aplicación de la indicada Ley Orgánica da lugar a un resultado compatible con el que pretende alcanzar la Decisión. Si bien, en este supuesto, estaríamos ante un supuesto de acto claro, pues conforme a la doctrina que emana de la Sentencia 26 de febrero

de 2013 (asunto C-399/11), caso Melloni, donde se cuestiona la proyección de una Decisión marco *rationae temporis* a procesos anteriores a su vigencia, el Tribunal de Justicia, de conformidad con las conclusiones del Abogado General, recuerda en su apartado 42, la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia según la cual las normas procesales son aplicables a todos los litigios pendientes en el momento en que entran en vigor, a diferencia de las normas sustantivas, que habitualmente se interpretan en el sentido de que no afectan a las situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor; de modo que es la naturaleza de la norma, la que proyecta su aplicación sobre los procesos anteriores o no. De ahí que era posible aplicar el contenido de la Decisión marco 2009/299/JAI a partir del 28 de marzo de 2011 a procesos anteriores, dado que exclusivamente regulaba «las condiciones en las que no se debe denegar el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado», normativa que califica de reglas procesales, pero no sería viable con criterio general cuando la Decisión regula cuestiones sustantivas.

Resta una cuestión por plantearse: el tema de la retroactividad de la ley penal más favorable. El TC es reacio a vincular tal regla (art. 2.2 CP) con el art. 25 CE (STC 21/2008, de 31 de enero, y las que allí se citan), como igualmente lo fue el TEDH en relación al art. 7 CEDH (Asunto G. c. Francia, sentencia de 27 de septiembre de 1995), en posición ya más que modulada (Scoppola c. Italia, sentencia de 17 de septiembre de 2009).

Y en los términos que es recogida por el art. 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (vid. STJUE de 3 de mayo de 2005, asunto Berlusconi y otros) o el artículo 15.1, inciso final, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello») se proyecta a una determinada conducta, no al régimen de determinación de penas derivado de plurales infracciones en diversos procesos, donde conlleva aquí como tercera

vía, configurar un conjunto normativo con reglas de dos regímenes temporales punitivos diversos. Si bien, la data no extraña por tardía sino por temprana, cuestión ahora no suscitada, el de la proyección retroactiva de la LO 7/2014, sobre hechos y procesos anteriores a su vigencia.

En todo caso, la necesidad de analizar las consecuencias de la retroactividad o irretroactividad establecida en la Disposición Adicional, vendrán dadas cuando materialmente quepa acumulación de la sentencia dictada por otro Estado miembro, por resultar un supuesto no excepcionado en la Decisión marco, pero la fecha marcada por la Disposición Adicional lo impida.

4. Especialmente ilustrativa es la Sentencia de la Cour de cassation, Chambre criminelle, de 19 de noviembre de 2014 (13- 80.161). En la misma, se desestima el recurso interpuesto por una persona condenada en Francia (nueve años por sentencia de 23 de junio de 2006), Bélgica (ocho años por sentencia de 4 de octubre de 2005) y Alemania (siete años por sentencia de 29 de diciembre de 2003), donde la última sentencia la había pronunciado Francia, ya había sido allí ejecutada y cuando solicita la *confusion* (sistema de determinación de la pena en el caso de condena por varias infracciones que conlleva absorción total o parcial por la pena más grave de las recaídas en los otros procesos) de las penas impuestas, se encuentra cumpliendo en Bélgica. La sentencia de instancia niega la solicitud haciendo referencia explícita al artículo 3.3 de la Decisión marco y al artículo 132-23-1 del Código Penal francés (que establece un principio general de equivalencia), declarando que los tribunales franceses no tienen poder para acordar la confusión de las condenas extranjeras con las penas impuestas y ejecutadas en Francia. La Sentencia del Tribunal de casación dice, en sucinta motivación, que lo acordado es la aplicación exacta del artículo 132-23-1 del Código Penal, mediante su interpretación a la luz de la Decisión marco, por lo que desestima el recurso. De especial relevancia, pues al margen de ser las condenas anteriores a la entrada en vigor de la Decisión marco, explícita la obviedad de que este instrumento no atribuye la ejecución de la sentencia dictada por otro Estado Miembro, de

modo que no cabe acumulación (*confusion*) si la anterior sentencia del otro Estado Miembro no está ejecutada, pues se imposibilitaría, con clara interferencia que fuere ejecutada por el Estado que la dictó; a la par que no formula la cuestión prejudicial que interesaba al recurrente, al no presentarle dudas la interpretación del artículo 3 de la Decisión, a pesar de haber incorporado a su Código penal una proclamación del principio de asimilación, sin excepción alguna, en su artículo 132-23-1, donde establece que para la aplicación del Código Penal y del Código Procesal Penal las condenas impuestas por las jurisdicciones penales de un Estado miembro son tomadas en cuenta en las mismas condiciones que las impuestas por las jurisdicciones penales francesas y producen los mismos efectos.

5. Por tanto, no procede plantear la cuestión prejudicial. Como decíamos anteriormente, la aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar una serie de ejemplos, como en la STS 186/2014, en los que esta Sala no ha sido ajena a la aplicación del Derecho de la Unión y a la interpretación de la ley interna conforme al mismo. Si no hay duda, no es precisa la cuestión prejudicial y en los casos que citamos no existió duda, porque se resolvieron sin necesidad de la cuestión. Son los siguientes:

1) STS 795/2014, de 20 de noviembre.

Trata sobre la aplicación e interpretación, entre otras normas, de la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial, en materia penal, respecto de la que afirma que «(...) no ha sido objeto de implementación en nuestro ordenamiento interno; y si bien ya ha transcurrido con creces el tiempo fijado de transposición, su contenido no puede ser objeto de aplicación, por cuanto la doctrina sobre la "interpretación conforme" del TJUE, plasmada en el asunto *María Pupino*, no permite un resultado contra legem del ordenamiento interno (& 47 STJUE 16 de junio 2005) y dado el contenido del reiterado artículo 2 de la Ley de Protección de

Datos, *la investigación de un delito de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia, con relaciones en el extranjero que determinan el aviso de las autoridades francesas, excluye su eficacia en esta concreta cuestión hasta que medie su incorporación a nuestro ordenamiento interno*».

2) STS 774/2014, de 11 de noviembre.

En la misma, se trata de la solicitud de una persona condenada por la Justicia italiana, que solicita la adaptación de la pena al ordenamiento español. La Sentencia considera que los criterios contenidos en la Decisión marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, han de ser tenidos en cuenta en relación con la aplicación de nuestro propio ordenamiento. A la vista de lo dispuesto en el art. 8 de la Decisión considera que no procede la adaptación y como argumento que refuerza esta solución, indica que «*semejante criterio es el recogido en el proyecto de Ley de transposición de la aludida Decisión marco a nuestro ordenamiento nacional, hoy en avanzado proceso de tramitación parlamentaria (BOCG núm. 86-6, de 06/11/2014)*», del que cita su art. 83. El citado proyecto es hoy la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (B.O.E. de 21 de noviembre de 2014), cuyo artículo 83 coincide con el texto citado.

También hace referencia a la Decisión marco citada, como criterio de resolución del supuesto del recurso, la STS 820/2013, de 17 de octubre, relativa a la adaptación al ordenamiento español de una condena impuesta en Estados Unidos.

3) STS 632/2014, de 14 de octubre.

Interpreta y aplica los preceptos legales referidos a las declaraciones de menores de edad a la luz de la Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, en los términos indicados en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005 («caso Pupino»). En igual sentido, entre otras muchas, SSTS 48/2014, de 27 de ene-

ro; 940/2013, de 13 de diciembre; o 1016/2012, de 20 de diciembre.

4) STS 646/2014, de 8 de octubre.

Se trata la figura del grupo criminal del art. 570 ter CP. Sobre el particular indica: «*La incorporación de este nuevo tipo penal —decíamos en la STS 289/2014, 8 de abril— es consecuencia de la compartida preocupación internacional por los dañinos efectos inherentes a la delincuencia organizada. Más allá de otros precedentes más tempranos, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, 29 de abril, por la que se aprobó la Convención de Naciones Unidas para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la Decisión marco 2008/841/JAI, 24 de octubre, abonaron el camino a una tipicidad en la que la delincuencia plural y concertada, adquiriera un significado autónomo. No han faltado voces doctrinales que cuestionan la necesidad de esta reforma abanderada por la LO 5/2010, 22 de junio. La idea de que los tratamientos históricos de la coautoría y la conspiración para delinquir, ofrecían ya las claves para el adecuado castigo de estos fenómenos, ha sido invocada para negar la necesidad de la reforma. La Sala entiende, sin embargo, que es perfectamente posible justificar el desvalor autónomo, en este caso, del grupo criminal. Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión. Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia. La realidad, en cada caso concreto, exigirá la definición de un criterio que, con tributo a los principios que legitiman cualquier sistema punitivo, distinga entre aquellos supuestos de simple concertación ajena a cualquier idea de lesividad y aquellos otros en los que esa acción concertada se hace merecedora de sanción penal*».

En esta resolución se interpreta la figura del art. 570 ter CP, con referencia expresa a una norma de la Unión que la fundamenta (Decisión marco 2008/841/JAI, del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada) y afirma la autonomía de la misma. En igual sentido, se pronuncian las SSTs 445/2014, de 29 de mayo, y 289/2014, de 8 de abril.

5) STS 503/2014, de 18 de junio.

Se refiere a la aplicación del tipo atenuado del art. 318 bis CP y señala: «Ya la STS 1025/2012, de 26 de diciembre, establecía al respecto: “La norma penal debe ser interpretada conforme a parámetros de proporcionalidad, sobre todo en tipos tan abiertos como el que figura en el art. 318 bis del Código Penal. Tanto en lo que se refiere a la exclusión de comportamientos que pese a encajar formalmente en la descripción típica no comporten ni afectación actual ni peligro de afectación de los bienes jurídicos que la ley quiere tutelar, careciendo, en consecuencia, de antijuridicidad material, como en lo referente a la proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la comparación de la gravedad de la pena con la incidencia de la conducta en el bien tutelado”.

Especialmente cuando el propio legislador, al desjar las situaciones más graves de trata, atribuye a este tipo, ahora residual, la tutela de un bien jurídico de menor entidad; la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios como expresa en el apartado XI, de la Exposición de Motivos de la LO 15/2010; pero paradójicamente, mantiene una pena similar para la trata de personas que para la inmigración clandestina, en extensión que excede de las propias exigencias de la Decisión marco 2002/946/JAI, de 22 de noviembre, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que posibilita sanciones inferiores (art. 1.4), además de comprender un ámbito más restringido de las figuras agravadas respecto de las que se insta la exasperación punitiva, al limitarse a que la infracción sea cometida como parte de las actividades de una organización delictiva o a que se cometa poniendo en peligro la vida de las personas que

son objeto de la infracción; que obviamente excede de la simple exigencia de nuestro tipo de que la puesta en peligro de la salud o integridad a las personas, además de omitir el resto de conductas agravadas que conllevan en nuestro ordenamiento la aplicación de la mitad superior de la pena de prisión de cuatro a ocho años».

Por otro lado, la duda que podría fundamentar la cuestión prejudicial no puede construirse sobre la base de que esta misma sentencia, que ahora se dicta, vaya acompañada de votos particulares. El ejercicio legítimo y fundamentado del derecho de parte de los integrantes de esta Sala a mostrar la discrepancia con el criterio de la mayoría no es muestra de una duda en la interpretación. En otras palabras, la duda interpretativa no concurre en los supuestos en los que el órgano jurisdiccional no alcanza su decisión por unanimidad. De entender lo contrario, en el caso de un órgano jurisdiccional de composición tripartita, si uno de sus integrantes emitiera un voto particular habría que tildar de dudosa la decisión de la Sala, con las consiguientes consecuencias que ello supondría, por ejemplo, en la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

La voluntad de la mayoría conforma la voluntad del órgano, sin perjuicio, reiteramos, de que los integrantes que discrepen de la misma reflejen su postura en sus votos particulares. Esta circunstancia tampoco es ajena a esta Sala, ya que se han dictado resoluciones de importante trascendencia, de cuyo contenido discrepaban diversos integrantes de la misma. Como ejemplos, podemos citar las sentencias siguientes: STS 645/2006, de 20 de junio (que se refería a los límites de la jurisdicción española y, además, a la vinculación con la doctrina del Tribunal Constitucional); STS 798/2007, de 1 de octubre (sobre la interpretación de los delitos de lesa humanidad y de genocidio); STS 1045/2007, de 17 de diciembre, y STS 54/2008, de 8 de abril (ambas sobre el ejercicio de la acción popular); o STS 2/2011, de 15 de febrero (que trata de la conexión de antijuridicidad). En todos estos casos, que la decisión se obtuviera por mayoría no supone que la decisión se hubiera obtenido con dudas.

SEXTO.- El motivo sexto del recurso se formula, al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del artículo 15 de la Constitución, por cuando una pena privativa de libertad que sobrepasa los límites máximos legalmente establecidos constituye una pena inhumana y degradante; y del artículo 25.2 de la CE, en cuanto las penas tan extensas hacen inviable el mandato de orientar las penas a la reinserción social.

El motivo debe ser desestimado.

Al respecto, cabe indicar que la resolución recurrida no vulneraría, en ningún caso, el artículo 15 de la Constitución Española que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes.

De conformidad con una doctrina reiterada de esta Sala, la acumulación de condenas conforme a lo dispuesto en el artículo 988 de la LECRIM tiende a hacer efectivas las previsiones del Código Penal en lo referente a los tiempos máximos de cumplimiento efectivo en los supuestos de condenas diferentes por varios delitos, según los límites que vienen establecidos en el artículo 76 de dicho Código, que consisten, de un lado, en el triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido y, de otro lado, en veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años, según los casos. Tales previsiones —STS 472/2009, de 7 de mayo— se orientan a reconocer la necesidad de evitar con carácter general que una excesiva prolongación de la privación de libertad pueda producir el efecto de desocializar al penado y profundizar su marginación, es decir, justamente lo contrario de lo que señala el artículo 25.2 de la Constitución como fines a los que deben estar orientadas las penas privativas de libertad. Sin embargo, aun cuando la orientación de las penas privativas de libertad ha de ser la reinserción social del delincuente, ello no quiere decir que la pena pierda todo su sentido y razón de ser una vez descartada ésta finalidad, bien, decíamos en la STS 186/2014, de 14 de marzo, por haberse ya obtenido o bien por considerarse, en un pronóstico razonable, de imposible obtención. Pues es admisible reconocer en las penas privativas de libertad otras finalidades no incompatibles con aquella. De otro lado, el reconocimiento de esa finalidad establecida

constitucionalmente no impide considerar ajustadas a la Constitución previsiones legales relativas al cumplimiento de las penas, como ocurre con las normas relativas al establecimiento de límites máximos de cumplimiento y de acumulación de condenas con ese fin.

Conviene precisar que la acumulación de condenas deriva de condenas por siete delitos de asesinato, tres de ellos en grado de tentativa y un delito de atentado con resultado de muerte, enumeradas en el primer fundamento; que extingue el 23 de febrero de 2022, de modo que aún con el cómputo del tiempo de privación de libertad en Francia, como indican las alegaciones del recurrente, dado que se encuentra en prisión ininterrumpidamente desde el de 7 de julio de 1994, la condena efectiva no supera los veintiocho años; a la par que su preparación para su vida en sociedad, desde 2011, informa en sus alegaciones, disfruta del cupo semestral de 18 días de permiso.

SÉPTIMO.- Por último, en el motivo séptimo, se alega la vulneración del artículo 24 de la CE, por el cual se proscriben la indefensión. Se sostiene que la firmeza del auto de fecha 18 de septiembre de 2013 se produjo porque el entonces Procurador no notificó a la defensa el emplazamiento para formalizar el recurso de casación preparado, provocando una indefensión material y la ausencia de tutela judicial efectiva.

El motivo debe ser desestimado.

Por medio de este motivo, se denuncia un hecho ajeno a la resolución judicial recurrida que, como tal, no podría dar lugar a que esta hubiera lesionado un derecho fundamental. De conformidad con las propias alegaciones que se formulan no se imputa a los órganos jurisdiccionales ninguna actuación que pudiera haber provocado una indefensión material al recurrente y con ello la vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva. Además, en cuanto estimado su criterio en el fundamento segundo sobre la intangibilidad de las acumulaciones de condena, el análisis de las cuestiones entonces formuladas, han sido ahora examinadas, de modo que el motivo carece de objeto.

OCTAVO.- Finalmente, hemos de declarar, como ya dijimos en la STS 592/2014 y STS 593/2014, ambas de 24 de julio, que el recurso de casación cumple la misión de determinar el sentido de la interpretación de la ley, por lo que los tribunales deben atenerse a los pronunciamientos de esta Sala Casacional en materia penal. Así como hemos indicado en la reciente STS 768/2014, de 11 de noviembre que la casación tiene un alcance que trasciende el caso concreto: homogeneizar la interpretación de la ley, dado que la función nomofiláctica es una de las funciones genuinas y más clásica del recurso de casación.

FALLO:

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado **Jose Antonio**, contra Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 4 de septiembre de 2014, por no resultar aplicable a la refundición de condenas la Decisión Marco 2008/675/JAI y la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre de transposición de tal Decisión dictada por el Consejo de Europa el 24 de julio de 2008. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Candido Conde-Pumpido Touron Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin **Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro** Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Jose Ramon Soriano Soriano, estando

celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR CUESTIÓN PREJUDICIAL

Voto Particular que formula el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, y al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Joaquin Gimenez Garcia, D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro y D^a. Ana Maria Ferrer Garcia, a la Sentencia recaída en el Recurso de Casación Núm. 10.711/14, contra el Auto de Acumulación de Condenas dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional con fecha 4 de septiembre de 2014.

Desde el respeto que nos merece la posición de la mayoría, hemos de discrepar de la sentencia casacional que desestima el recurso, al considerar que la naturaleza de la cuestión planteada impone la necesidad de formular Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme al art 267 del TFUE.

Sin perjuicio de suscribir el voto particular conjunto referente al fondo del asunto, en el que se motiva la procedencia de la estimación del recurso, consideramos necesario justificar de forma expresa las razones en que se fundamentaba la propuesta de planteamiento de una Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, propuesta que fue desestimada por la mayoría del Tribunal de forma previa a la decisión de desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dispone el art 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea que cuando se plantee una cuestión de interpretación de los actos adoptados por las instituciones u organismos de la Unión ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión.

La cuestión prejudicial constituye un mecanismo esencial para el buen funcionamiento de la Unión Europea, pues es el procedimiento a través del cual se consigue que la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión sean uniformes en todos los Estados miembros. Para evitar que el Tribunal Supremo de cada Estado miembro desarrolle una interpretación diferente del Derecho de la Unión, fragmentando nuestro ordenamiento jurídico común, el Tratado veta a estos Tribunales la posibilidad de realizar una labor hermenéutica autónoma sobre las cuestiones controvertidas del Derecho de la Unión, reservando el monopolio de dicha labor jurisprudencial a un Tribunal único, sito en la cúspide del sistema, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo.

Y ello es así porque la piedra angular del sistema jurídico de la Unión Europea es una norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados miembros, para lo cual es necesario garantizar el principio de unidad de interpretación.

SEGUNDO.- La función del Tribunal de Justicia en el procedimiento prejudicial consiste en garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal. Por tanto, al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el procedimiento en el que se plantea la cuestión, ni tampoco resolver sobre la interpretación o la aplicación de las normas del Derecho Nacional. Es el órgano jurisdiccional remitente quien tendrá que deducir las consecuencias que correspondan a la respuesta que proporcione el TJUE a la cuestión de interpretación planteada y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional cuando resulte incompatible con la interpretación del Derecho de la Unión que el Tribunal de Justicia ha declarado correcta (ver art 19 apartado 3º, letra b, del Tratado de la Unión Europea, art 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, arts. 93 a 118 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, publicado en el Diario Oficial de la UE, serie L núm. 265, de 29

de septiembre de 2012 y Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, publicadas en el Diario Oficial de la UE, serie C, núm. 338, de 6 de noviembre de 2012).

TERCERO.- En el caso actual el núcleo esencial de la cuestión que se plantea en el recurso de casación formulado consiste en determinar si en el proceso de acumulación o refundición de condenas del recurrente Jose Antonio, para determinar el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad que le han sido impuestas, debe ser computado el período de cumplimiento de la pena de prisión impuesta por una sentencia condenatoria dictada por un Tribunal francés, en la misma medida en que se han tomado en consideración para dicha refundición las condenas nacionales.

Y, en consecuencia, si deben atribuirse a la condena dictada por dicho Estado miembro de la Unión los mismos efectos jurídicos que corresponderían a las condenas nacionales anteriores conforme a nuestro Derecho interno, según se deduce de lo prevenido en el art 3 1º y 2º de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008.

La cuestión ya ha sido respondida positivamente por este Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 186/2014, de fecha 13 de marzo, referida a un supuesto análogo. Sentencia en la que, sin que se suscitase por ninguno de los miembros del Tribunal duda o conflicto alguno de interpretación que hiciese necesario plantear una Cuestión Prejudicial pues se trata de una resolución dictada por unanimidad, se estimó que *«el órgano jurisdiccional competente (la Audiencia Nacional), previa la obtención, por los medios disponibles en derecho, de la documentación necesaria, deberá incluir la sentencia dictada por el Tribunal francés entre las que deben ser examinadas y consideradas a efectos de la acumulación.»*

Esta decisión se apoyaba en que desde el punto de vista del Derecho interno no se apreciaban obstáculos a dicha aplicación dado que *«La doctrina de esta Sala ha establecido que para que proceda la acumulación de condenas sólo se re-*

quiere que entre los hechos exista una determinada conexión cronológica, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hubieran podido ser enjuiciados en un solo proceso, teniendo en cuenta las fechas de las sentencias dictadas y las de comisión de los hechos enjuiciados en las mismas, de manera que no se transforme en una exclusión de la punibilidad abierta para todo delito posterior».

Y desde el punto de vista del Derecho de la Unión, se invocaba expresamente la Decisión Marco 2008/675/JAI, argumentando que «la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio de 2008, posterior, por lo tanto, a nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2002, señalaba que su objetivo era establecer una obligación mínima para los Estados miembros al objeto de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros. Y en el artículo 3 disponía lo siguiente: "1. Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional. 2. El apartado 1 se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución".

Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión Marco, ("1. Los Estados miembros tomarán las

medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010"), lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea. En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación».

En aplicación de esta doctrina la Audiencia Nacional tomó en consideración en los meses siguientes las sentencias dictadas en Francia en varios procedimientos de acumulación o refundición de condena, atribuyéndoles los mismos efectos que a las sentencias nacionales.

CUARTO.- El hecho nuevo que genera el replanteamiento de la doctrina sentada por este Tribunal Supremo y aplicada pacíficamente durante varios meses por la Audiencia Nacional, consiste en la aprobación de la norma de transposición de la referida Decisión Marco por LO 7/2014, de 12 de noviembre, cuyo art. 14.2 y Disposición Adicional única introducen limitaciones a la toma en consideración de las sentencias europeas en fase de ejecución de sentencias españolas.

Limitaciones que vacían de contenido y privan de efectividad al principio de equivalencia en los procedimientos de refundición o acumulación de condenas.

El art 14 2 c) establece que las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto... sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna sentencia de condena impuesta en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.

Dado que los procedimientos de acumulación de condenas seguidos en España se refieren en todo

caso a delitos cometidos antes de la sentencia de condena del otro Estado miembro, ya que las penas por delitos cometidos después de la referida sentencia no son acumulables, este precepto determina la privación de efectos equivalentes en esta materia en nuestro país a todas las sentencias condenatorias penales dictadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea. Es decir la falta de efectividad del objetivo buscado por la Decisión Marco en lo que se refiere a la fase de ejecución (art 3 2º in fine, DM 2008/675), y en concreto en todos los procedimientos de refundición de condenas y establecimiento de un límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

La Disposición adicional única establece, con carácter general, que en ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010, límite temporal que reduce la efectividad del reconocimiento de efectos de las sentencias de otros Estados Miembros en la jurisdicción española a supuestos muy limitados. Se establece con ello una diferencia muy sustancial en el Derecho aplicable en esta materia entre el territorio español y el de otros países de la Unión Europea en los que no se ha establecido esta limitación, pudiendo afectar de modo muy significativo a la unidad del Derecho de la Unión. Por ello la parte recurrente cuestiona la compatibilidad de la norma de transposición con las disposiciones de la Decisión Marco, lo que obliga a una labor interpretativa de las estipulaciones de esta Decisión para determinar si las referidas limitaciones están amparadas o no en alguno de los artículos de la propia Decisión Marco.

QUINTO.- Esta labor interpretativa de una Decisión de un órgano de la Unión Europea, como es el Consejo JAI, es precisamente la que el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea nos obliga a remitir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya estableció en 1978 (asunto Simmenthal, Sentencia de 9 de marzo de 1978, 106/77, y más recientemente asunto Küçükdeveci, resuelto por

Sentencia de 19 de enero de 2010, C-555/07), que el Juez Nacional está obligado a inaplicar normas internas por su propia autoridad en el supuesto de considerarlas incompatibles con el Derecho comunitario, sin necesidad de plantear previamente una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Pero esta posibilidad extrema no resulta procedente en el supuesto de que la incompatibilidad suscite alguna duda interpretativa, en cuyo caso el Juez Nacional carece de competencia para resolver por su propia autoridad la duda, tanto en sentido positivo como negativo, y en lugar de dar preferencia en la aplicación al Derecho de la Unión o al Derecho interno, está obligado a plantear la Cuestión Prejudicial, en los términos establecidos por el propio Tribunal en el asunto CILFIT (Sentencia de 6 de octubre de 1982, 283/81).

SEXTO.- Expuesta sucintamente la cuestión esencial suscitada en el recurso, es fácil apreciar que el mismo no puede ser resuelto sin un pronunciamiento sobre la compatibilidad de la norma de transposición con los principios de unidad, primacía y eficacia que caracterizan al Derecho Europeo (sentencias Van Gend & Loos y Flaminio Costa, entre otras muchas), es decir sin realizar una labor hermenéutica sobre la Decisión Marco que pueda determinar si los preceptos de la misma pueden ser interpretados en el sentido de facultar una norma de transposición que reduzca sustancialmente la efectividad de las sentencias de otros Estados Miembros en la fase de ejecución del nuevo proceso, y concretamente en los procedimientos de acumulación de condenas, lo que tiene una gran relevancia en la duración efectiva de las condenas.

En efecto, si el tiempo límite de cumplimiento se computa integrando la totalidad del período de prisión cumplido efectivamente desde el ingreso en un Centro Penitenciario, con independencia de que dicho ingreso se haya realizado en Francia o en España, en cumplimiento de una sentencia francesa o española, el período efectivo de prisión que cumpla el recurrente será el máximo que establece la legislación española. Pero si en dicho período no se cuenta el tiempo de prisión efectivamente cumplido en Francia, al excluirse la

equiparación de efectos de las sentencias francesas, en aplicación de los límites establecidos en la LO 7/2014 a la efectividad de la Decisión Marco 2.008/675, entonces el período efectivo de cumplimiento será superior al referido límite máximo. SEPTIMO.- Como ya hemos expresado el art 267 TFUE solo establece dos requisitos para la imposición de la obligación de formular la Cuestión Prejudicial:

1º) Que el acto que debe interpretarse proceda de una de las instituciones u organismos de la Unión, lo que en el caso actual es manifiesto pues se trata de una Decisión Marco del Consejo, dictada en el ámbito de la política de la Unión Europea dirigida a mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia (Considerando primero de la Decisión Marco 2008/675), en el programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo (Considerando segundo de la Decisión Marco 2008/675), para lo que se considera conveniente establecer el principio de equivalencia de efectos entre las sentencias dictadas por cada uno de los Estados miembros. Principio que significa que, sin armonizar los efectos que cada legislación reconoce a las sentencias anteriores, lo que se proclama es la obligación de que cada Estado miembro reconozca a las sentencias dictadas por los demás los mismos efectos que a las propias (Considerando quinto de la Decisión Marco 2008/675).

2º) Que el Órgano Jurisdiccional nacional, ante el que se suscite el problema interpretativo sea el superior en el orden jurisdiccional correspondiente, es decir aquel cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno.

El fundamento de esta obligación consiste en garantizar una interpretación y aplicación del Derecho Europeo que sea uniforme en todo el territorio de la Unión, lo que no resulta posible si dicha interpretación la realizan autónomamente los 28 Tribunales Supremos de los Estados miembros. La unificación interpretativa del Derecho de la Unión es competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión (art 267 TFUE).

Este requisito también concurre de manera manifiesta, pues la decisión adoptada por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, máximo órgano de la jurisdicción penal española conforme establece el art 123 CE, no es susceptible de recurso judicial alguno en Derecho interno. Puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero este recurso no constituye un recurso «judicial», en sentido propio, sino de naturaleza constitucional.

En el caso actual concurren, por tanto, ambos requisitos legales, por lo que a nuestro entender el planteamiento de la Cuestión Prejudicial era imperativo.

OCTAVO.- El margen de maniobra de los Tribunales Supremos de los Estados miembros en relación con la Cuestión prejudicial, es en consecuencia, muy escaso.

Es cierto que el propio TJUE reconoce algunas excepciones a este rigor (asunto CILFIT, Sentencia de 6 de octubre de 1982, 283/81), pero no son aplicables al caso ahora enjuiciado.

Para concretar estas excepciones podemos acudir a la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, que en su STC (Pleno) núm. 78/2010, de 20 de octubre, para distinguir los regímenes diferenciados de la Cuestión de Inconstitucionalidad, en Derecho Interno, y la Cuestión Prejudicial, en Derecho Europeo, además de la diferencia esencial de que la primera es siempre de validez y la segunda puede ser de validez o de interpretación, nos dice que la obligación de plantear la Cuestión Prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), y cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81).

En el caso actual resulta manifiesto que la primera excepción no concurre pues no consta que la cuestión suscitada sea materialmente idéntica a otra que ya haya sido objeto de una decisión prejudicial por parte del TJUE en un caso análogo, ni que exista jurisprudencia del TJUE que, aun fuera de una cuestión prejudicial, resuelva expresamente la cuestión aquí planteada sobre la compatibilidad de la LO 7/2014, con la Decisión Marco 675/2008. Lo reciente de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, que entró en vigor el pasado mes de diciembre, impide que estos pronunciamientos jurisprudenciales puedan haberse producido. La segunda excepción, cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario se imponga con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión, nos remite a la doctrina del «acto claro».

Resulta manifiesto que en el caso actual no puede ser de aplicación la doctrina del «acto claro». La solución de la cuestión aquí planteada no se impone con tal evidencia que no pueda suscitar posiciones racionales contradictorias, sino que resulta manifiestamente compleja, y buena prueba de ello es la división que se ha suscitado tanto en el seno de la Audiencia Nacional, como en el Pleno de esta misma Sala. La intensa deliberación realizada, en la que se llegaron a utilizar las versiones francesa e inglesa de la Decisión Marco, para intentar esclarecer la confusa redacción del art 3º, párrafos 3º, 4º y 5º de dicha Decisión, se invocaron los trabajos prelegislativos, como la Propuesta inicial de la Comisión de 17 de marzo de 2003, para compararla con el texto final, o se empleó, como apoyo interpretativo, el informe de 2 de junio de 2014 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco, si algo puso de relieve es que se estaba interpretando el Derecho de la Unión, y que se utilizaron por ambas partes argumentaciones bien articuladas racionalmente para defender interpretaciones contradictorias, lo que impide de modo manifiesto aplicar una excepción que requiere que la correcta aplicación se imponga de un modo absolutamente evidente.

El Tribunal de Justicia, en el apartado 16 del Sentencia Cilfit, exige para que la aplicación de la

doctrina del acto claro excuse la formulación de una Cuestión Prejudicial en conflictos interpretativos sobre Derecho de la Unión, no solo que el Juzgador estime que la solución interpretativa se impone con total evidencia, sino que pueda estimar que esta misma interpretación se impondría con la misma evidencia a los órganos de los demás Estados miembros así como al propio Tribunal de Justicia (STJUE, Cilfit y otros, 16). Lo relevante no es la convicción subjetiva o personal del Juez o de la mayoría de los Jueces en un Tribunal colegiado, sino una condición objetiva de la norma a interpretar, cuyo contenido y significado sea tan nítido que permita establecer la exégesis procedente con absoluta evidencia.

En realidad la doctrina del acto claro no exige de plantear la Cuestión Prejudicial para resolver problemas interpretativos del Derecho de la Unión, sino que solo resulta aplicable cuando no existe un verdadero problema interpretativo, porque la norma es tan clara que no admite más que una interpretación.

En consecuencia, concurriendo los dos requisitos legales necesarios para que surja la obligación de plantear la Cuestión Prejudicial, y no concurriendo ninguna de las dos excepciones, lo procedente es plantear la Cuestión.

NOVENO.- La resolución mayoritaria niega la procedencia de la formulación de la Cuestión Prejudicial invocando la doctrina del Acto Claro, y afirmando que es evidente que el art 3 5º de la Decisión Marco permite excepcionar a los Estados Miembros la toma en consideración de las sentencias dictadas por otros Estados de la Unión a los efectos de la determinación del límite de cumplimiento de las condenas privativas de libertad, por lo que no se hace necesario ninguna labor adicional interpretativa de la norma europea. Sin embargo estimamos que en el caso actual es claro que la cuestión planteada exige una labor hermenéutica sobre una norma de Derecho de la Unión, cuya interpretación no es, en absoluto, evidente.

Esta labor de interpretación es la que realiza la propia sentencia mayoritaria, sobre el párrafo quinto del artículo tercero de la Decisión Marco, para llegar a la conclusión, que no compartimos,

de que este precepto incluye una excepción facultativa que permite no tomar en consideración a efectos de acumulación las sentencias dictadas por otros Estados Miembros.

Para esta labor hermenéutica la decisión mayoritaria acude a los diversos criterios de interpretación previstos en el art 3º 1 del Código Civil, la interpretación literal (texto de la norma, párrafo quinto del artículo tercero), la sistemática (contexto, considerandos octavo y noveno de la Decisión Marco), la histórica (antecedentes legislativos) o el Derecho comparado (resoluciones de Tribunales de otros Estados miembros), por lo que resulta manifiesto que se está realizando una labor interpretativa sobre una norma cuyo significado no es claro, labor que conforme a los Tratados compete de forma exclusiva y excluyente al Tribunal de Justicia.

En definitiva, el loable y documentado esfuerzo interpretativo realizado por la sentencia mayoritaria sobre el art 3 5º de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, no hace más que ratificar nuestra posición: la obligación de cumplir lo establecido en el art 267 del TFUE, planteando una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Obligación que no puede ser eludida invocando la doctrina del acto claro, cuya aplicación en el presente caso es manifiestamente impropio. DECIMO.- El Tribunal de Justicia de la Unión es el Juez ordinario predeterminado por la Ley para resolver los conflictos de interpretación del Derecho de la Unión. Excluirlo, omitiendo formular la Cuestión Prejudicial, cuando es legalmente procedente, implica una infracción de los Tratados, puede constituir un exceso de jurisdicción y podría también afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, como ha estimado el Tribunal Constitucional en determinados supuestos (SSTC 58/2004, 194/2006 o 78/2010).

En la STC 58/2004, de 19 de abril, el Tribunal Constitucional señala que a los efectos de excluir la obligación de plantear una Cuestión Prejudicial de Derecho Europeo, «la existencia o inexistencia de una duda... no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del Juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho Comunitario (una apreciación subjetiva) sino como

inexistencia, clara y terminante de duda alguna en su apreciación. No se trata de que no haya duda razonable, sino simplemente de que no haya duda alguna».

Conviene también recordar, para poner de manifiesto la necesidad de respetar los Tratados de la Unión, la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, según la cual «*producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos*».

Y asimismo el Tribunal Constitucional ha rechazado que posea competencia para controlar la validez del Derecho de la Unión, por lo que en principio serían inadmisibles los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad frente a normas de Derecho derivado. De manera reiterada ha afirmado que el control del derecho derivado corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 64/1991, de 22 de marzo, luego reiterada en la STC 58/2004, de 19 de abril, en relación con los recursos de amparo).

UNDÉCIMO.- Con esta argumentación podríamos dar por terminado este voto particular, justificando la necesidad de plantear Cuestión Prejudicial.

Ahora bien las Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, que no tienen carácter obligatorio pero complementan lo dispuesto en el art 94 del Reglamento del Tribunal, aconsejan identificar con claridad las cuestiones prejudiciales, que deben ser comprensibles por sí mismas, sin necesidad de referirse a los fundamentos de la petición. Y también interesan que el órgano jurisdiccional indique de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial.

El problema planteado en esta causa consiste, como ya se ha expresado, en que el art 14 2 c)

de la LO 7/2014 determina la ineficacia práctica del principio de efectos equivalentes entre sentencias de la Unión Europea, es decir la falta de efectividad del objetivo buscado por la Decisión Marco, en lo que se refiere a la fase de ejecución, y en concreto a los procedimientos de refundición de condenas y establecimiento de un límite máximo de cumplimiento.

Y que la Disposición adicional única, al establecer que en ningún caso serán tenidas en cuenta las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010, reduce la efectividad del reconocimiento de efectos de las sentencias europeas a supuestos muy limitados, estableciendo una diferencia muy sustancial en el Derecho aplicable en esta materia entre el territorio español y el de otros países de la Unión Europea en los que no se ha establecido esta radical limitación, pudiendo afectar de modo muy significativo a la unidad del Derecho de la Unión.

Para situar la cuestión desde la perspectiva del Derecho Interno conviene recordar que la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SSTS 98/2012, de 24 de febrero y 634/2014, de 3 de octubre, entre otras muchas) ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que exigen los arts. 988 de la Lecrim. y 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad «temporal», es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión.

Así pues, deben únicamente excluirse: 1º) Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, es decir, cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; y 2º) Los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación. Y ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

La primera cuestión prejudicial a plantear sería: ¿Los preceptos de la Decisión Marco 2008/675 JAI pueden interpretarse en el sentido de que un

Estado miembro está facultado para excluir en la norma de transposición el efecto equivalente, que constituye el objetivo de la Decisión, para todas las sentencias condenatorias de los Tribunales del resto de los Estados miembros de la Unión Europea anteriores al 15 de agosto de 2010?

En síntesis, las razones que podrían justificar una respuesta negativa son dos.

En primer lugar, desde la perspectiva de la efectividad del Derecho de la Unión, esta limitación reduce de modo muy relevante el efecto buscado por la Decisión Marco, pues solo un número limitado de sentencias recientes del resto de los Estados miembros producirían un efecto equivalente a los atribuidos a las condenas dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En segundo lugar, desde la perspectiva de la igualdad en la aplicación del Derecho de la Unión, esta limitación introduce importantes diferencias en el principio de equivalencia entre unos Estados miembros y otros. Por ejemplo, una sentencia condenatoria penal dictada por un Tribunal español en el año 2.009 podría surtir en Francia, en beneficio del reo, los mismos efectos que una sentencia francesa, dado que la norma de transposición francesa (art 132-23-1 del Código Penal francés, reformado por la Ley núm. 2010-242 de 10 de marzo) no incluye limitaciones en el reconocimiento del efecto equivalente en función de la fecha de las sentencias. En cambio, una sentencia francesa de la misma fecha no tendría en España efecto alguno.

En realidad la transposición francesa de la Decisión Marco 2008/675 es muy sencilla, en comparación con la realizada por nuestra Ley Orgánica 7/2014. En síntesis se limita establecer, con claridad y concisión, que «*las condenas pronunciadas por las jurisdicciones penales de un Estado miembro de la Unión Europea se tomaran en consideración en las mismas condiciones que las condenas pronunciadas por las jurisdicciones penales francesas y producirán los mismos efectos jurídicos que estas condenas*» (art 132-23-1 del Código Penal francés, reformado), sin exclusiones ni restricciones.

Esta desigualdad podría ser generalizada, pues, analizando el Informe de la Comisión al Parla-

mento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, no se aprecia, salvo error u omisión, que se haya detectado que otros Estados miembros hayan limitado en sus normas de transposición el efecto equivalente de las sentencias de los demás Estados miembros, en función de la fecha de la sentencia condenatoria, con independencia del establecimiento de plazos para la entrada en vigor de las normas correspondientes, lo que constituye una cuestión diferente.

DECIMOSEGUNDO.- La segunda cuestión a plantear podría ser: ¿El artículo 3º párrafo 5º de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo, de 24 de julio, puede interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para utilizar la norma de transposición para excluir el efecto equivalente en la fase de ejecución de sentencia en relación con los límites de cumplimiento de las penas, y en perjuicio del reo, en todas aquellas sentencias condenatorias dictadas en otros Estados miembros que sean de fecha posterior a la comisión de los delitos objeto de los procesos nacionales?

El párrafo quinto del art 3º de la Decisión Marco establece que *«Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso»*.

El hecho de que en este apartado se haga referencia a supuestos en los que la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se hubiese dictado o ejecutado por completo, lleva a la mayoría de la Sala a interpretar que este artículo sirve de cobertura para la excepción prevista en el art 14 2 c) de la LO 7/2014, que excluye en los procedimientos de acumulación de condenas las sentencias europeas posteriores a los delitos

por los que se siguieron los procesos nacionales objeto de la acumulación.

Las razones para estimar que la respuesta a esta segunda cuestión también debería ser afirmativa son, en síntesis, otras dos.

En primer lugar la oscuridad de la norma, que no se refiere en momento alguno a la exclusión de los efectos equivalentes en la ejecución de las sentencias, sino en la *«imposición de sanciones»*, no permite atribuirle un efecto tan relevante en perjuicio de los condenados, que prive de efecto alguno el tiempo de privación de libertad cumplido de modo efectivo en Francia u otro Estado miembro, y no permita tomarlo en consideración al evaluar la totalidad del tiempo pasado en prisión de modo continuado a los efectos de determinar si alcanza, o no, el límite máximo legalmente establecido.

En la práctica, con esta exclusión se prolonga el tiempo efectivo de cumplimiento más allá del límite legal. Y ha de tenerse en cuenta que esta exclusión se aplicará en el futuro a toda clase de penados, incluso por delitos menores cometidos a uno y otro lado de la frontera en las zonas fronterizas, prolongando de forma relevante el tiempo privativo de libertad que les correspondería cumplir si las sentencias de uno y otro Estado miembro tuviesen efectivamente un efecto equivalente.

Una interpretación sistemática, acudiendo a otros preceptos de la propia Decisión Marco, para situar este párrafo quinto en su contexto, nos permite apreciar que el considerando 9 de la Decisión Marco nos dice expresamente como debe interpretarse este párrafo quinto del art 3º, y sin hacer referencia alguna a la ejecución de sentencias, expresa claramente una vocación favorable al reo, al dirigirse al objetivo de evitar que la aplicación de la Decisión pueda determinar en esos casos de delitos anteriores, una «dureza desproporcionada para el delincuente».

En efecto el considerando noveno dispone expresamente que *«El artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, de tal manera que si el órgano jurisdiccional nacional en que se desarrolla el nuevo proceso penal, al tener en cuenta una*

sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que la imposición de un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional podría tener una dureza desproporcionada para el delincuente, atendiendo a sus circunstancias, y si la finalidad de la sanción se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales».

Resulta contradictorio que una norma que la propia Decisión Marco nos dice que debe interpretarse para evitar supuestos de dureza desproporcionada para el delincuente, pueda ser empleada como cobertura de una disposición de transposición al Derecho Interno que perjudica al condenado, privando de efectividad alguna el tiempo de privación de libertad cumplido en el extranjero.

Y, en segundo lugar, desde la perspectiva de la unidad, primacía y eficacia del Derecho de la Unión, esta interpretación vaciaría de contenido exclusivamente en España el efecto de equivalencia buscado por la Decisión Marco en una materia que afecta precisamente a la duración del cumplimiento de las penas privativas de libertad, un derecho fundamental, alargando el plazo máximo al no permitir el cómputo de un tiempo de prisión efectivamente cumplido.

Los procedimientos de acumulación de condenas se refieren a sentencias dictadas por delitos cometidos antes de la sentencia de condena del otro Estado miembro, pues una vez dictada dicha sentencia el penado no puede seguir delinquiendo ya que pasa a cumplir la condena impuesta. Por otra parte, como se ha expresado, nuestra doctrina jurisprudencial excluye de la acumulación los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación. En consecuencia este precepto determina la ineficacia absoluta en un Estado miembro del principio de efectos equivalentes entre sentencias de la Unión Europea, en lo que se refiere a la fase de ejecución, y en concreto a los procedimientos de re-

fundición de condenas y establecimiento de un límite máximo de cumplimiento.

En efecto, dado que nuestra doctrina jurisprudencial excluye de la acumulación los hechos delictivos que ya estuviesen sentenciados cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación, el art 14 2º de la LO 7/2014 al excluir también los que no estuviesen sentenciados, en realidad vacía de contenido el proceso de acumulación para todas las sentencias dictadas en otros Estados miembros, que no podrán tener en ningún caso efectos equivalentes a las nacionales.

E insistimos en que esta exclusión no es aplicable exclusivamente a supuestos extraordinariamente graves, como son los de terrorismo a los que se refiere este recurso, sino que se aplicará a cualquier ciudadano europeo que haya sido condenado en sentencias de varios Estados miembros por delitos de cualquier naturaleza y que interese en un incidente de refundición de sentencias tramitado en España que se le apliquen a dichas sentencias los mismos efectos que a las dictadas en España. Con el efecto consiguiente, en caso de denegación, de alargar el período de privación efectiva de libertad respecto del que le correspondería cumplir si todas las sentencias se hubiesen dictado en España.

En consecuencia procede concluir que no solo es procedente plantear las Cuestiones Prejudiciales expresadas, sino que su resolución debería conducir a un resultado contrario a la desestimación del recurso acordada en la sentencia mayoritaria. DECIMOTERCERO.- En cualquier caso conviene insistir en que nuestra interpretación del párrafo quinto del art. tercero de la Decisión marco no coincide con la adoptada en la sentencia mayoritaria.

Desde la perspectiva de la interpretación literal debemos recordar el tenor de la norma: *«Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas*

extranjerías limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso».

La sentencia mayoritaria estima que la claridad del contenido literal de esta norma excepciona la obligación de formular una cuestión prejudicial. Para la resolución mayoritaria esta norma afirma de modo evidente la existencia de una excepción facultativa que permite excluir a efectos de acumulación de condenas las sentencias de otros Estados miembros posteriores a los hechos a que se refiere la ejecución de la sentencia nacional en la que se solicita la acumulación.

Por el contrario, estimamos que el tenor literal de la norma no se refiere en absoluto ni al proceso de acumulación o refundición de sentencias para determinar un límite de cumplimiento efectivo, ni a la fase de ejecución en la que tiene lugar el procedimiento de acumulación. El precepto se refiere de modo expreso a la *«imposición de sanciones»*, que es una operación completamente distinta y que se realiza en el momento del enjuiciamiento, con una naturaleza y contenido diferente al proceso de acumulación.

La exclusión se refiere expresamente a supuestos en los que la aplicación de la legislación nacional relativa a la imposición de sanciones a las condenas extranjeras *«limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso»*, por lo que de la interpretación lingüística o gramatical de la norma no se deduce en absoluto que este precepto establezca una excepción facultativa para excluir el principio de equivalencia de sentencias en el procedimiento de acumulación realizado en fase de ejecución del proceso para determinar el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Cuestión, esta última, que el tenor literal de la norma no menciona en absoluto.

DECIMOCUARTO.- Por lo que se refiere a la interpretación sistemática la resolución mayoritaria se apoya en los considerandos octavo y noveno de la Decisión Marco.

Ninguno de dichos considerandos se refiere expresamente al proceso de determinación del máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad, para excluir, en perjuicio del reo, el efecto equivalente de las sentencias europeas.

Por el contrario, en ambos se aprecia una orientación favorable al reo, que no es compatible con la interpretación adoptada por la resolución mayoritaria.

El considerando octavo señala, en síntesis, que hay que evitar que el interesado reciba un tratamiento menos favorable que si la condena anterior hubiese sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional. Y lo cierto es que la interpretación mayoritaria no solo no evita esta consecuencia peyorativa, sino que la provoca, pues precisamente el excluir el efecto equivalente de la sentencia europea para limitar el tiempo máximo de cumplimiento, el interesado recibe un trato más desfavorable que si la sentencia hubiese sido dictada por un Tribunal nacional.

El considerando noveno, al que ya nos hemos referido, dispone expresamente que *«El artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, de tal manera que si el órgano jurisdiccional nacional en que se desarrolla el nuevo proceso penal, al tener en cuenta una sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que la imposición de un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional podría tener una dureza desproporcionada para el delincuente, atendiendo a sus circunstancias, y si la finalidad de la sanción se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales».*

Estimamos que tampoco puede utilizarse este considerando para dotar al art 3 5º de un sentido que resulta manifiestamente perjudicial para el reo, al excluir el efecto equivalente en la acumulación de condenas. Ni se refiere el considerando noveno expresamente a esta materia, ni se puede deducir de una norma que expresamente pretende evitar una dureza desproporcionada de la condena, una interpretación que, en la práctica, alargue el tiempo de cumplimiento de dicha condena. Debemos insistir en que lo que se está debatiendo en esta causa es una interpretación que determina que cualquier ciudadano europeo que solicite en nuestro país una refundición de condenas

que incluya sentencias dictadas, por ejemplo, en Oporto o en Burdeos, deberá cumplir una condena más larga que si esas sentencias se hubiesen dictado, por hechos similares cometidos en la misma época, en Zamora o en Orense.

Pongamos un ejemplo sencillo para esclarecer la relevancia futura de la interpretación cuestionada. Un joven comete entre los 18 y los 21 años una serie de delitos menores en el sur de Galicia y norte de Portugal. Detenido en Portugal, y condenado en varios procedimientos, cumple cinco años de prisión. Terminada su condena es entregado a España, donde es juzgado en varios procedimientos por los delitos pendientes, anteriores a sus condenas portuguesas. En la refundición de condenas, aplicando la norma del triple de la pena mas grave (art. 76 CP 95), le corresponde un máximo de cumplimiento de nueve años de prisión. Pues bien, aplicando el principio de equivalencia las sentencias portuguesas producirán los mismos efectos que las españolas, y el condenado cumplirá efectivamente nueve años, cinco en Portugal y cuatro en España. Si se deniega la equivalencia, conforme al art. 14 2º de la LO 7/2014, cumplirá catorce.

Esta discriminación, a nuestro juicio injustificada, fragmenta el espacio judicial europeo y resulta incongruente con el principio de reconocimiento mutuo, por lo que no debería establecerse con carácter jurisprudencial a partir de una interpretación muy cuestionable de disposiciones que no contienen ninguna referencia expresa ni a la ejecución de sentencias, ni al procedimiento de acumulación de condenas ni a la limitación del tiempo máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

DECIMOQUINTO.- El criterio mayoritario también se apoya en una labor hermenéutica del art 3º 5º de la Decisión marco 2008/675/JAI, a partir de sus antecedentes legislativos y de resoluciones dictadas por otros Órganos de la Unión, o por Tribunales de otros Estados miembros.

No entraremos a fondo en esta labor hermenéutica, pues precisamente nuestra posición es que conforme al art 267 la competencia para ello le pertenece al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sin embargo podríamos señalar, brevemente, que el análisis de la inicial propuesta de la Comisión, de 17 de marzo de 2.005, no nos aporta nada en relación con la interpretación del art 3 5º de la Decisión Marco, pues este precepto se introduce con posterioridad. La resolución mayoritaria realiza un análisis minucioso y muy particular del proceso prelegislativo en el ámbito de la Comisión Europea y del Consejo, reseñando las posiciones mantenidas por diversos Estados miembros, como Holanda, lo que no hace más que ratificarnos en nuestra posición: 1º) que la aplicación del citado art 3 5º de la Decisión Marco requiere una compleja labor de interpretación, 2º) que su significado no es, en absoluto, evidente, y 3º) que la competencia para realizar esta interpretación, incluido el análisis del proceso prelegislativo en el ámbito de las Instituciones de la Unión Europea, no es nuestra, según los Tratados, sino del Tribunal de Justicia.

En cualquier caso, es necesario precisar que el análisis de proceso prelegislativo realizado en la resolución mayoritaria, no es correcto. Examinando el Documento del Consejo que invoca, de 26 de septiembre de 2006, (cuya numeración correcta es 13.101, de 2006), puede apreciarse que la única cuestión planteada por los Países Bajos sobre el art 3 5º de la Decisión Marco 2008/675/JAI, se resolvió con una propuesta de la Presidencia que *«supone que la pena debe tenerse en cuenta únicamente hasta el nivel que se habría aplicado de haber sido dictada la condena anterior por un órgano jurisdiccional nacional»*. Es decir, que no solo no se pretende excluir en el art 3 5º de la Decisión el efecto equivalente, sino que se ratifica: la pena no podrá superar la que correspondería de haberse dictado la condena anterior por un órgano jurisdiccional nacional.

DECIMOSEXTO.- Tampoco estimamos que el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, avale la interpretación mayoritaria.

Y ello, en una síntesis muy breve, por tres razones:

En primer lugar, por su propia naturaleza, dado que este Documento de la Comisión no tiene una función interpretativa de la Decisión Marco del Consejo. Como se indica expresamente en el mismo su finalidad es ofrecer una evaluación preliminar de las legislaciones nacionales de transposición ya recibidas por la Comisión.

En segundo lugar, porque el citado Documento no se refiere expresamente a la cuestión aquí planteada: si el art 3 5º de la Decisión Marco incluye, o no, una autorización para excluir el efecto equivalente en el proceso de determinación del máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Esta cuestión no aparece mencionada en párrafo alguno del Documento de Evaluación.

Y, en tercer lugar, porque el análisis del Documento nos permite constatar que en la evaluación de la aplicación de las Leyes de transposición de la Decisión Marco recibidas de los Estados miembros, entre los que no se encuentra España, no se menciona ningún supuesto en que las Leyes de transposición exceptúen el efecto equivalente en función de la fecha de las sentencias, como hace la LO 7/2014, ni tampoco en el que se haya hecho uso de la supuesta autorización facultativa que la resolución mayoritaria aprecia en el párrafo quinto del art 3º de la Decisión.

DECIMOSÉPTIMO.- Por lo que se refiere a las resoluciones de otros Tribunales Supremos Europeos citadas en la resolución mayoritaria, tampoco se aprecia que tengan incidencia alguna en la cuestión aquí controvertida, ni que avalen la interpretación acogida en dicha resolución.

En concreto, y para no alargar excesivamente esta exposición, ha de señalarse que la Sentencia de la Corte de Casación de París, de 19 de noviembre de 2014, que la resolución mayoritaria considera especialmente significativa, se refiere a un supuesto en el que un preso que se encuentra cumpliendo condena en Courtrai (Bélgica), se dirige a la jurisdicción francesa para que realice un procedimiento similar a la acumulación de condenas («*requête en confusion de peines*»), por el hecho de que con anterioridad había cumplido

otra condena en Francia. El Tribunal de Casación, con buen criterio y como es evidente, ante la petición realizada por un preso que se encontraba cumpliendo condena en Bélgica, confirmó la decisión de la Jurisdicción de Instrucción que había declarado inadmisibles las solicitudes. Como habría hecho igualmente, con toda seguridad, el Tribunal de Casación de París si el recurrente actual en nuestro procedimiento, que está cumpliendo condena en España después de haberla cumplido en Francia, se hubiese dirigido a la Jurisdicción francesa para solicitar la refundición de condenas, en lugar de solicitarla ante la jurisdicción de cumplimiento. En consecuencia, esta decisión de inadmisión («irrecevable») del Tribunal de Casación francés no aporta nada a la resolución de la cuestión aquí planteada.

DECIMOCTAVO.- Por otra parte, a la vista de la utilización por la resolución mayoritaria de los diversos criterios interpretativos previstos en nuestro art 3º 1 del Código Civil, es procedente señalar que se ha omitido el más relevante: las normas se interpretarán... «*atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad*».

Y, en el caso actual, el espíritu y finalidad de la norma, como se deduce de su parte expositiva, es el de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, lo que supone que la información relativa a las resoluciones condenatorias pronunciadas en los Estados miembros pueda tenerse en cuenta fuera del Estado miembro de condena, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal. Para lo cual se estima conveniente establecer el principio en virtud del cual todo Estado miembro ha de atribuir a una condena pronunciada en otro Estado miembro efectos equivalentes a los atribuidos a las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Derecho nacional, ya se trate de efectos de hecho o de derecho procesal o sustantivo según el Derecho nacional (Considerandos primero y quinto de la Decisión Marco).

En consecuencia, una interpretación de la norma acorde a su espíritu y finalidad sería, en principio, la que promoviese una aplicación de la norma que atribuyese con la mayor amplitud a las

condenas pronunciadas en otro Estado miembro efectos equivalentes a los atribuidos a las condenas dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales. Y ello sin exclusiones que determinen que esta equivalencia se aplique únicamente en los supuestos en que pueda perjudicar al reo (apreciación de reincidencia, prisión provisional, etc.) pero quede excluida en aquellos casos que le resulte favorable (establecimiento del límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad).

En definitiva, la interpretación que realiza la resolución mayoritaria del art 3 5º de la Decisión marco no es correcta, ni compatible con el espíritu y finalidad de la Decisión. Y puede llevar a la paradoja de que las sentencias dictadas por los Estados Miembros de la Unión Europea, acaben teniendo en nuestro ordenamiento en materia de refundición de condenas una efectividad inferior a las de los terceros Estados, pues la doctrina de esta Sala acepta ordinariamente la acumulación de las condenas impuestas por Tribunales extranjeros cuyo cumplimiento tiene lugar en España en virtud de Convenios Internacionales (por ejemplo STS 1129/2000, de 27 de junio, referida a una sentencia dictada en Tailandia; STS 926/2005, de 30 de junio, referida también a una sentencia de Tailandia o STS 368/2013, de 17 de abril, acumulación de una sentencia dictada en Andorra). Y debe también discreparse de la consideración de la resolución mayoritaria en el sentido de que nuestra doctrina jurisprudencial en esta materia debe venir determinada, como referencia principal, por la STS 2.117/2002, de 18 de diciembre, que denegó la acumulación de condenas interesada respecto de una sentencia dictada en Francia, acogándose al principio de soberanía nacional. Con ello corremos el riesgo de anclar nuestra doctrina jurisprudencial en esta materia a un momento anterior al desarrollo del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión Europea y a los avances en la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

DECIMONOVENO.- En relación con la valoración a efectos interpretativos del Derecho de la Unión de instrumentos emanados de otros organismos

de la Unión Europea, o decisiones de otros Tribunales de los Estados miembros, ha de recordarse que la dificultad de disponer de una información completa de dichos documentos o decisiones por parte de los Tribunales Supremos de cada uno de los 28 Estados miembros justifica adicionalmente la necesidad de remitir las cuestiones de interpretación de las normas de Derecho de la Unión al Tribunal de Justicia.

En la sentencia CILFIT se señala expresamente que el planteamiento de la Cuestión Prejudicial debe ser apreciada en función de

las características del Derecho comunitario (hoy Derecho de la Unión) y de las dificultades particulares que presenta su interpretación.

Debe, en primer lugar, tenerse en cuenta que los textos de Derecho de la Unión están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual; por tanto, la interpretación de una disposición de Derecho de la Unión supone una comparación de las versiones lingüísticas.

Debe observarse a continuación que, incluso en caso de exacta concordancia de las versiones lingüísticas, el Derecho de la Unión utiliza una terminología propia. Por lo demás, ha de subrayarse que los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido en el Derecho de la Unión y en los diferentes Derechos nacionales.

Finalmente, cada disposición de Derecho de la Unión debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata (Sentencia Cilfit, de 6 de octubre de 1982 - Asunto 283/81, parágrafos 16, 17, 18, 19 y 20).

La excepción al obligado planteamiento de la Cuestión para los Tribunales Supremos, que se apoya en el denominado acto claro, solo se produce en supuestos en los que, en realidad, no ha de realizarse interpretación alguna («in claris non fit interpretatio»).

Como hemos señalado con anterioridad, se trata de supuestos en los que la correcta aplicación del Derecho comunitario se imponga con tal eviden-

cia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada.

Ahora bien, antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia.

Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad.

Pues bien, difícilmente puede afirmarse en el caso actual que la interpretación del art 3 5º de la Decisión Marco como una autorización facultativa para excluir el efecto equivalente de las sentencias europeas en la determinación del plazo máximo de cumplimiento de las condenas privativas de libertad, se impone con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada, cuando como hemos expuesto la norma no dice eso y la interpretación del precepto ha requerido a la mayoría un considerable esfuerzo interpretativo, fundado en una argumentación muy cuestionable.

Y, en absoluto, puede llegarse a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia, cuando en el propio seno de la Sala Penal del Tribunal Supremo español, esa supuesta evidencia no es compartida por un número relevante de Magistrados (un 40% del Pleno de la Sala), que han aportado una argumentación razonada y razonable en contra del criterio interpretativo sostenido por la mayoría.

La argumentación de la resolución mayoritaria en el sentido de que la Cuestión Prejudicial no es necesaria, porque la duda no depende de que un relevante sector del Tribunal sostenga razonadamente una interpretación jurídica diferenciada, responde a nuestro entender a un defectuoso entendimiento de la naturaleza de la Cuestión Prejudicial en el Derecho de la Unión, y su confusión con el planteamiento de una Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Interno. En efecto el art 267 del TFUE no se refiere en

absoluto a una duda, sino a la concurrencia de una cuestión de interpretación sobre el Derecho de la Unión. Y, en el caso actual, la concurrencia de una cuestión de interpretación viene avalada por la relevante labor de interpretación realizada en la propia resolución mayoritaria, para sostener su posición, y por la posición contraria, también argumentada exhaustivamente, sostenida por la parte recurrente y por un sector numéricamente relevante del Pleno de la Sala.

Lo importante para que pueda eludirse la obligación de plantear la Cuestión Prejudicial ante el TJUE no es la convicción subjetiva o personal del Juez o de la mayoría de los Jueces en un Tribunal colegiado, sino una condición objetiva de la norma a interpretar, cuyo contenido y significado sea tan nítido que permita establecer la exégesis procedente con absoluta evidencia.

En consecuencia, reiteramos que en el supuesto actual resulta imperativo, conforme a lo establecido en el art 267 TFUE, el planteamiento de la Cuestión Prejudicial.

VIGÉSIMO.- La resolución mayoritaria argumenta que esta Sala no ha planteado cuestión prejudicial en otros supuestos de aplicación del Derecho de la Unión, citando una serie de resoluciones de la misma.

Analizadas las resoluciones invocadas puede comprobarse que en ninguna de ellas concurren las condiciones que imponen el planteamiento de Cuestión Prejudicial en el caso actual, pues se trata de supuestos muy diferentes, en los que no se ha planteado una cuestión de interpretación en sentido propio, sino que se limitan a la aplicación o inaplicación de la norma transpuesta o de la norma de transposición.

Lo que caracteriza el supuesto actual, y no concurre en ninguno de los casos invocados en la sentencia mayoritaria, es en primer lugar que se plantea directamente la incompatibilidad de la norma de transposición con la norma transpuesta, lo que obligaría a su inaplicación.

En segundo lugar, que dicha incompatibilidad es apoyada por una interpretación razonadamente sostenida por un sector relevante del Pleno de la Sala (un 40 % de sus Magistrados), planteando una situación en la que no puede afirmarse que

la interpretación mayoritaria sea evidente por sí misma.

Y, en tercer lugar, que esa interpretación va a desplegar su efecto sobre un número relevante de procedimientos futuros, y de ciudadanos europeos afectados, en relación con un derecho fundamental como es la prolongación del cumplimiento de penas privativas de libertad.

Situación inédita en la Sala, sin precedente alguno, que justifica en el caso actual el planteamiento de las Cuestiones de Interpretación anteriormente referidas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a lo prevenido en el art 267 TFUE.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En el supuesto de que la respuesta correcta a las anteriores cuestiones fuese favorable a la compatibilidad de la LO 7/2014 con la Decisión Marco, restaría una nueva cuestión que plantear.

¿La aplicación retroactiva de las restricciones de la LO 7/2014, de 12 de noviembre a los supuestos planteados y resueltos con anterioridad a su entrada en vigor, constituye una vulneración del principio de irretroactividad de la Ley Penal garantizado en el art 49 de la Carta de Derechos Fundamentales, interpretado en relación con los principios generales sobre la irretroactividad de las normas desfavorables que se deducen del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conforme al art 6 3º del TUE ?

Es sabido que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha supuesto el otorgamiento de eficacia jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; catálogo propio de derechos fundamentales que desde entonces vincula a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

La Carta es aplicable cuando un Estado Miembro actúa en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (doctrina ERT, confirmada por la STJUE Pflieger, 30 abril 2014), pues los Estados miembros en sus actuaciones ligadas al ordenamiento europeo se encuentran vinculados por los derechos fundamentales comunitarios.

El Tribunal de Justicia se ha referido esencialmente a dos supuestos o situaciones en las que un acto de un Estado miembro puede someterse al control del juez comunitario tomando como parámetro de control su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión. El primer supuesto o situación es aquel en el que los Estados miembros actúan en calidad de «agentes de la Unión» al adoptar las disposiciones nacionales exigidas por una normativa europea (STJUE de 13 de julio de 1989, 5/88, asunto Wachauf). El segundo es aquel en el que un Estado Miembro no actúa como aplicador del derecho europeo sino en el ámbito de aplicación del derecho europeo, bien por que adopte una normativa nacional que exceptúa una libertad de circulación reconocida por el Tratado (STJE de 18 de junio de 1991, C-260/89, asunto Elliniki Radiophonia Tiléorassi, doctrina ERT) o bien de forma más amplia si se propone lograr el objetivo pretendido por una normativa comunitaria mediante las disposiciones nacionales que le parecen necesarias para ello (STJE de 10 de julio de 2003, C.20/00 y C.64/00, asunto Booker Aquaculture e Hydro Seafood).

Esta doctrina ha sido ratificada en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 51 dispone que *«las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»*.

En sentencias posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y por consiguiente a la entrada en vigor del artículo 51 de la Carta, el propio Tribunal de Justicia ha subrayado que la normativa nacional incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debe cumplir la Carta y que *«la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta»* (STJUE de 26 de febrero de 2013, C.617/10, asunto Åkerberg Fransson, apartado 21 y STJUE de 30 de abril de 2014, C.390/12, asunto Pflieger).

En el caso actual, encontrándonos ante actuaciones de un Estado miembro como aplicador

del Derecho de la Unión, tanto al aprobar la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, como norma de transposición de la Decisión Marco 2008/675 JAI, como al aplicar retroactivamente las restricciones de la referida LO 7/2014 a los supuestos planteados y resueltos con anterioridad a su entrada en vigor, es claro que nos encontramos ante actos de un Estado miembro que pueden someterse al control del Juez Comunitario tomando como parámetro de control su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Por su parte, el artículo 52, apartado 3º, de la Carta hace del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales un estándar mínimo por debajo del cual no puede descender el Derecho de la Unión.

En la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia en el asunto Melloni (STJ de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto Melloni) la finalidad del artículo 53 de la Carta sería delimitar el ámbito de aplicación respectivo de la Carta y de las Constituciones de los Estados miembros, reiterando que en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el estándar de protección que se debe aplicar es el derivado de la Carta, y desplazando con ello los estándares constitucionales nacionales conforme a la doctrina de la primacía incondicional del Derecho de la Unión, pero manteniendo el suelo mínimo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de acuerdo con el art 6 3º del TUE.

El propio Tribunal Constitucional español ha reconocido que España, como Estado miembro de la Unión, se encuentra sujeta a las normas del ordenamiento de la Unión Europea, normas «*que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas*» (SSTC 28/1991; 64/1991, 130/1995 o 58/2004). En lo que se refiere al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales resulta obligado reconocer su consideración de estándar mínimo para la aplicación del Derecho de la Unión.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido al Derecho de la Unión Europea una presunción general de conformidad con el Convenio en su Sentencia Bosphorus (2005). Asimismo el Tribunal de Justicia ha recordado que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 52, apartado 3, precisa que, en la medida en que dicha Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este Convenio.

Según la explicación de esta disposición, el sentido y alcance de los derechos garantizados no quedarán determinados únicamente por el texto del CEDH. También, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

VIGÉSIMO TERCERO.- En consecuencia, si el principio de irretroactividad de la norma penal debe interpretarse en la Carta conforme a la doctrina jurisprudencial del TEDH, la tercera cuestión planteada debería responderse afirmativamente. En efecto, la doctrina del TEDH sobre esta cuestión ha sido establecida con fecha 21 de octubre de 2013, en la sentencia dictada en el caso Del Río Prada c. España (Gran Sala), considerando que la aplicación de una nueva doctrina en materia de límites máximos de ejecución de las penas de prisión (en nuestro caso en los procedimientos de acumulación o refundición de penas para aplicar dichos límites máximos) no afecta solo a la forma de ejecución de la pena, sino que supone una redefinición del alcance de la misma.

El TEDH toma en consideración que el criterio jurisprudencial establecido en nuestra STS 197/2006 (doctrina Parot) era coincidente sustancialmente con el incorporado en las disposiciones del nuevo Código Penal de 1995, que no podía ser aplicado retroactivamente por no resultar más favorable.

Por lo tanto, el TEDH establece, en síntesis, en la STEDH de 21 de octubre de 2013, que no es conforme al Convenio ni aplicar retroactivamente una ley penal posterior más desfavorable de forma directa, ni aplicar retroactivamente los

aspectos desfavorables de la nueva Ley por el procedimiento de modificar la interpretación jurisprudencial anterior.

Estimamos, en consecuencia, que habida cuenta de la existencia de una doctrina jurisprudencial aplicativa de la decisión marco 2.008/675/JAI, establecida por unanimidad en la STS núm. 186/2014, de fecha 13 de marzo, y aplicada pacíficamente por la Audiencia Nacional en varias resoluciones hasta la aprobación de la LO 7/2014, de 22 de noviembre, constituye una aplicación retroactiva desfavorable al reo, vedada por la doctrina del TEDH, imponer las restricciones establecidas por dicha norma al recurso actual, que revisa una decisión adoptada antes de la publicación de la Ley, tanto si se aplica la nueva norma directamente como si se aplica para modificar por vía interpretativa la doctrina jurisprudencial anterior.

Y estimamos que no puede justificarse este cambio interpretativo perjudicial para el reo alegando que la interpretación anterior del Derecho interno conforme a la Decisión Marco es ahora una interpretación «contra legem», porque no puede considerarse como Ley interna que impida la aplicación conforme de una Decisión Marco, precisamente a la norma de transposición de dicha Decisión Marco que, por definición, debería ser conforme con la misma.

La doctrina del TEDH puede, en consecuencia, tomarse en consideración para estimar la tercera Cuestión Prejudicial que deberíamos haber planteado, dado que el sentido y alcance de los derechos fundamentales garantizados en el Derecho de la Unión no quedan determinados únicamente por el texto del CEDH. También, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

VIGÉSIMO CUARTO.- Todo ello, naturalmente, con independencia de que la cuestión de la retroactividad en la aplicación de una norma penal desfavorable pudiese también ser revisada por nuestro Tribunal Constitucional, en el ámbito del derecho interno.

En efecto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español «en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder públi-

co que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo (STC 64/1991).»

Asimismo, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha considerado que la decisión de no plantear una cuestión prejudicial no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, también lo es que el Tribunal Constitucional igualmente ha considerado que «la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediadamente la lesión del citado derecho fundamental», como podría suceder si un órgano judicial decide no plantear la cuestión prejudicial, cuando es legalmente procedente, de una manera insuficientemente fundada.

VIGÉSIMO QUINTO.- La Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme al art 267 del TFUE, debería haber incluido, por tanto y a nuestro entender, las siguientes preguntas:

1ª.- ¿Los preceptos de la Decisión Marco 2008/675 JAI pueden interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para excluir en la norma de transposición el efecto equivalente, que constituye el objetivo de la Decisión, para todas las sentencias condenatorias de los Tribunales del resto de los Estados miembros de la Unión Europea anteriores al 15 de agosto de 2010?

2ª.- ¿El artículo 3º párrafo 5 de la Decisión Marco 2008/675 puede interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para utilizar la norma de transposición con el fin de excluir el efecto equivalente en la fase de ejecución de sentencia en relación con los límites de cumplimiento de las penas, y en perjuicio del reo, para todas aquellas sentencias condenatorias dictadas en otros Estados miembros que sean de fecha posterior a la comisión de los delitos objeto de los procesos nacionales?

3ª.- ¿La aplicación retroactiva de las restricciones de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, a los supuestos planteados y resueltos con anterioridad a su entrada en vigor, constituye una vulneración del principio de irretroactividad de la Ley Penal garantizado en el art 49 de la Carta de Derechos Fundamentales, interpretado en relación con los principios generales sobre la irretroactividad de las normas desfavorables que se deducen del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conforme al art 6 3º del TUE ?

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del TJUE la Cuestión debería ir acompañada de una solicitud para su tramitación por el procedimiento de urgencia. Este procedimiento se aplica a las materias objeto del Título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, y está justificado en supuestos contemplados en el artículo 267 TFUE, párrafo cuarto, de personas privadas de libertad, cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de esa persona, presupuesto que concurre en el caso actual. (Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, publicado en el Diario Oficial de la UE, serie L núm. 265, de 29 de septiembre de 2012 y Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, publicadas en el Diario Oficial de la UE, serie C, núm. 338, de 6 de noviembre de 2012).

VIGÉSIMOSEXTO.- En definitiva, en un auténtico espacio de justicia basado en la confianza mutua, como es la Unión Europea, donde además las personas pueden desplazarse y establecerse libremente, y donde han desaparecido las fronteras, el objetivo de mantener y desarrollar un auténtico espacio europeo de justicia exige que las condenas contra las personas juzgadas en un Estado miembro se tengan en cuenta en otro Estado miembro como si hubiesen sido dictadas por su propia jurisdicción, tanto en lo que se refiere a los efectos desfavorables para el reo, como a los efectos favorables.

Y la aplicación de estos criterios requiere una normativa europea interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados miembros, para lo cual es necesario garantizar el principio de unidad de interpretación a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, finalidad que inspira lo dispuesto en el art 267 del TFUE.

La interpretación que la resolución mayoritaria realiza del art 3 5º de la Decisión Marco 2008/675 no solo no es evidente, sino que es manifiestamente incorrecta. Si conseguimos liberar el debate de la acumulación de materiales de interpretación que se incorporan en la referida resolución, que no nos dicen nada concreto sobre el precepto y solo aportan distracción y confusión, para centrarnos en lo que realmente dice la norma, podemos comprobar fácilmente que el párrafo quinto del art. 3º de la DM no puede incorporar una autorización facultativa para excluir el efecto equivalente en la acumulación de condenas, porque no se refiere en absoluto a la determinación del tiempo máximo de cumplimiento de las penas, una operación que se realiza en ejecución de sentencia, sino que se refiere expresamente a la imposición de la pena, una actividad diferente que tiene lugar en la fase previa de individualización que se realiza en la sentencia de condena.

Procede, por todo ello, suscribir el presente voto particular.

Candido Conde-Pumpido Touron Joaquin Gimenez Garcia

Miguel Colmenero Menendez de Luardo Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia
VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Joaquin Gimenez Garcia, al que se adhieren los MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. Candido Conde-Pumpido Touron, D. Miguel Colmenero Menendez de Luardo, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro y EXCMA. SRA. Dª Ana Maria Ferrer Garcia, respecto de la Sentencia nº 874/2014 de fecha 27 de enero de 2015, recaída en el Recurso de Casación nº 10.711/2014P, interpuesto por Jose Antonio, contra el Auto dictado por la Sección III

de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de septiembre de 2014.

Mi discrepancia con la doble decisión de la sentencia de la mayoría es doble.

En *primer lugar*, discrepo de la decisión de no haber aceptado el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia conforme al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE— sobre la fidelidad de la L.O. 7/2014 que traspuso la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008 relativa al principio de equivalencia de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros y que hubiera supuesto, de haberse admitido, suspender la decisión de fondo y esperar al pronunciamiento de Tribunal de Justicia.

En *segundo lugar*, discrepo, igualmente, de la decisión adoptada en cuanto al fondo de rechazar la petición de acumulación de la condena impuesta en Francia —y ya cumplida— del solicitante, Jose Antonio, a la acumulación ya efectuada de las condenas impuestas por los Tribunales españoles.

Obviamente, me adhiero al voto particular que en relación a la primera cuestión ha formalizado el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron que desarrolla in extenso esa cuestión, y, asimismo, me adhiero a los votos que en relación a la segunda cuestión han formalizado los Excmos. Sres. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca y D. Luciano Varela Castro.

Primero.- El Tratado de Lisboa que modificó el Tratado de la Unión Europea y el constitutivo de la Comunidad Europea, que fue ratificado por España —BOE 27 de noviembre 2009— en el Capítulo 1, art. 61 define la Unión como «un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros», y, asimismo se reconoce en el párrafo 3º de dicho artículo que «...la Unión se esforzará por garantizar..... medidas de coordinación y cooperación entre las autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal...».

Consecuencia de la construcción de la Unión Europea, es que el ordenamiento jurídico comunitario, tiene una naturaleza vinculante que se impone, si fuera preciso, a las legislaciones nacionales, por ello, las notas del derecho comunitario son las de primacía y de interpretación conforme de la legislación nacional a la legislación comunitaria y ello, debe predicarse tanto respecto de las Directivas como de las Decisiones Marco —en adelante DM—.

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de la Unión de 16 de junio de 2005 en el «caso *Pupino*», no deja lugar a dudas por su claridad y contundencia.

Retengo dos párrafos:

Párrafo 34

«El carácter vinculante de las decisiones marco... supone para las autoridades nacionales y en particular para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del derecho nacional».

Párrafo 41

«Al aplicar el derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco».

La decisión de la mayoría del Tribunal rechazó la posibilidad de plantear la cuestión de prejudicialidad acerca de la fundamental cuestión de si, la L.O. 7/2014 ha sido respetuosa con la confesada finalidad de la DM 2008/675/JAI de hacer equivalentes las resoluciones dictadas por los Tribunales de la Unión con los dictados por los Tribunales españoles.

Retengo los considerandos tercero y cuarto que preceden al articulado de la propia Decisión Marco.

Considerando tercero

«...El objetivo de la presente decisión marco es definir una obligación mínima para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros...».

Considerando séptimo

«...Los efectos atribuidos a las resoluciones condenatorias pronunciadas en otros Estados miem-

bros deberían ser equivalentes a las atribuidas a las resoluciones nacionales, ya se trate de la fase previa al proceso penal, del propio proceso penal y de la fase de ejecución de condena...».

La propia Exposición de Motivos de la L.O. 7/2014 hace expresa referencia al «carácter instrumental» de esta Ley, lo que, a mi juicio quiere decir que solo se trataba de introducir —esto es trasponer— al derecho interno español el corpus jurídico de la DM. Luego se verá que *no ha sido así el resultado final* aunque *sí era así en la fase del proyecto de Ley*.

Ciertamente la DM establece en el art. 3 la posibilidad de excepciones al principio de equivalencia. La decisión de la mayoría del Tribunal ha entendido que en base a tal posibilidad, la L.O. 7/2014 ha hecho un uso que quedaba legitimado en la propia DM, y que por tanto se estaba ante un «acto claro» que justificaba la *no* presentación de la cuestión prejudicial.

Dice la sentencia de la mayoría en el f.jdco. quinto, párrafo 1º que el Tribunal no tiene obligación de dudar de la interpretación que se efectúa de la DM «...solo si al aplicarla tal duda surge, entonces tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial...».

A mi juicio, la duda no debe estar referida a la interpretación de la DM, sino a la Ley nacional que la traspone a la legislación interna.

Las certezas, en clave jurídica, no son certezas matemáticas *urbi et orbe*, sino certezas razonadas. Es el razonamiento que lleva a la conclusión concernida el que las hace asumibles, y en tal sentido, la cuestión de si la L.O. 7/2014 resulta compatible con la DM no nos debe reenviar al resultado de la votación entre los miembros del Tribunal —nueve a seis como se sabe—, sino si se *debió dudar a la vista de la existencia de una minoría que expresó y razonó sus dudas en el sentido de que las excepciones previstas en la L.O. 7/2014, de hecho vaciaban de contenido el principio de equivalencia que es el alma y razón de ser de la DM*.

El Tribunal de Justicia es el intérprete supremo del Ordenamiento Comunitario, este tiene un valor vinculante superior a las legislaciones nacionales pero en la medida que la *aplicación del mismo lo*

es de forma descentralizada, por los órganos correspondientes de los Estados miembros, es preciso garantizar que la norma comunitaria —en este caso la DM— *sea aplicada por los Tribunales de los Estados miembros de la misma manera*, por ello, para salvar el principio de interpretación conforme e igual en toda la Unión Europea evitando rupturas con la interpretación, se arbitra el planteamiento de la cuestión prejudicial, que sin duda, debió ser admitida.

Segundo.- Abordo ya la cuestión de fondo, en concreto la situación jurisprudencial existente *anterior* a la L.O. 7/2014.

Tanto la sentencia como en los Votos Particulares se citan los *precedentes jurisprudenciales existentes*:

1- STS 1129/2000 de 27 de junio.

2- STS 2117/2002.

3- STS 926/2005.

4- STS 368/2013.

5- STS 186/2014.

Unas breves reflexiones sobre estos precedentes jurisprudenciales.

En las SSTS 1129/2000 y 926/2005, esta Sala del Tribunal Supremo aceptó la acumulación de las condenas impuestas por los Tribunales de Tailandia a ciudadano español que, en virtud del Tratado existente entre ambos países, cumplió la condena en España y esta Sala aceptó la acumulación de la condena impuesta en Tailandia con las que tenía en España.

La STS 2117/2002 denegó la acumulación solicitada por español condenado en Francia de siete años de prisión que solicitó que tal condena se acumulara a las que tenía en España.

En esta ocasión la decisión de esta Sala fue negativa con el argumento de que «...en modo alguno pudieran ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes Estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes...».

Hay que situar tal argumentación en el tiempo en que fue efectuada —año 2002— donde el espacio común de justicia, seguridad y libertad de la Unión Europea por lo que se refería a la justicia debía recorrer un largo camino hasta la realidad

actual, por ello, *a mi juicio tal precedente jurisprudencial carece totalmente de valor*. La argumentación responde a las reticencias a abandonar el viejo concepto de soberanía que ya, en ese año 2002 había quedado muy debilitado porque concretas materias definitorias de la soberanía nacional, tales como la existencia de fronteras, moneda, fuerzas armadas y de policía, titulación académica, y política exterior ya habían tenido un importante proceso de comunitarización... *salvo el sistema judicial, que de este modo tenía el valor simbólico del núcleo «duro» de la soberanía, ciudadela de lo que quedaba de la vieja soberanía de los Estados.*

Tal planteamiento hoy es claramente obsoleto e incompatible con el concepto de Unión Europea porque es claro que siendo las democracias que la integran, unas democracias judicializadas, porque los inevitables conflictos en proporción creciente van a resolverse en clave jurisdiccional, la homogeneización de los sistemas jurídicos y judiciales nacionales, en definitiva, el principio de equivalencia en todo lo referente a las resoluciones singularmente penales, es el presupuesto necesario de la Unión y exigencia del concepto de ciudadanía europea que se contiene la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ratificado por España.

Obviamente se trata de una unión que respeta la diversidad de tradiciones y culturas de los países miembros, pero lo que es *incompatible* con esta realidad sería la existencia de *islotés*, representativos del viejo concepto de soberanía frente a otros países singularmente, en materia tan sensible como los referentes a *derechos y garantías de orden penal y procesal penal*.

Por ello, a mi juicio, la STS 2117/2002 es un precedente a descartar totalmente y en tal sentido discrepo del énfasis que la sentencia de la mayoría pone en dicha sentencia —f.jdco. cuarto—.

La STS 368/2013 ofrece bastantes similitudes con las dos primeras. Aquí se trata de sentencia dictada por Andorra y cuya pena se cumple en España.

Sin duda, el *precedente jurisprudencial más relevante, y más próximo temporalmente, está constituido por* la STS 186/2014 de fecha 13

de marzo, cuando *ya se había publicado* la DM 2008/675/JAI de la Unión —que lo fue el 24 de julio de 2008—, pero que, a pesar de haber fijado como límite para la trasposición a las legislaciones nacionales la fecha de 15 de agosto de 2010, el legislador español *había dejado pasar tal plazo, con creces*.

En dicha sentencia la petición que le efectuó el recurrente fue la de acumular la condena impuesta en Francia, y ya cumplida, a las otras sentencias dictadas por los Tribunales españoles, y citó como norma habilitante para tal solicitud, la DM 2008/675/JAI *no traspuesta al derecho español*.

La decisión de la Sala *fue positiva*, accediendo a lo solicitado siempre que se cumplieran los requisitos exigidos para la acumulación a las condenas españolas por lo que se solicitaron los datos necesarios.

Retengo el siguiente párrafo del f.jdco. primero in fine:

«Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión Marco, (“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010”), lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea.

En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación.

4. *Sin embargo, no es posible resolver en este momento acerca de la pertinencia de la acumulación concretamente solicitada, dado que no se dispone ahora de testimonio de la sentencia ni por tanto de los datos relativos a su contenido, ni tampoco de los términos de su ejecución, concretamente atinentes al cumplimiento de la*

pena en ella impuesta, de manera que el órgano jurisdiccional competente, previa la obtención, por los medios disponibles en derecho, de la documentación necesaria, deberá incluir la sentencia dictada por el Tribunal francés entre las que deben ser examinadas y consideradas a efectos de la acumulación y, previo examen de las condiciones concurrente, decidir en consecuencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 988 de la LECrim y con la jurisprudencia que lo interpreta, sin que constituya un límite a la posibilidad de acumulación el que la sentencia haya sido dictada por un tribunal de otro Estado de la Unión Europea».

Fue precisamente esta sentencia la que sirvió de precedente jurisprudencial para los autos dictados por la Sección III de la Audiencia Nacional ante las peticiones de los recurrentes Pedro y Palmira a quienes por auto de 19 de diciembre y 21 de octubre, respectivamente, se les acumuló las sentencias condenatorias impuestas en Francia, y ya cumplidas, a las ejecutorias de las sentencias españolas con los efectos de computarlas en el plazo máximo de prisión a cumplir, resoluciones, las dos, que *significativamente no fueron recurridas por el Ministerio Fiscal.*

En conclusión, la decisión de esta Sala en ausencia de transposición de la DM, ha sido, como se observa en la STS 186/2014, la *total equiparación*, y por tanto en fase de ejecución acceder a la acumulación de la condena impuesta en Francia en las mismas condiciones que las condenas dictadas por los Tribunales españoles.

Equiparación que, obvio es decirlo, afecta tanto a los aspectos positivos: acumulación de la condena, como a los negativos: tales como reincidencia, entre otros.

Tercero.- *La L.O. 7/2014* que traspuso la DM tantas veces citada, ha supuesto un *cambio radical* en relación a la situación anterior a la transposición. El cambio de rumbo se perfeccionó y esto es muy significativo, durante la tramitación del proyecto de Ley.

En efecto, en el proyecto de Ley que fue informado, como es preceptivo tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Consejo de Estado, se hacía especial referencia a que el

principio de equiparación entre las condenas dictadas por España y en otros Estados miembros, principio de equiparación que operaba tanto en lo positivo —acumulación— como en lo negativo —reincidencia y otros efectos—.

Retengo del Informe del Consejo de Estado del 28 de noviembre de 2013 el siguiente párrafo:

«...En tal sentido, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta, entre otros supuestos señalados por el Consejo General del Poder Judicial —Informe de fecha 11 de abril de 2013— para acordar la prisión provisional (art. 503-1-1º LECrim), cantidad y calidad de la fianza que se debe prestar para eludir la (art. 531 LECrim), determinar la pena (art. 66-6º CP), el límite máximo de cumplimiento (art. 76CP), (el subrayado es mío), la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado (arts. 80, 81-1º CP), decretar la suspensión de la pena privativa de libertad cuando el reo haya delinquido por su adicción a sustancias estupefacientes (art. 87 CP), ponderar la condición de no habitual a los fines de la sustitución de la pena privativa de libertad (art. 88 CP), y fijar el plazo para la cancelación de antecedentes penales (art. 136-2-2º CP)...».

En definitiva, tanto en el Informe del Consejo de Estado como del Consejo General del Poder Judicial, y en lo que aquí interesa, se reconocía expresamente que el principio de equivalencia con las sentencias dictadas por los Tribunales de otros Estados tenía incidencia en la fijación del límite máximo de cumplimiento, en los mismos términos que ocurre con las distintas condenas dictadas por los distintos Tribunales españoles en relación a la misma persona.

En la L.O. 7/2014 se ha excluido precisamente, del principio de equivalencia la posibilidad de acumular la condena dictada por un Tribunal extranjero, a las condenas dictadas por los Tribunales españoles.

El art. 14, apartados b) y c) de la Ley, excluye *expresamente*, la acumulación de la condena dictada por otro Estado de la Unión cuando, precisamente, se dan requisitos que justificarían tal acumulación de tratarse de condenas dic-

tadas por Tribunales españoles, con lo que en definitiva, nos encontramos con una excepción al principio de equivalencia que a pretexto de la posibilidad de excepcionar que se reconoce en la DM, vacía de contenido el propio principio de equivalencia que se dice trasponer, precisamente en los aspectos positivos para el condenado. Sin embargo tal equivalencia sí opera en los aspectos negativos como la reincidencia y antecedentes penales y otros.

Pero hay más:

La Disposición adicional única establece que:

«En ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010».

Dicha fecha fue la prevista en la DM como fecha límite dada a los Estados miembros de la Unión para efectuar la trasposición de dicha DM, plazo que incumplió el Estado español lo que no ha sido obstáculo para que la Ley 7/2014 con el contenido restrictivo que tiene acuerde su vigencia, con evidente naturaleza retroactiva, al 15 de agosto de 2010, cuando a mi juicio es obvio que su vigencia, dada la naturaleza restrictiva de tal Disposición adicional solo podía tener valor a partir de su vigencia. Sobre este tema comparto las argumentaciones de los otros Votos Particulares, lo que me permite evitar innecesarias reiteraciones.

Cuarto.- Puede decirse que ha existido una *novación peyorativa del Proyecto en relación al texto de la Ley*. Basta comparar la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno, con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2014.

Texto de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley.

«La regulación del Título II de esta ley supone la consagración del principio de eficacia general o equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea mediante su toma en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos. Ello significa que, al igual que ocurre con las condenas anteriores pronunciadas en España, las que se dicten en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta

tanto durante el proceso, como en la fase previa al mismo y en la ejecución de la condena. En este sentido, esas condenas dictadas con anterioridad en otros Estados miembros habrán de ser tenidas en cuenta, entre otros casos posibles, para acordar una prisión provisional o la cantidad y calidad de la fianza a prestar para eludir, para determinar la pena o el límite máximo de cumplimiento, para denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado, para decretar la suspensión de la pena privativa de libertad si el reo hubiera delinquirido por su adición a sustancias estupefacientes o para ponderar la condición de reo habitual a los fines de la sustitución de la pena privativa de libertad».

En la Exposición de Motivos de la Ley, tal párrafo ha sido sustituido por el siguiente:

«Junto a este principio general, con el propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión marco, los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en consideración: a efectos de la revisión de las condenas que ya hubieran sido impuestas con anterioridad en España o de las resoluciones dictadas para dar inicio a su ejecución; a efecto de las condenas que eventualmente se impongan con posterioridad en España por delitos que se hubieran cometido antes de que se hubiera impuesto la condena anterior por el otro Estado miembro; así como en relación con las resoluciones sobre fijación de los límites de cumplimiento de la pena que se dicten conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando incluyan alguna de esas condenas».

La comparación de los dos textos exime de mayor comentario.

La propia sentencia de la mayoría lo reconoce como no puede ser menos. Dice el último párrafo del f.jdco. tercero:

«...El cambio de contenido del legislador obedeció a una tardía enmienda en el Senado (por cierto, aprobada sin votos en contra en ninguna de las dos Cámaras y con escaso número de abstenciones, que no sobrepasaron la media docena) de forma que, además de privar a los órganos

consultivos de informar específicamente sobre este cambio, determina por contra, que las invocaciones del recurrente al Consejo de Estado, en cuanto referidas a un texto tan dispar, no resultan ilustrativas para la resolución específica de este procedimiento...».

En resumen, cambio sustancial del proyecto informado por los órganos consultivos, por la introducción de novedades que alteraban sustancialmente el Proyecto.

Más aún, la propia sentencia de la mayoría se lamenta de que en definitiva, el principio de equivalencia solo opere según la Ley en lo perjudicial al reo, y no en lo positivo.

En el f.jdco. quinto, apartado 3, se lee:

«Es cierto que extraña y no complace, que la consecuencia práctica con frecuencia sea solo consideraciones peyorativas para el reo, como prisión provisional, reincidencia, ponderación de pena...» (el subrayado es mío).

Pero cierra la cuestión estimando que «...siendo evidente la subsunción del supuesto de autos en el contenido del art. 3-5 de la Decisión Marco... cualquier cuestión adicional interpretativa, no resulta determinante ni necesaria para la resolución de este recurso, con signo desestimatorio...».

No puedo compartir tal argumentación. Estamos gobernados por principios, no por artículos, y en consecuencia el tímido reconocimiento que hace la sentencia de la mayoría de que el principio de equivalencia entre las resoluciones judiciales de los Estados miembros, ha quedado reducido en la L.O. 7/2014 al principio de equivalencia en lo negativo para el condenado, no puede cerrarse con la afirmación apodictica de que la excepción al reconocimiento de las condenas impuestas por otros Tribunales de la Unión, tiene acogida en el derecho a excepcionar que se recoge en la DM, lo que supone negar el principio de equivalencia. *Trasponer* una Decisión Marco, equivale a trasladar la misma e incorporarla al ordenamiento jurídico del Estado correspondiente. En definitiva, *trasponer es traducir y no traicionar* los principios y finalidad de la DM.

Por ello el argumento de que después de la promulgación de la Ley 7/2014, su cumplimiento viene a ser obligatorio pues caso contrario se

incurriría en una interpretación «*contra legem*», pone en toda su crudeza la *contradicción* que supone aceptar que lo que fue posible aplicando directamente la DM, no es posible después de que la L.O. 7/2014, la ha traspuesto al derecho español.

Una última reflexión.

Cualquier lector ya habrá comprendido que la intención de la L.O. 7/2014 ha sido la de *cerrar la posibilidad de recortes en las penas de prisión* a cumplir por miembros de la organización terrorista ETA, condenados por crímenes gravísimos como es conocido por todos, a consecuencia de la acumulación de las condenas dictadas por los Tribunales franceses a las dictadas por los Tribunales españoles.

En este sentido, el presente caso, ofrece *obvias analogías* —que no identidades— con la llamada doctrina «*Parot*», iniciada por la Sentencia de esta Sala II, 197/2006 de 28 de julio, que fue desautorizada por la Sentencia del Pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —Gran Sala— de 21 de octubre de 2013.

No es descartable, en modo alguno, un desenlace semejante.

Concluyo:

Debió admitirse la proposición de la cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la trasposición reduccionista en lo favorable al condenado que ha efectuado el legislador español en la mencionada Ley 7/2014.

En otro caso, debió admitirse el recurso y acordar la acumulación de la condena al recurrente dictada por el Tribunal francés, una vez se tuvieran los datos necesarios para verificar si procedía tal acumulación en *los mismos términos* que se admiten para las condenas de los Tribunales españoles.

Joaquín Giménez García Candido Conde-Pumpido Tournon

Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García
VOTO PARTICULAR formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, y al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Candido Conde-Pumpido Tournon, D. Joaquín Giménez García, D. Luciano Varela

Castro, D. Alberto Jorge Barreiro y Excma. Sra. D^a Ana María Ferrer García, respecto de la sentencia n^o 874/2014, de 27 de enero de 2015, dictada en el Recurso n^o 2/10711/2014.

Mi respetuosa discrepancia con la decisión de la mayoría se centra, en primer lugar, en la aplicación que se hace en la sentencia mayoritaria de las previsiones contenidas en la LO 7/2014 a supuestos de acumulación de condenas respecto de las dictadas por Tribunales españoles con anterioridad a su entrada en vigor, pues entiendo que se trata de la aplicación retroactiva de una norma de carácter desfavorable respecto del marco normativo anteriormente aplicable. Y, en segundo lugar, una vez que fue rechazada esa tesis, en la necesidad de plantear una cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, con el objeto de precisar si la Decisión Marco 2008/675/JAI puede ser interpretada de forma que ampare las exclusiones del principio de equivalencia contenidas en la citada ley orgánica, lo cual entiendo que no resulta del texto de la referida Decisión, acogiéndose en la sentencia mayoritaria una interpretación notoriamente forzada de sus disposiciones con resultados en contra del reo, y que resulta contraria igualmente a la finalidad de la norma europea orientada al desarrollo de la construcción de un espacio común de libertad, seguridad y justicia.

I. El tema de fondo que se plantea en el recurso es la consideración que haya de darse en el trámite previsto en el artículo 988 de la LECrim a las sentencias dictadas por Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea. No se trata de examinar los requisitos hasta ahora exigidos o de establecer nuevos requisitos; o de modificar o reinterpretar las exigencias hasta ahora establecidas por la ley e interpretadas por la jurisprudencia; sino de decidir si en la acumulación de condenas para determinar el límite máximo de cumplimiento conforme al artículo 76 del CP vigente o al artículo 70 del CP derogado deben considerarse y tenerse en cuenta las condenas dictadas, contra las mismas personas y por hechos diferentes, por los Tribunales de cualquier

Estado de la Unión Europea, en las mismas condiciones y con los mismos efectos que hasta ahora habían sido consideradas y tenidas en cuenta las dictadas por Tribunales españoles.

Es posible prescindir de consideraciones relativas a los requerimientos legales relativos a la información, a su calidad y a la forma de obtenerla, pues sobre esos aspectos no se ha planteado cuestión. De todos modos, es claro que la equiparación solo es procedente cuando la información haya sido obtenida en la forma legalmente prevista.

Tampoco es necesario examinar aquí si es posible la acumulación en el caso concreto al que se refiere el recurso, pues no se dispone de todos los datos necesarios para adoptar una decisión sobre el fondo. La estimación del recurso solamente supondría la reiteración del criterio ya plasmado en precedentes anteriores, especialmente en la STS n^o 186/2014, de forma que el Tribunal responsable de la acumulación tuviera que tener en cuenta en el momento de decidir sobre el alcance de la misma, tanto las sentencias dictadas por Tribunales españoles como las dictadas por Tribunales de otros Estados de la Unión Europea, una vez que dispusiera de los datos necesarios, y sin perjuicio del sentido de su decisión en el caso concreto.

II. En lo que se refiere al primer aspecto, la Decisión Marco 2008/675/JAI, en tanto que los Estados miembros están obligados a la interpretación del Derecho nacional de manera conforme a aquella, con la finalidad de obtener el mismo resultado pretendido, constituía, junto con la legislación española vigente en ese momento, una expectativa jurídica más favorable para los condenados que la que luego resulta de la LO 7/2014.

Así, la jurisprudencia, ya con anterioridad, y junto a ella, al menos desde el transcurso del plazo de transposición, la misma Decisión Marco, habían dado lugar a una situación legal en la que las expectativas jurídicas correspondientes al sujeto condenado a varias penas en sentencias dictadas por Tribunales de distintos Estados miembros de la Unión, incluían la posibilidad de acumulación de todas esas penas para el señalamiento del lí-

mite máximo de cumplimiento, cuando resultara aplicable la normativa interna sobre el particular, es decir, los artículos 76 del Código Penal y 988 de la LECrim en la forma en la que venían siendo interpretados. No se trata, pues, del valor normativo de la jurisprudencia, sino de la interpretación jurisprudencial pacífica de la ley vigente en ese momento.

La LO 7/2014, desde esa perspectiva, en tanto que excluye de la posible acumulación todas las sentencias dictadas por Tribunales de otros Estados miembros de la Unión anteriores al 15 de agosto de 2010, así como otros casos, en relación con sentencias dictadas en España en procesos posteriores seguidos por delitos cometidos antes de la condena extranjera, es decir, prácticamente la inmensa mayoría de los casos susceptibles de acumulación, supone una regulación menos favorable que la contenida en la Decisión Marco, que de aplicarse tal como previene la misma norma interna, implicaría una posible retroactividad de norma más desfavorable, contraria al artículo 9.3 CE.

No puede entenderse que se trate de normas de tipo procesal, aplicables desde el momento de entrada en vigor a los actos aún por realizar, cuando ello fuera posible, pues, en definitiva afectan a la extensión temporal de la pena a cumplir. (En sentido análogo, aunque referido a la aplicación de las redenciones de penas por el trabajo, STEDH de 21 de octubre de 2013, Gran Cámara, en el caso *Del Río Prada contra España*, que entendió que afectaban al alcance real de la pena).

III. La situación, en mi opinión, era la siguiente. Hasta la aprobación de la Decisión Marco 2008/675/JAI, cuando se imponían diversas condenas a una misma persona, la legalidad vigente contemplaba la necesidad de determinar si procedía establecer un límite máximo de cumplimiento conforme al artículo 76 del CP, sustituto del artículo 70 del CP derogado, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 988 de la LECrim. La jurisprudencia había venido entendiendo de forma prácticamente unánime que para que proceda la acumulación de condenas sólo se requiere que entre los hechos exista una

determinada conexión cronológica, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hubieran podido ser enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión (artículo 76.2 CP). Así se decía en la STS nº 742/2014, de 13 de noviembre, que la «... doctrina de esta Sala (SSTS 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, SSTS 192/2010 y 253/2010, 1169/2011 y 207/2014, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29 de noviembre 2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad “temporal”, es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Como destaca la STS 30/2014 de 29 de enero, se trata de ajustar la respuesta punitiva en fase penitenciaria, a módulos temporales aceptables que no impidan el objetivo final de la vocación de reinserción a que por imperativo constitucional están llamadas la penas de prisión (Art. 25 de la Constitución). De esta manera los únicos supuestos excluidos de la acumulación son los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir, cuando se comete el delito enjuiciado en esa sentencia que determina la acumulación; y los cometidos con posterioridad a tal sentencia».

En consecuencia, las consideraciones posibles acerca de la competencia territorial u objetiva de los distintos órganos jurisdiccionales que habían dictado las diferentes sentencias, no suponían un obstáculo, en ningún caso, para la acumulación. Nada se decía expresamente en la legislación aplicable acerca de la consideración de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros. No se contemplaba expresamente, pero tampoco se excluía. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había planteado la cuestión en algunas ocasiones, aunque no con frecuencia.

En la STS nº 1129/2000 se planteaba la acumulación de una pena impuesta por un Tribunal español y de otra pena impuesta por un Tribunal de Tailandia, que, en virtud del Tratado firmado por ambos Estados, debía ser cumplida en España. El Ministerio Fiscal apoyó, entonces, el motivo.

En cuanto al primer aspecto, es decir, si era posible la refundición o acumulación de penas impuestas por Tribunales extranjeros con penas de Tribunales nacionales, el Tribunal entendió que efectivamente era posible. Y razonó lo siguiente: *«Se trata, en consecuencia de si los arts. 70.2 CP/1973 ó 76 CP son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra parte, tampoco determina exclusiones. La reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un Tribunal extranjero. Por lo tanto las reglas contenidas en los arts. 70 CP/1973 y 76 CP pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras»*. Ha de recordarse que en relación a los requisitos aplicables, sin perjuicio de mencionar que los Tribunales españoles hubieran tenido jurisdicción para enjuiciar los hechos en virtud de las disposiciones de la LOPJ sobre extraterritorialidad, solamente había que atender a la fecha de los hechos y a la de las sentencias condenatorias. Pero lo que resulta relevante es que este Tribunal Supremo entendió que ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal contenían ninguna norma que impidiera la toma en consideración de las sentencias dictadas por Tribunales de otros países en el momento de la acumulación. Además, en esa sentencia se resolvían cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 4 y 5 del Tratado, que no es preciso recordar aquí, pues se referían a si el establecimiento del límite

máximo de cumplimiento que se realizaba con la acumulación suponía una revisión de la pena por el Estado de ejecución, excluida por el Tratado. En definitiva, tras aquella primera afirmación, se trataba de examinar si las normas del Tratado vigente contenían alguna precisión que pudiera impedir la acumulación.

En la STS nº 2117/2002, se planteaba la acumulación de una pena impuesta en Francia y de varias penas impuestas en sentencias dictadas por Tribunales españoles. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso y el Tribunal Supremo resolvió en sentido contrario al que se desprendía de la Sentencia antes aludida del año 2000, denegando la acumulación pretendida. Entendió el Tribunal que *«esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes»*. Y que *«El estado francés ejerció su soberanía en este caso sometiendo a juicio y castigando a quien había cometido unos delitos en Francia. Es precisamente en materia de Derecho Penal donde la soberanía de los estados nacionales se muestra especialmente celosa de su ejercicio. No existe en Derecho Penal transnacional, aunque haya normas en convenios internacionales sobre cooperación procesal y policial, concretamente en el ámbito de Europa (Eurojust, Euroorden y entrega temporal, como bien cita el escrito de recurso). Y aunque haya proyectos de unificación para determinados delitos, esto no impide ni limita el ejercicio de las propias jurisdicciones nacionales respecto de los cometidos en el propio territorio, como una manifestación, repetimos, del principio de soberanía nacional de cada estado. Principio que ahora tenemos que aplicar nosotros en España para excluir eficacia a la condena francesa, al no existir ningún acuerdo internacional ni norma interna que nos obligue a otra cosa»*.

Dejando a un lado que serían pertinentes consideraciones relativas a la posibilidad de enjuiciamiento en España de conformidad con lo dispuesto en aquella fecha en el artículo 23 de

la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo cierto es que, a los efectos de la actualidad de aquellos argumentos, no deberían omitirse en la fecha actual consideraciones relativas al desarrollo de la construcción de un espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia, que, como en otros ámbitos del proceso de construcción de la Unión Europea, suponen una cesión de soberanía particular en atención a una soberanía compartida por todos los Estados miembros en las materias que son propias de aquella.

Con posterioridad, pero aún antes de 2008, en la STS nº 926/2005, de 30 de junio, esta Sala entendió acumulables una condena impuesta por un Tribunal español y otra impuesta por un Tribunal de Tailandia, argumentando que conforme al artículo 23.4.f de la LOPJ también los hechos enjuiciados en esta última sentencia podrían haberlo sido en España y atendiendo nada más que al criterio cronológico generalmente tenido en cuenta en cualquier supuesto de acumulación.

También se entendió lo mismo en la STS nº 368/2013. En ésta se razonaba como sigue: «*Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la ejecutoria núm. 21/2007 proceda de una sentencia dictada por el Tribunal de Corts del Principado de Andorra, que condenó al ahora recurrente como autor de un delito de agresión sexual. Como con acierto expone el Fiscal en su informe ante esta Sala, apoyando expresamente el recurso, ningún obstáculo existe para que, concurriendo semejante circunstancia, dicha ejecutoria no haya de entrar en el objeto de la acumulación, pues opera sobre ella el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el 21/03/1983, que España ratificó mediante Instrumento de 18/02/1985 y publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 138, de 10/06/1985, al igual que lo ratificó Andorra con fecha 04/11/1999. A su tenor, en aras de facilitar la cooperación y colaboración de los Estados firmantes, se autoriza el traslado desde el Estado de condena al Estado de cumplimiento de aquel penado que sea nacional del segundo, siempre que la sentencia dictada en el primero sea firme y concurren los demás presupuestos del art. 1.*

Se seguirán a partir del traslado las reglas de ejecución imperantes en el Estado de cumplimiento (art. 9.3). Plenamente operativo, pues, el Convenio, nada impide que la Audiencia Nacional haya asumido su competencia sobre la ejecución, ex art. 65.2 LOPJ, *lo que tampoco se cuestiona en ningún momento por el recurrente. Nada impide tampoco que le sean de aplicación las reglas del arts. 76 CP que hemos de examinar*». Se trataba, pues, de un supuesto similar al examinado en la STS nº 1129/2000, antes mencionada y se resolvió siguiendo el mismo criterio. En otras palabras, la sentencia dictada en Andorra puede ser ejecutada en España en virtud del Tratado, y el artículo 76 del Código Penal no contiene ninguna norma que impida la acumulación.

Importa señalar, por lo tanto, que existía ya en el año 2008, una corriente jurisprudencial que, en la interpretación de los artículos 76 del Código Penal y 988 de la LECrim, no encontraba dificultades insuperables en el hecho de que alguna de las condenas cuya acumulación se pretendía hubiesen sido dictadas por Tribunales extranjeros. Y, si no existían otros obstáculos, entendía procedente su toma en consideración.

IV. El 24 de julio de 2008 se dicta por el Consejo de la Unión Europea la Decisión Marco 2008/675/JAI, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión con motivo de un nuevo proceso penal. En ella se recordaba que la Unión Europea se ha fijado el propósito de mantener y desarrollar un espacio común de libertad, seguridad y justicia, objetivo que supone que la información relativa a las resoluciones condenatorias pronunciadas en los Estados miembros pueda tenerse en cuenta fuera del Estado miembro de condena, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal. Añade que el objetivo de la Decisión es definir «una obligación mínima» para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros.

Y establece, en el artículo 3.1 que los Estados garantizarán que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros

Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional. Se precisa en el apartado segundo del mismo artículo que lo anterior se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena. No se unifican ni se establecen los efectos que en cada caso deberán producir tales condenas anteriores, sino que solamente se consagra un principio general de equivalencia de las condenas dictadas por los Tribunales del Estado de que se trate y las dictadas por los Tribunales de cualquier otro Estado miembro, de forma que sus efectos sean los mismos según las normas del Derecho interno de cada Estado. Dicho de otra forma, cada Estado deberá reconocer a las sentencias dictadas por Tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea los mismos efectos jurídicos que, según su Derecho nacional, reconoce a las sentencias dictadas por sus propios Tribunales.

En los apartados tres y cuatro de ese artículo se excepciona la aplicación de la regla general, de forma que la toma en consideración de las sentencias dictadas por Tribunales de otros Estados miembros no supondrá la revisión o la revocación de sentencias anteriores dictadas por los Tribunal del Estado en el que tiene lugar el nuevo proceso, o una interferencia en la condena anterior o en cualquier resolución relativa a su ejecución.

Además, en el apartado cinco del artículo 3 se dispone que si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados uno y dos no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso. La propia Decisión Marco contiene una aclaración interpretativa a esta disposición, cuando en los considerandos iniciales,

concretamente en el número 9, señala que el artículo 3, apartado 5, debe interpretarse, entre otras cosas, en consonancia con el considerando 8, (según el cual, es conveniente evitar, en la medida de lo posible, que el que se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, de lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional) de tal manera que si el órgano jurisdiccional nacional en que se desarrolla el nuevo proceso, al tener en cuenta una sanción impuesta anteriormente en otro Estado miembro, considera que un determinado nivel de sanción dentro de los límites del Derecho nacional es de una dureza desproporcionada para el delincuente, y si la finalidad de la pena se puede lograr con una condena inferior, el órgano jurisdiccional nacional podrá reducir en consecuencia el nivel de la condena, si ello hubiera sido posible en las causas exclusivamente nacionales.

No se contiene en la Decisión ninguna referencia expresa a la posibilidad de excepcionar la aplicación del principio general de equivalencia cuando se trate de sistemas como el español, en el que se procede a una acumulación de condenas con la finalidad de establecer un límite máximo de cumplimiento en determinados casos.

No es seguro que el artículo 3.5 de la misma se refiera a estos casos, y su examen conduce más bien a la conclusión contraria. Pues, en primer lugar, no los menciona de forma expresa; en segundo lugar, se refiere expresamente a la legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, lo cual tiene lugar en la sentencia de condena y no en el momento de establecer los límites máximos de cumplimiento; en tercer lugar, se refiere, expresamente también, a los casos en los que la aplicación a las condenas extranjeras de las normas de la legislación nacional relativas a la imposición de sanciones limitaran al órgano jurisdiccional nacional *al imponer una sanción en el nuevo proceso*, momento claramente referido a la concreción de la condena al dictar la sentencia condenatoria; en cuarto lugar, desde el punto de vista sistemático, los considerandos 8 y 9 de la Decisión, relacionados directamente con ese

apartado cinco, nada dicen sobre el particular y se refieren, por el contrario, a supuestos en los que el efecto buscado es evitar que el delincuente sufra un trato más gravoso que si la condena anterior hubiera sido dictada por un Tribunal del mismo Estado en el que se desarrolla el nuevo proceso; en quinto lugar, desde la óptica de la finalidad de la norma, resultaría contraria a la misma una interpretación que permitiera a cada Estado dejar sin efecto el principio de equivalencia que se formula como idea rectora de la Decisión Marco, precisamente cuando afecta a las posibles consecuencias beneficiosas para el reo; y en sexto lugar, desde la misma perspectiva, sería también contrario a aquella finalidad admitir en la propia norma que cada Estado pueda establecer una diferencia de esa trascendencia en el tratamiento de las sentencias dictadas por sus propios Tribunales y las dictadas por los de otros Estados miembros.

Por otro lado, aunque inicialmente la redacción de la Decisión pudiera dar lugar a algunas dudas, y aunque por algunos se haya sostenido o se sostenga lo contrario, debería entenderse que resulta aplicable a los supuestos de señalamiento del límite máximo de cumplimiento de las varias condenas impuestas a la misma persona a través del procedimiento de acumulación.

En primer lugar, porque reconociendo a través del principio de equivalencia los mismos efectos a las condenas nacionales que a las dictadas por Tribunales de otros Estados de la Unión Europea, ninguna razón existe para limitar esos efectos a los aspectos desfavorables para el reo, excluyendo la aplicación del mismo principio respecto de aquellos que pudieran resultarle favorables.

En segundo lugar, porque la Decisión Marco no contiene ninguna excepción en ese sentido.

En tercer lugar, porque sin ninguna duda así fue entendido por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo de Estado en sus informes al Anteproyecto de la Ley de transposición, al poner de relieve la necesidad de que se tratara de una ley orgánica en tanto que afectaba, entre otros aspectos, a la determinación del límite máximo de cumplimiento del artículo 76 del Código Penal.

Y, en cuarto lugar, porque el propio legislador español así lo entiende, en tanto que, a través de la norma de transposición, pretende excluir de la acumulación solo algunos supuestos, aunque no todos.

Además, en la Decisión Marco se establecía que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma a más tardar el 15 de agosto de 2010.

V. Posteriormente a la Decisión Marco de 2008, en la STS n° 186/2014, se consideró que, dado que no existía norma de transposición que contuviera otras precisiones (por ejemplo, en relación a la información necesaria para la toma en consideración o a la determinación del órgano jurisdiccional competente), era posible, siguiendo la posición de la jurisprudencia, ya absolutamente mayoritaria, interpretar los artículos 76 del Código Penal y 988 de la LECrim de modo conforme al resultado pretendido en la referida Decisión, pues esos preceptos no contienen ninguna exclusión relativa a las sentencias extranjeras, como ya había señalado la jurisprudencia anterior de esta misma Sala, de manera que, en general, y con mayor razón cuando se tratara de sentencias dictadas por otros Estados miembros de la Unión Europea, debía considerarse que, si cumplían los requisitos exigibles respecto de las sentencias dictadas por Tribunales españoles, eran susceptibles de acumulación a los efectos del señalamiento del límite máximo de cumplimiento, teniendo en cuenta, pues, el tiempo efectivo de privación de libertad sufrida como consecuencia de tales sentencias o, en su caso, de las medidas cautelares acordadas en las causas en las que fueron dictadas.

Tal interpretación no era facultativa para los Tribunales españoles, sino que resultaba obligada en virtud del carácter imperativo de las Decisiones Marco para los Estados miembros de la Unión en cuanto al resultado perseguido, obligatoriedad claramente establecida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el caso Pupino. Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 16 de junio de 2005, Caso Pupino, ya se afirmó, entre otras cosas lo siguiente en el párrafo 33: «*El artículo 34 UE,*

apartado 2, letra b), confiere carácter vinculante a las decisiones marco en el sentido de que éstas obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales, la elección de la forma y los medios». Y en el párrafo siguiente: «34. El carácter vinculante de las decisiones marco, formulado en términos idénticos a los del artículo 249 CE, párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales, y en particular para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional».

De todo ello se desprende que lo que ya venía haciendo la jurisprudencia de esta Sala, aplicando la ley entonces vigente, los artículos 76 (o el correspondiente del CP derogado, artículo 70) y el artículo 988 de la LECrim, que no contenían ninguna exclusión relativa a las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, se aplicó también a las sentencias dictadas por Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea a consecuencia, no solo de consideraciones relativas a un trato igualitario de esas resoluciones y a la inexistencia de norma que lo impidiera, sino de forma obligada por el sentido del resultado pretendido por la Decisión Marco 2008/675, que era posible alcanzar sin incurrir en una interpretación contra legem.

En la sentencia mayoritaria se argumenta que en los casos correspondientes a las sentencias dictadas con anterioridad al año 2014, una de las razones de la decisión habría sido que la pena se estaba ejecutando en España en virtud de la existencia de un tratado internacional que contemplaba el traspaso al Estado español de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia extranjera. En realidad, en esas sentencias no se confunde la competencia para la ejecución y la posibilidad de acumulación, que son cosas diferentes. Y, en todo caso, desde la Decisión Marco, existe una norma europea que obligaba a los Estados miembros, y por lo tanto al Tribunal Supremo del Estado español, a la interpretación conforme del ordenamiento interno, con lo cual se habría producido durante ese periodo una situación de ley más favorable que no podría ser

modificada por ley posterior a la consolidación de la situación a la que se debería aplicar.

No se trata, pues, de una especie de derecho creado por la jurisprudencia, sino simplemente de la interpretación y aplicación de las normas vigentes del Derecho interno, finalmente afectadas por la normativa europea.

VI. El BOE del día 13 de noviembre de 2014 publica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. En la misma se contienen dos normas de especial relevancia a los efectos de la cuestión debatida. En el artículo 14.2 se dispone que las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, *b) sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro*. Desde el punto de vista de la posible aplicación de la agravante de reincidencia, la norma es lógica, dado que al no existir todavía condena en el momento de comisión de los hechos enjuiciados en España, el fallo de la sentencia dictada en este nuevo proceso no podría quedar afectado por la imputación anterior, todavía no concretada en condena. Además de lógica, es innecesaria, pues aun cuando nada se dijera, de acuerdo con el Derecho nacional español, la condena dictada por un Tribunal de otro Estado miembro, al igual que la dictada por un Tribunal nacional, no podría efectos negativos para el reo como tal agravante de reincidencia en un nuevo proceso respecto de hechos cometidos antes de que tal condena hubiera sido dictada.

En el apartado c) se dispone que tampoco surtirán efectos las condenas firmes dictadas por otros Estados miembros sobre *los autos dictados o que deban dictarse, conforme al párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b)*, es decir, las dictadas en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos *antes* de que se

hubiera dictado sentencia condenatoria por otro Estado miembro.

Ha de tenerse en cuenta que estos casos son, en realidad, los únicos que serían susceptibles de acumulación, pues las dictadas en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos después de que se hubiera dictado sentencia condenatoria por otro Estado miembro, no serían acumulables en ningún caso, por razones evidentes.

En consecuencia, esta norma, permitiría excluir de la acumulación las condenas dictadas por Tribunales de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, cuando entre las condenas acumulables se encontrara alguna dictada en España en una causa seguida por hechos cometidos con anterioridad a la condena extranjera, únicos casos, por tanto, en los que las condenas serían susceptibles de acumulación, al quedar excluidos de ésta las condenas por hechos cometidos después de la sentencia extranjera. Esta parece ser la finalidad de la norma. Pero si es así, ello dejaría la regla general de acumulación bajo el principio de equivalencia, reducida a la nada, pues como se ha dicho, las condenas dictadas en España en procesos posteriores seguidos por hechos cometidos después de la condena extranjera, en ningún caso serían acumulables, por impedirlo las reglas generales de acumulación contenidas en el Derecho nacional español. Y tal cosa se produciría no solo en casos de delitos de terrorismo, como ocurre en el recurso que se resuelve, sino en relación con cualquier delito.

En segundo lugar, en la Disposición adicional única se establece que en ningún caso serán tenidas en cuenta las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010.

VII. En la sentencia de la mayoría se viene a establecer que las disposiciones de esta Ley Orgánica, norma de transposición de normativa europea, son aplicables a todas las situaciones anteriores a la misma, ya consolidadas. En realidad, siendo más preciso, se argumenta que la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014 impone un cambio en el criterio interpretativo de la legalidad

vigente, que había sido concretado en la STS nº 186/2014.

Es cierto que nada impide un cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación de una norma concreta. Tal cosa es posible, aunque exija una fundamentación suficiente para evitar lesiones en el principio de igualdad y para plasmar la ausencia de arbitrariedad. Desde esta perspectiva, habría sido posible, dentro de sus límites, una sentencia en la que se rectificara lo hasta entonces mantenido. En la deliberación, sin embargo, no se desarrollaron argumentos según los cuales fuera preciso rectificar el criterio interpretativo de los artículos 76 del CP y 988 de la LECrim, consignado en la STS nº 186/2014, por considerarlo erróneo. No se expuso, ni se sometió a votación, ninguna razón para excluir de la acumulación, antes de la LO 7/2014, las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros.

Pues la única razón expresa de la rectificación de aquel criterio fue, precisamente, y así se desprende de la sentencia mayoritaria, la entrada en vigor de la mencionada ley orgánica, de donde se deduce que de no existir tal norma lo procedente sería continuar con aquel mismo criterio. Lo cual es fuertemente sugestivo de que lo que se hace por la decisión de la mayoría, en realidad, no es modificar el criterio anterior por la fuerza de razonamientos entonces no desarrollados, contrarios a los contenidos en aquella sentencia, sino aplicar la nueva ley a situaciones ya consolidadas con anterioridad, si bien con resultados menos favorables para el reo. Lo cual supondría una aplicación retroactiva de norma más desfavorable contraria al artículo 9.3 de la Constitución.

Pudiera argumentarse que la ley no se aplica, sino que en realidad lo que se hace es rectificar la interpretación anterior utilizando la ley nueva como criterio interpretativo. Conviene recordar que ya en la STEDH en el caso Del Rio Prada contra España, el Tribunal vino a considerar contrario a los derechos reconocidos en el Convenio reinterpretar la ley derogada, más favorable para el reo en cuanto afectaba a la determinación del alcance real de la pena, basándose en los principios o en los preceptos de la ley nueva, menos favorable, con el resultado de un empeoramiento

en la situación de aquel, lo que equivalía a una aplicación retroactiva de la ley nueva.

VIII. La cuestión podría resolverse si se entendiera que, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 9.3 CE, la LO 7/2014 solo debería ser aplicada respecto de condenas dictadas por Tribunales españoles con posterioridad a su entrada en vigor. Es posible que no fuera esa la voluntad del legislador, pero lo contrario pudiera conducir a una aplicación de la ley contraria a la Constitución.

Entiendo que no es correcto negar esta posibilidad argumentando que una continuación con el criterio sostenido en la STS nº 186/2014 supondría incurrir en una interpretación contra legem sobre la base de una Decisión Marco que, como tal, carece de efecto directo. En primer lugar, porque no es operar contra legem, sino todo lo contrario, aplicar la ley excluyendo su efecto retroactivo en tanto resulta desfavorable. En segundo lugar, porque las consecuencias negativas de la falta de efecto directo de las Decisiones Marco, en cuanto a su efectividad, han sido muy dulcificadas y, así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso Melloni, Sentencia de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, resuelve la cuestión prejudicial aplicando una Decisión Marco que aún no había sido objeto de transposición, y que modificaba una anterior que sí lo había sido. No procedería plantear una cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio del posible recurso de amparo por un acto de aplicación retroactiva de ley más desfavorable. De un lado, porque se trata de una norma de transposición de Derecho de la Unión, lo que conduce a resolver las dudas interpretativas mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del TFUE. De otro, porque si se admite una interpretación posible conforme con la Constitución, la norma no sería contraria a la misma, aunque pudieran serlo los concretos actos de aplicación. Todo ello permitiría la resolución del recurso aplicando a las situaciones ya consolidadas los criterios contenidos en la jurisprudencia mencionada.

IX. Esta tesis, respecto de la inaplicabilidad de la norma de forma retroactiva, fue rechazada por la mayoría, que entendió que no existía retroac-

tividad respecto de una interpretación jurisprudencial de la ley aplicable vigente en esa época, aunque el nuevo criterio interpretativo se basara, exclusivamente, en el texto de una ley posterior más desfavorable.

Aún así, para los demás casos sería, de nuevo, necesario plantear la cuestión prejudicial, dadas las dudas respecto a las posibilidades de interpretación de la Decisión Marco en relación con su norma de transposición. Habría, pues, que plantearse si la Decisión Marco permite, sin desnaturalizar su sentido, las excepciones y limitaciones contenidas en la LO 7/2014, que se imponen al principio de equivalencia establecido en aquella. Pudiera sostenerse, como se hace en la sentencia de la mayoría, que la Decisión Marco, concretamente su artículo 3.5, autoriza estas exclusiones concretadas en la LO 7/2014, de transposición de aquella al ordenamiento español. Sin embargo, entiendo, como ya he dicho más arriba, que esa es una interpretación forzada, que no resulta con evidencia de la propia norma, con la que se alcanzan resultados en perjuicio del reo, y que, en todo caso, la decisión sobre la interpretación en caso de dudas corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con independencia de que, tal como señala el recurrente, pudiera producir cierta perplejidad el que, como consecuencia de la transposición de una norma europea que establece el principio de equivalencia entre las condenas dictadas por cualesquiera Estados de la Unión, se excluyan legalmente de la posibilidad de acumulación las condenas dictadas por Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea, a la que España pertenece, y no se haga con las dictadas por Tribunales de otros Estados, que según la jurisprudencia antes aludida, serían susceptibles de acumulación, en caso de cumplir los requisitos cronológicos exigidos para las condenas dictadas por Tribunales españoles, lo cierto es que no se contempla expresamente en la Decisión Marco la posibilidad de que los Estados miembros excluyan la aplicación del principio de equivalencia entre sentencias condenatorias dictadas por sus propios Tribunales y las dictadas por los Tribunales de otros Estados miembros, basándose úni-

camente en la fecha en que tales sentencias se dictan.

Tampoco se contempla expresamente en la Decisión Marco que el principio de equivalencia pueda dejar de aplicarse cuando se trate de sentencias relativas a hechos cometidos antes de que tuviera lugar la condena dictada por Tribunales de otro Estado miembro con anterioridad a la sentencia dictada en España, pues ello conduciría prácticamente a la inaplicación del mencionado principio en la mayoría de los casos.

Con todo ello se estaría estableciendo en todos estos supuestos una diferencia esencial entre el tratamiento dado a las sentencias dictadas por Tribunales nacionales y a las dictadas por Tribunales de otros Estados de la Unión.

Ante esta, al menos, aparente contradicción que se puede apreciar entre la regulación contenida en la Decisión Marco y en la Ley Orgánica 7/2014, norma de transposición, es necesario plantearse, pues, si la citada Decisión Marco pudiera ser interpretada de forma que permitiera las exclusiones contenidas de forma terminante en esta última Ley, pues en otro caso, tal norma sería contraria al Derecho de la Unión Europea, del que dicha Decisión Marco forma parte.

La necesidad del planteamiento resulta, de un lado, de la primacía del Derecho de la Unión Europea en las materias en las que se ha establecido su competencia, como es el caso. Conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, Caso Melloni, afirmó de forma muy clara lo siguiente: *«En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (...) la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado...»*. Desde esa perspectiva, ha de tenerse en cuenta que la LO 7/2014 no es una norma en la que el Estado español sea totalmente libre para regular la materia, sino que es una norma de transposición de otra norma europea dictada en el marco de las competen-

cias propias de la Unión, que obliga a España en cuanto al resultado pretendido, lo que implica que deberá respetar el contenido de esta última. Y de otro lado, resulta también de la consideración de las Decisiones Marco, instrumentos ya superados en el funcionamiento de la Unión, pero que tuvieron presencia normativa en su momento. No cabe duda alguna de que no tenían efecto directo, entendido en el sentido en que se atribuía a las Directivas de la misma época. Pero eso no quiere decir que no tengan fuerza alguna de obligar a los Estados, pues estos, aunque puedan elegir los medios y las formas, quedan sujetos a la obtención del resultado pretendido por la Decisión, bien mediante la adecuada transposición de la misma o bien, en otro caso, a través de la interpretación del ordenamiento nacional de modo conforme a la Decisión Marco, siempre que esto sea posible sin incurrir en una interpretación contra legem. En cualquier caso, por principio, no puede entenderse conforme con el derecho de la Unión una transposición de una Decisión Marco al derecho interno que venga a dejar sin efecto la esencia de la misma.

En cuanto a la regulación de la cuestión, a la necesidad de plantearla y al alcance de las dudas interpretativas me adhiero al voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron.

Igualmente me adhiero al voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro y al voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia.

Joaquin Gimenez Garcia Candido Conde-Pumpido Touron

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia
VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. Luciano Varela Castro A LA SENTENCIA Nº 874/2014 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 10.711/2014P, AL QUE SE ADHIEREN LOS EXCMOS. SRES. D. Candido Conde-Pumpido Touron, D. Joaquin Gimenez Garcia, D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, D. Alberto Jorge Barreiro Y LA EXCMA. SRA. D^a Ana Maria Ferrer Garcia.

1.- Comparto con la mayoría la desautorización del criterio, mantenido en la recurrida resolución de la Audiencia Nacional, sobre la inexistencia de intangibilidad de las liquidaciones de condena y determinación del límite máximo de cumplimiento de éstas. Desde luego cuando ello implica, con su revisión, una solución favorable al penado.

2.- Discrepo de la decisión sobre la cuestión objeto de recurso. Frente al criterio de la mayoría, estimo que, para llevar a cabo aquella liquidación, con fijación del tiempo máximo de cumplimiento, se debe poder acumular a las penas impuestas al mismo recurrente por sentencias españolas las impuestas en la sentencia francesa, de concurrir determinados requisitos. Ello en aplicación del artículo 76 del Código Penal (70.2 en redacción anterior)

El criterio de la mayoría ha venido a separarse del establecido en la STS 186/2014 de 13 de marzo, dictada por una Sala de la que formé parte y en la que el acuerdo había sido unánime, aunque, ahora, tres Magistrados, de los que la integrábamos, han adoptado un criterio diferente, con la trascendencia de que su nuevo diverso voto ha hecho posible formar el criterio de este Pleno, contrario al de aquella sentencia.

La nueva mayoría del Tribunal parte, según creo entender, de que, entre el momento en que fue dictada nuestra anterior Sentencia 186/2014 y aquel en el que el Pleno debe decidir sobre la pretensión del recurrente, se ha dado un cambio relevante en el «panorama normativo», al haberse promulgado las Leyes Orgánica 7/2014 y la Ordinaria 23/2014 de 20 de noviembre.

No se trataría, sin embargo, de adecuarse a un *cambio normativo*, sino una simple muda de *criterio interpretativo*. El antes sostenido (STS 186/2014) ya no se podría defender al haberse manifestado la voluntad del legislador incompatible con aquél (LO 7/2014), que, en la opinión mayoritaria, acogería las *excepciones al principio de equivalencia* de sentencias de tribunales de los Estados de la Unión Europea con las dictadas por tribunales españoles.

No entraré a examinar cual era el contenido de la Decisión Marco 2008/575/JAI para pronunciarme sobre la fidelidad a la misma por parte del

legislador español. En ese aspecto uno mi voto al emitido por el Magistrado D. Candido Conde-Pumpido Touron, entendiendo que, si ése fuera el fundamento ineludible de nuestra sentencia, sería preceptivo plantear la oportuna cuestión prejudicial.

En todo caso, uno también mi voto al emitido por el Magistrado D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca en lo que concierne al contenido y alcance de la Decisión Marco citada.

3.- Deseo sí hacer especial hincapié en la cuestión previa, cuya solución debería ser determinante para no conculcar derechos constitucionales del penado recurrente.

En realidad el recurso obliga a examinar cual era la regulación vigente en el ordenamiento jurídico español *antes* de la promulgación de esa ley 14/2014 y *cual es la norma aplicable incluso después* de la promulgación de esa ley, de contenido diverso y desfavorable para el *respecto a las liquidaciones de penas anteriores*

Son antecedentes relevantes:

a) Se trata de penado en Francia en 26 de mayo de 1997 (por delito de asociación de malhechores) y en España en 13 de octubre de 2003 y anteriores;

b) se ignora fecha de hechos;

c) se había revocado una liquidación anterior de penas de este mismo acusado por aplicación doctrina caso Inés del Río;

d) y se denegó solicitud anterior contra cuya resolución denegatoria se dejó desierto el recurso de casación.

En la sentencia Tribunal Supremo nº 186/2014 se resolvió tal cuestión en caso cuyos antecedentes eran:

a) Se trata de penado en Francia en 1 de julio de 1999 y en España en 28 de julio de 2010;

b) los hechos objeto de condena en España eran anteriores a 1 de julio de 1999;

c) en la instancia se denegó acumulación por estimar que las sentencias se dictaron por jurisdicciones de soberanía diversa.

El Tribunal Supremo decidió entonces que la Decisión Marco 2008/6754/JAI de 24 de julio de 2008 obligaba a la interpretación más conforme posible de *nuestra* norma penal (artículo 76 del

Código Penal en relación con 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En ningún caso se llevó a cabo una aplicación directa de la Decisión Marco. Efecto que ésta misma excluye.

Por ello había de reformularse la liquidación sin excluir el cómputo de la sentencia francesa, sin atender al criterio de la dual soberanía y atendiendo a los demás datos para determinar si, conforme a los criterios —jurisprudencialmente consolidados— de determinación del límite máximo, fecha de hechos y sentencias, procedía tener en cuenta, o no, la sentencia francesa.

Dictada la resolución de la instancia y antes de resolverse esta casación se ha promulgado, y entrado en vigor, la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre.

Con independencia de su acomodación a las exigencias de la Decisión Marco 2008/678/JAI, que podrá dar lugar al planteamiento de la correspondiente cuestión ante el TJE, es necesario establecer su ámbito de aplicación al caso juzgado. Para ello habrán de respetarse las reglas que rigen en nuestro ordenamiento la vigencia en el tiempo de las normas, en general y, en particular, de las normas penales, según favorezcan o perjudiquen al sometido a decisiones en el orden jurisdiccional penal.

4.- Para establecer la comparación que estime favor o gravamen, es premisa esencial dirimir *cual era la norma jurídica*, rectora de la acumulabilidad ex artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *anterior a la Ley Orgánica 7/2014*.

En mi parecer aquella norma tenía el contenido dado por el Tribunal Supremo en su STS 186/2014. En ella establecimos que el derecho aplicable a los que sufrían plurales condenas era el mismo también cuando una de las sentencias hubiera sido dictada por Tribunal de estado de la Unión, siempre que concurrieran los únicos requisitos exigibles conforme al artículo 76 del Código Penal, tal como éstos se interpretaban jurisprudencialmente, eliminando la exclusión, incluida por alguna sentencia anterior del Tribunal Supremo, para cuando una sentencia era extranjera.

Y esa era la solución correcta, incluso prescindiendo de la referencia a efectos interpretativos, a la Decisión Marco 2008/675/JAI.

Por las siguientes razones:

A) *Inexistencia de ninguna norma que impida la toma en consideración sentencias extranjeras a los efectos del artículo 76 del Código Penal*

La *Jurisprudencia* ha venido considerando de manera constante que el esencial requisito de potencial examen de los hechos determinantes de las penas en un mismo procedimiento se satisface con que, sin más exigencias, se pueda predicar: Que las sentencias en que se imponen las penas —cuyo límite máximo de cumplimiento se fija conforme al artículo 76— sean todas posteriores a todos los hechos por los que se imponen las penas. El criterio se vio reforzado por la reforma del apartado 2 del artículo 76 del Código Penal llevada a cabo por la LO 7/2003 de 30 de junio. La acumulabilidad si el enjuiciamiento en el mismo proceso es posible, no solamente por la conexión de los delitos, sino meramente por el «momento de su comisión».

Así pues, de esa flexibilización, que reduce el criterio del artículo 76 al meramente cronológico, se concluye que basta la concurrencia de ese presupuesto, con o sin la exigencia, para el enjuiciamiento, de algún otro, susceptible de cumplimiento, (*ad exemplum* que la perseguibilidad extraterritorial se condicione a interposición de determinada querrela) para tener por acumulables las penas a fin de fijar el límite máximo de cumplimiento. Y es que la imposición de condiciones a la posibilidad *limita ésta pero no la trueca en imposibilidad*.

Ningún precepto legal exige que las sentencias dictadas imponiendo las penas a acumular para determinar el límite máximo de cumplimiento sean dictadas en su totalidad por tribunales españoles.

Al contrario, es poco cuestionable la intrascendencia de la condición foránea de la sentencia atendida, a esos efectos, indiscutidamente cuando se ejecuta en España por razón de Tratados Internacionales con el Estado que dictó la concreta sentencia acumulada.

Así se estableció por la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo. En la STS 368/2013 de 17 de abril que, reiterando los requisitos derivados del artículo 76 del Código Penal, que nada dice sobre la extranjería de la sentencia acumulada, invoca el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983. La Sentencia Tribunal Supremo nº 926/2005 de 30 de junio en el mismo sentido ni siquiera consideró necesario justificar la decisión pese a ser extranjera una de las sentencias. Más contundente, si cabe, fue la STS 1129/2000 de 15 de junio, a la que nos referiremos después. El criterio mantenido por la STS 2117/2002 de 18 de diciembre, constituye un supuesto de criterio aislado y del que se prescindió en las sentencias posteriores, para imponer en éstas un criterio más favorable al reo.

B) Por lo que se refiere al presupuesto del artículo 76 para la posibilidad de enjuiciamiento conjunto de hechos determinantes de las penas a limitar en su cumplimiento, reducido como sabemos a una mera condición de cronología por la jurisprudencia, también ha de acudirse a lo dispuesto sobre esa posibilidad extraterritorial de enjuiciamiento en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula la extraterritorialidad, tanto por razón del principio personal, como por razón del universal de persecución.

Esa norma amplía la posibilidad de enjuiciamiento de hechos cometidos por españoles en el extranjero, enjuiciamiento que, una vez asumido, nada impide ocurra en el mismo proceso en el que se juzgan hechos cometidos en territorio español.

Y así se satisface el presupuesto de acumulabilidad para fijar límite máximo de cumplimiento. Aquella norma se encuentra en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme al cual:

2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles.....y concurrirén los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado interna-

cional 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.

Y se añade:

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:

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

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

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

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

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.

Ni las circunstancias que, eventualmente, puedan dar lugar a las exclusiones del apartado 5, ni la condición del apartado 6, excluyen, en principio, la posibilidad del enjuiciamiento extraterritorial en España.

C) Entre las normas internacionales, con carácter general, no circunscrito al supuesto de ejecución de sentencias extranjeras en España, cabe citar el Instrumento de ratificación del Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970. (BOE 78 de 30 de marzo de 1996) cuyo artículo 56 establece:

Todo Estado Contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir a sus tribunales, al dictar una sentencia, tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada anteriormente con audiencia del acusado por razón de otra infracción con el fin de dotar a esta sentencia de todos o parte de los efectos que su ley prevea para las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia.

D) No se invoca ninguna Sentencia del Tribunal Supremo —con la excepción de la única 2117/2002— vetando la acumulación de penas, a efectos de delimitar el máximo de cumplimiento de sentencias, por razón de la extranjería de la jurisdicción que la dictó y menos cuando: a) el penado sea español y b) éste hubiera podido ser juzgado en España conforme a nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ciertamente las sentencias que hemos dejado citadas, y que consideramos la mayoría y los discrepantes, se refieren a supuestos no idénticos. No es lo mismo la situación creada por la ejecución en España, en virtud de concreto Tratado con un país extranjero, de la sentencia dictada por un tribunal de éste, que la que supone la toma en consideración de esa sentencia extranjera cuando la pena ya ha sido cumplida en aquél país. Pero lo que la Jurisprudencia (sin más excepción que la única representada por la STS 2117/2002) ha establecido es un principio común a ambas situaciones.

En la STS 1129/2000 antes citada se dijo, en un caso en que una de las sentencias era extranjera, con discurso general, no limitado al de ejecución en España por virtud de Tratado específico:

La primera cuestión, concerniente a la admisibilidad de la refundición de penas impuestas por Tribunales extranjeros con penas de Tribunales nacionales, debe ser decidida sobre la base de lo establecido en la ley española aplicable, dado que en el Tratado no existe norma alguna al respecto. Se trata, en consecuencia de si los arts. 70.2 CP/1973 ó 76 CP son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra par-

te, tampoco determina exclusiones. La reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un Tribunal extranjero. Por lo tanto las reglas contenidas en los arts. 70 CP/1973 y 76 CP pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras.

(énfasis añadido)

E) Tampoco creo que se pueda cuestionar el sentido del ordenamiento jurídico precedente a la Ley Orgánica 7/2014 invocando una eventual praxis de tribunales de instancia que no tienen conferida función de completar el ordenamiento. Tanto más cuanto la invocación no tiene el aval de su debate en este procedimiento para concluir sobre su efectivo seguimiento, sino una poco aceptable autoridad derivada de la ciencia privada de quien se apoya en su alegación.

F) En ese contexto normativo establecer una excepción a la aplicabilidad del artículo 76 del Código Penal, so pretexto de extranjería de una de las sentencias de cuya acumulación se trata, constituye una innovación jurisprudencial, sin más amparo que el reiteradamente desautorizado criterio del la STS 2117/2002.

Y tal innovación se haría claramente con efectos perjudiciales para los reos que se encuentren en esa situación, como la aquí juzgada.

No cuestiono la legitimidad de una voluntad legislativa que instaure esa derogación de la norma anterior.

Ni siquiera cuestiono que la Jurisprudencia con veleidosa interpretación diga ahora aquello de lo que antes abjuró.

Lo cuestionable es afirmar que la norma decía lo que no decía, atribuyéndole significados implícitos nunca explicitados, ni la Jurisprudencia afirmaba lo que no afirmaba, a salvo una vez tan aislada como posteriormente desautorizada.

5.- Coincido totalmente con la mayoría del Tribunal en que el criterio mantenido en la STS 186/2014 se opone frontalmente al que ahora se sostiene por el Pleno. Y, desde luego, la Ley Orgánica 7/2014 implica una clara negación del derecho que aquella Jurisprudencia reconocía al español penado fuera de España, si el delito, por más que, bajo determinadas condiciones, podía haber sido juzgado en España.

La Ley Orgánica 7/2014 impediría tener en cuenta esas sentencias foráneas, aunque concurren aquellos requisitos que rigen la limitación de cumplimiento cuando todas las sentencias sean españolas, si no concurren, además, otros requisitos específicamente fijados en su artículo 14 y disposición adicional única, introducidos ahora *ex novo* en nuestro ordenamiento:

a) doble tipicidad, en España y país de la sentencia e información suficiente y b) excluye sentencias foráneas dictadas antes de 15 de agosto de 2010, y posteriores a esa fecha si el hecho, objeto de condena en alguna de las sentencias españolas, es anterior a la fecha de la sentencia foránea.

Esta última previsión deja la hipótesis de consideración —a efectos de fijar límite máximo de cumplimiento— de la sentencia foránea como imposible: *Si el hecho penado en España se cometió después de dictarse la sentencia foránea, no cabe incluirla en límite común de cumplimiento conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, y si el hecho penado en España se cometió antes de dictarse la sentencia foránea el artículo 15 de la LO 7/2014 tampoco admite tenerla en cuenta para fijar dicho límite común.*

Así pues, cabe concluir que la nueva Ley Orgánica impide tener en cuenta en cualquier caso la sentencia foránea a los efectos que aquí nos ocupan. O lo que es lo mismo: impide de manera frontal la aplicación de la Decisión Marco a los efectos del artículo 76 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ello entraña una norma objetivamente desfavorable respecto de la aplicable con anterioridad

6.- Ello nos emplaza a dilucidar la segunda de las cuestiones antes enunciadas: la determinación de cual es la norma aplicable. Y a tales efectos,

estimo, con el criterio de la mayoría, que se ha producido una variación del panorama normativo por la irrupción en éste de la Ley Orgánica 7/2014.

La discrepancia surge porque, a fuer de mantenerme en la coherencia, considero, contra el parecer de la mayoría, que tal modificación implica una sucesión temporal de normas, que obliga a acudir a la norma sobre normas instaurada en el artículo 9 de la Constitución y en el 2 del Código Penal. La norma en cuestión es el artículo 76 del Código Penal.

Desde la perspectiva de la lógica constituiría una falacia afirmar que la Ley Orgánica 7/2014 no se trae a colación para ser aplicada como una norma nueva, sino como un mero criterio de interpretación de la norma anterior, criterio que se considera incompatible con el mantenido antes de la promulgación de dicha Ley Orgánica.

En el debate del Pleno se admitió paladinamente por la práctica unanimidad del Pleno que la nueva Ley Orgánica 7/2014 no era aplicable al caso enjuiciado, en cuanto desfavorable para el penado y posterior en el tiempo a la situación a enjuiciar. No obstante se postula que su promulgación había dejado sin fundamento el criterio mantenido en la STS 186/2014. Olvidaríase así que inocular los principios de una ley, más aún su traducción en norma positiva, en la norma precedente supone una ultraefectividad retroactiva que disimula vergonzantemente la efectiva aplicación de la norma bajo el falso ropaje de mero criterio interpretativo.

Antes de la vigencia de la Ley Orgánica 7/2014, aún prescindiendo de la aprobación de la Decisión Marco 2008/675/JAI, no existía, sobre la computabilidad de las penas impuestas en sentencia extranjera, y a los efectos del artículo 76 (antes 70) del Código Penal, ninguna norma legal ni criterio Jurisprudencial —a salvo el aislado citado— que impidiera la refundición que nos pide el recurrente.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos proclamó en la sentencia *Del Río Prad a vs. España* que *La noción de «Derecho» («law») utilizada en el artículo 7 corresponde a la de «Derecho» que figura en otros artículos del Convenio; incluye el*

derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad (Kokkinakis, antes citado, §§ 40-41, Cantoni, antes citado, § 29, Coëme y otros, antes citado, § 145, y E.K. contra Turquía, no 28496/95, § 51, 7 de febrero de 2002). Estas condiciones cualitativas deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena que este implica.

Así pues el DERECHO aplicado antes de la Ley Orgánica 7/2014 era el fijado precisamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no por otros tribunales de instancia, y las normas que aquél interpreta: artículo 76 del Código Penal y 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin duda convenimos con dicho TEDH cuando en la citada sentencia advierte que: *el Tribunal no descarta la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la «pena» impuesta por el tribunal sentenciador. Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 in fine del Convenio. De otra manera, los Estados serían libres —modificando la ley o reinterpretando los reglamentos vigentes, por ejemplo— de adoptar medidas para redefinir retroactivamente el alcance de la pena impuesta, en perjuicio del condenado, cuando este último no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito. En tales condiciones, el artículo 7.1 quedaría privado de todo efecto útil respecto a las personas condenadas cuyas condenas fueran modificadas ex post facto en su detrimento.* (énfasis añadido)

Cabe, con alguna doctrina, señalar que existe al respecto una verdadera «reserva de jurisdicción» que garantiza la independencia de los Tribunales vetando que sus decisiones queden bajo la suerte de coyunturales voluntades políticas, y de la que

es una clara garantía la privación de efectos hacia «atrás» de esas mudadas voluntades, de manera que aquellas veleidades legislativas no deberán derogar la aplicación jurisprudencial a situaciones anteriores a la manifestación formal de la voluntad de otro poder. Versatilidad que no deja aquí de ser sospechosa, si atendemos al momento de la mutación esencial impresa en el texto de la norma, que se sitúa en aquél en el que fue conocido el sentido de la Jurisprudencia, recordado por nuestra STS 186/2014, para casos como el aquí enjuiciado, ya, una vez iniciado el procedimiento legislativo que alumbró la Ley Orgánica 7/2014, en la tramitación por el Senado

7.- Partiendo de los antecedentes expuestos al principio, la pregunta esencial es: *¿el hecho cometido y juzgado en Francia PODÍA ser Juzgado en España?*

El delito por el que el recurrente fue penado en Francia era el de asociación de malhechores, este delito se encuentra tipificado en el Libro cuarto del código francés, relativo a los CRÍŽMENES Y DELITOS CONTRA LA NACIOŽN, EL ESTADO Y LA PAZ PUBLICA. Este libro comprende cinco títulos que, respectivamente, tratan de: Infracciones contra los intereses fundamentales de la NacioŽn. Del terrorismo. Infracciones contra la autoridad del Estado. Infracciones contra la confianza puźblica. De la participacioŽn en una asociación de malhechores.

El Código Penal francés define la sociedad de malhechores como: *«Todo grupo formado o acuerdo establecido para la preparación de uno o varios hechos materiales, que constituyan uno o varios crímenes o uno o varios delitos, castigados con al menos diez años de prisión».* La participación en una asociación de malhechores estaŽ penada hasta con diez años de prisión y multa de 1.000.000 de F.

En cuanto cometido por español, dada la doble incriminación en el territorio francés de su comisión y en España (artículo 515 del Código Penal y desde la vigencia de su actual redacción artículo 570 bis del mismo, o, en su caso, 571 del Código Penal), es claro que el hecho pudo ser juzgado en España. Así deriva del artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La posibilidad existe aunque sea condicionada. Que una condición restrinja una posibilidad no equivale a que la excluya. Y ni siquiera el cumplimiento de la pena es obstáculo para la consideración del límite máximo que extingue todas las penas acumuladas ya que el propio artículo 23, en el caso de cumplimiento parcial de la sentencia foránea manda computar ese tiempo en el enjuiciamiento del mismo hecho en España. El artículo 2 del Código Penal impone la retroactividad favorable incluso cuando el hecho ha sido juzgado y se cumple la pena.

Así pues, *con independencia de la Decisión Marco 2008/675/JAI* y de su traslado al ordenamiento español, dada la doctrina jurisprudencial sobre presupuestos del artículo 76 del Código Penal, la pena impuesta en sentencia recaída por razón de ese hecho es acumulable a las impuestas por otros hechos en sentencias diversas si concurren los otros presupuestos. Es decir que el hecho cometido en Francia y el cometido en España no sean posteriores a ninguna de ambas sentencias. 8.- La conclusión, al menos, se refuerza por la incidencia sobre ese conjunto normativo de la Decisión Marco 2008/675/JAI.

La Decisión Marco establece en el artículo 4 que SUSTITUYE el Convenio Europeo de 1970 en el artículo 56, que acabamos de citar, salvo, obviamente, a la obligación respecto a Estados signatarios de aquél que no sean miembros de la UE. No implica pues un giro copernicano en la cuestión del reconocimiento por un Estado de las sentencias dictadas por otro.

Por otra parte, el contenido de la Decisión se integra por el establecimiento de condiciones para que se tenga en cuenta sentencias de condena de un país en el proceso seguido después en otro país, siendo ambos miembros de la UE. (artículo 1) que se establecen en el artículo 3.1: Se tendrá en cuenta la sentencia condenatoria dictada en un país por un hecho, en un nuevo proceso seguido en otro país, contra la misma persona por otro hecho. La relación temporal no se establece entre hechos sino entre la sentencia foránea y la del país miembro que la va a considerar, debiendo aquélla ser precedente.

La *cuenta* así tomada se ajustará al principio de equivalencia (artículo 3.1 in fine) Es decir tendrá los mismos efectos que si fuera dictada en el país del nuevo procedimiento.

Y aquella puede ser tomada incluso en la fase ya de ejecución (artículo 3.2).

Exclusiones: a) no cabe por virtud de esa consideración de la sentencia foránea interferir en condenas españolas anteriores o en resoluciones para su ejecución que impliquen revocación o revisión de éstas. (artículo 3.3 y 3.4) b) ni es admisible que la sentencia foránea se tome en consideración para agravar la pena en el nuevo proceso (ad exemplum reincidencia) si el hecho del nuevo proceso en España se cometió antes de que recayera la sentencia foránea (artículo. 3.5 párrafo primero) pero sí, incluso en ese supuesto, tendrá otros efectos la sentencia foránea (artículo. 3.5 párrafo segundo).

En conclusión, la Decisión marco implica una mayor especificación respecto de las previsiones normativas ya vigentes en España, reforzándolas que no derogándolas. Ninguna de esas exclusiones concurre en el supuesto aquí enjuiciado.

Y no es obstáculo en absoluto el artículo 3.5 de la Decisión Marco ya que la aplicación de los apartados anteriores no limita al tribunal español «al imponer una sanción», por un hecho cometido antes de dictarse la sentencia francesa. Las sentencias españolas dictadas contra el recurrente impusieron las respectivas penas prescindiendo del contenido de la sentencia francesa. A efectos de interpretación de ese apartado 5 del artículo 3 debe estarse al único criterio interpretativo válido. El que proporciona la misma decisión marco en su considerando noveno: facultar al tribunal español para reducir...el nivel de condena... si al tener en cuenta la sentencia francesa podría acarrear, según las normas españolas, una dureza desproporcionada... Lo que está en consonancia con el considerando octavo, al que remite el noveno, y que se traduce en la pauta de evitar que la toma en cuenta de la sentencia francesa acarree un trato menos favorable que si aquélla hubiera sido dictada por un tribunal español.

La Decisión Marco pone en evidencia que la doctrina de alguna concreta sentencia anterior del

Tribunal Supremo, —vetando el cómputo de penas por el hecho de ser impuestas en sentencias extranjeras— además de ser doctrina confinada en un único caso, era, cuando menos, cuestionable.

La generalidad de la convicción de que el origen extranjero de la sentencia no excluía su toma en cuenta en los términos expuestos, se pone de manifiesto si atendemos a que la iniciativa legislativa no incluyó ese veto. Hasta una enmienda introducida por un grupo parlamentario ya en el Senado. Con la evidente voluntad de variar el estado de la cuestión.

Por ello la tesis del Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso del penado, prescindiendo de valoraciones que pudiera merecer desde otra perspectiva, se muestra, cuando menos, como jurídicamente atrevida.

Bastaría ese margen de cuestionabilidad para que entre en juego la tesis del TJE antes expuesta, de tal modo que la solución se decante por conformar ese marco normativo español con los objetivos mínimos que la Decisión Marco se propone. Solución que no implica en modo alguno derogar el Derecho español para sustituirlo por una aplicación «a la letra» de la Decisión Marco ni atribuir a ésta un efecto directo del que, como instrumento normativo, carece.

Por ello el Pleno debería haber ratificado como correcta la doctrina establecida en la STS 186/2014 en cuanto a los casos que se asimilan al allí juzgado.

9.- En conclusión estimo que la sentencia impuesta por el criterio de la mayoría ha venido a vulnerar la exigencia implícita en el principio

de legalidad garantizado en el artículo 25 de la Constitución por limitar el derecho de libertad del recurrente más allá de lo que autorizaba el Derecho —ley y jurisprudencia— antes de ser dictada la Ley Orgánica 7/2014.

Se vulnera también la exigencia de trato igualitario a ciudadanos en situación igual. El enjuiciado en la causa a que se refería nuestra STS 186/2014 resultará favorecido respecto del aquí recurrente. La sentencia del Pleno no puede dejar sin efecto lo decidido en aquella otra.

La retroactividad desfavorable se muestra más exacerbada, e incompatible con el principio de legalidad, si el criterio de esta resolución del Pleno se aplica también respecto a la previsión del artículo 86.1 párrafo segundo de la Ley 23/2014 en los casos de acumulación de condenas en ejecución de sentencias extranjeras por aplicación de tratados internacionales bilaterales.

Antes de postular esa interpretación de la Ley Orgánica 7/2014 en relación a su adecuación a la Decisión Marco, el contenido y número de votos contra la resolución impuesta en el Pleno, pone de manifiesto la existencia de una duda razonable de la que deriva el inexorable deber de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Joaquín Giménez García Candido Conde-Pumpido Touron

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García

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

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

HILARIO LLAVADOR CISTERNES

Secretario de Administración Local. Ayuntamiento de Valencia

Profesor Asociado de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

(A) (Tol 4806513)

(B) (Tol 4839120)

Cabecera: **(A)** Recurso de casación contra sentencia que declaró conforme a Derecho una Ordenanza municipal de Barcelona que prohibía el nudismo y el uso de bañador o ropa similar en los espacios públicos de la ciudad y establecía las correspondientes infracciones administrativas. La actitud personal consistente en estar desnudo en un espacio público no constituye manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica previsto en el artículo 16 de la Constitución. Por eso, la entidad local puede limitar el ejercicio de tal actividad, prohibiéndola y sancionándola administrativamente, por estar habilitada por la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y por afectar directa e inmediatamente a las relaciones de convivencia de interés local a las que esa norma se refiere. La limitación y las infracciones previstas en la Ordenanza municipal recurrida no pueden reputarse discriminatorias, ni contrarias a los principios de legalidad y tipicidad. Han de reputarse, sin embargo, contrarias a los principios de legalidad y tipicidad determinadas expresiones de la Ordenanza (como casi desnudo, casi desnuda o con ropa similar al bañador) por excesivamente inconcretas e indeterminadas. **(B)** Recurso de casación contra sentencia que declaró conforme a Derecho una Ordenanza municipal que prohibía el nudismo en sus playas y establecía la correspondiente infracción administrativa. La actitud personal consistente en estar desnudo en un espacio público, como la playa, no constituye manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica previsto en el artículo 16 de la Constitución. Por eso, la entidad local puede limitar el ejercicio de tal actividad, prohibiéndola y sancionándola administrativamente, por estar habilitada por la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y por afectar directa e inmediatamente a las relaciones de convivencia de interés local a las que esa norma se refiere. La limitación y la infracción previstas en la Ordenanza municipal recurrida no pueden reputarse discriminatorias, ni contrarias a los principios de legalidad y tipicidad. Y tampoco suponen el acogimiento de un concepto excluyente de familia, ni desconocen los avances sociales en el concepto de costumbres generalmente admitidas, ni, en fin, reintroducen en nuestro ordenamiento el delito de escándalo público.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: [(A) y (B)] Jesús Cudero Blas

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: (A) 23 de marzo de 2015 y (B) 30 de marzo de 2015

Tipo de resolución: Sentencia [(A) y (B)]

Sala: Tercera

Sección: Cuarta

Número Recurso: (A) 1882/2013 y (B) 1214/2013

RESUMEN DE LAS SENTENCIAS [(A) Y (B)]

1. Objeto de los recursos

(A). El recurso de casación se plantea contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 25 de marzo de 2013, dictada en los procedimientos ordinarios acumulados números 173/2011, 220/2011 y 230/2011, relativos a la modificación de la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona a los efectos de introducir la prohibición de la práctica del nudismo. (B) El recurso de casación se plantea contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 11 de febrero de 2013, dictada en el procedimiento ordinario número 444/2009, relativos a la Ordenanza municipal de uso de las playas de Castell-Platja d'Aro y S'Agaró sobre la prohibición de nudismo en las playas de dicho municipio.

2. Tipos de recursos y Sala

(A) Se trata del recurso de casación número 1882/2013 que resuelve la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo que dicta sentencia con fecha 23 de marzo de 2015 y (B) del recurso de casación número 1214/2013 que resuelve la misma Sala dictando sentencia con fecha 30 de marzo de 2015.

3. Partes

(A) El recurso de casación fue interpuesto por la Associació per a la Defensa del Dret a la Nuesa (ADDAN), y por la Federación Española de Naturismo. Fue parte recurrida el Ayuntamiento de Barcelona. (B) En el caso de las playas de Castell-Platja d'Aro y S'Agaró, el recurso de casación fue interpuesto por el Club Catalá de Naturisme. Fue parte recurrida el mencionado Ayuntamiento de Castell-Platja d'Aro.

4. Acuerdos municipales recurridos, disputa jurídica o posición de las partes y decisiones del Tribunal de instancia y del Tribunal Supremo

4.1. Acuerdos municipales recurridos. (A) El Ayuntamiento de Barcelona había aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo Municipal, de fecha

6 de mayo de 2011, la modificación de la Ordenanza de convivencia en el espacio público de Barcelona para introducir la prohibición de la conducta consistente en la práctica del nudismo o el «casi nudismo» y del tránsito o permanencia en esos espacios públicos en bañador u otra prenda de ropa similar, tipificando como infracciones leves la realización de tales conductas prohibidas en los casos de persistencia en su práctica una vez requerido el infractor con carácter previo por los agentes de la autoridad competentes. (B) El Ayuntamiento de Castell-Platja d'Aro aprobó la Ordenanza de uso de las playas del municipio por acuerdo plenario de 25 de agosto de 2009 y se recurrió porque en la misma se señalaba que *«las playas del municipio de Castell-Platja D'Aro son de uso familiar y no se permiten las actividades naturistas y otras que fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo, a menos que el Ayuntamiento lo indique expresamente»* y, en concordancia con tal previsión, se tipificaba como infracción grave *«el nudismo en las playas en las que no haya sido expresamente autorizada dicha práctica»*.

4.2. Posición de los demandantes. (A) (B) Aunque se detallará con mayor amplitud más adelante, señalar que, básicamente, en sus correspondientes escritos de demanda, los recurrentes pretendían la nulidad de la citadas Ordenanzas por entender que carecían de cobertura legal suficiente para establecer la prohibición del nudismo e imponer sanciones; vulneraban la reserva de ley orgánica al estar dicha práctica amparada por los derechos de libertad ideológica y de pensamiento, intimidad y propia imagen e igualdad; infringían el principio de tipicidad al introducir conceptos jurídicos indeterminados en el establecimiento de los tipos infractores; e iba (en el caso de Barcelona) en contra de los actos propios del propio Ayuntamiento respecto de las playas.

4.3. Posición de los Ayuntamiento demandados. (A) La representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona interesó en primera instancia ante el TSJ de Cataluña que se desestimara el recurso y se confirmara el acuerdo impugnado. En su oposición a los recursos de casación, el Ayuntamiento de Barcelona solicitó su inadmisión *«por falta de determinación de los motivos en los que se fundamenta el recurso»* y, subsidiariamente, su desestimación al ser ajustada a Derecho la sentencia impugnada. (B) En el caso del Ayuntamiento de Castell-Platja d'Aro su representación procesal interesó, en su escrito de contestación a la demanda, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada. En el recurso de casación, el Ayuntamiento solicitó la inadmisión del recurso de casación en cuando en el escrito de preparación se invocaban preceptos que no fueron alegados en la

instancia y, en relación con los preceptos que sí se adujeron en la demanda no resultan relevantes ni determinantes del fallo recurrido.

4.4. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (decisión de las sentencias que se recurren en casación). (A) La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, en fecha 25 de marzo de 2013, desestimando el recurso, sin imposición de costas, al considerar competente a la Corporación municipal de Barcelona para aprobar una Ordenanza como la impugnada, justificada la restricción al nudismo por estar amparada en las atribuciones municipales relativas a la adecuada regulación de la convivencia pacífica, respetuosa con los derechos fundamentales alegados en la demanda, no desconocedora de los actos propios aducidos y, finalmente, ajustada a las exigencias del principio de tipicidad al incorporar conceptos jurídicos indeterminados de concreción razonablemente factible. (B) La misma Sección y Sala del Tribunal Catalán, en sentencia de fecha 11 de febrero de 2013, desestimó el recurso, sin imposición de costas, al considerar competente a la Corporación municipal de Castell-Platja D’Aro para aprobar una Ordenanza como la impugnada y al entender justificada la restricción al nudismo por estar amparada en *«la necesidad de establecer un mínimo común denominador que haga posible el uso compartido de los espacios públicos, sin que una parte de la población pueda sentirse perturbada por la práctica de una actividad que, en este momento histórico, no es mayoritariamente compartida»*.

4.5. Decisión del Tribunal Supremo. (A) El Tribunal Supremo (TS), en el caso del Ayuntamiento de Barcelona, estima en parte el recurso de casación interpuesto por la Associació per a la Defensa del Dret a la Nuesa (ADDAN), y anula en el exclusivo punto por el que se declaró la conformidad a derecho de las expresiones, contenidas en la Ordenanza recurrida, *«casi desnudo»* o *«casi desnuda»* y *«otra prenda de ropa similar»* (al bañador). Desestima el recurso de casación interpuesto por la Federación Española de Naturismo, y rechaza también los dos primeros motivos de impugnación alegados por la representación procesal de ADDAN. No hace especial imposición de las costas en relación con el recurso de casación interpuesto por la ADDAN, e impone a la Federación Española de Naturismo, las costas derivadas de su recurso de casación, con el límite señalado en el último fundamento de la sentencia. (B) En el caso del Ayuntamiento de Castell-Platja d’Aro, el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el Club Català de Naturisme, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 11 de febrero

de 2013, sobre Ordenanza municipal de uso de las playas de Castell-Platja D'Aro y S'Agaró, e impone a la recurrente las costas procesales.

II. COMENTARIO

1. Antecedentes de las sentencias [(A) y (B)].

1. Posición de la Federación Española de Naturismo (A) y del del Club Catalá de Naturisme (B). La posición de la citada Federación y del mencionado Club son coincidentes, a pesar de plantearse en recursos diferentes, en el caso del Ayuntamiento de Barcelona el primero y en el caso del Ayuntamiento de Castell-Platja d'Aro en el segundo. Los tratamos conjuntamente. Amparados en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se alegó infracción de los siguientes preceptos:

- ❑ Artículos 14 y 103.1 de la Constitución y la jurisprudencia que los interpreta. (A) Por cuanto la normativa impugnada no regula en realidad el uso de espacios públicos, sino *«la libertad de expresión de la ideología de individuos concretos»*. Y (B) porque la sentencia establece *«un concepto exclusivo y excluyente de familia»*, produce una *«intromisión ilegítima en la evolución de las costumbres»* y *discrimina a la persona al presuponer que un nudista «está creando un problema de convivencia allí donde no lo hay»*.
- ❑ Artículo 16 del propio texto constitucional y la jurisprudencia consolidada en la materia. Al ser el nudismo una ideología, su práctica debe entenderse amparada en el artículo 16 de la Constitución y no puede en modo alguno limitarse por ordenanzas municipales.
- ❑ Artículo 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL). El Ayuntamiento no puede limitar el derecho fundamental a la libertad ideológica actuando como *«policía de moralidad»*.
- ❑ Artículos 139 y 140 de la LRBRL en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, en idéntico sentido al párrafo anterior, y
- ❑ Artículos 25 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Vulnera también los artículos 25 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992, no solo porque ni siquiera el Estado mediante ley puede prohibir la práctica del nudismo, sino porque la misma *«no puede ser penalizada ni sancionada administrativamente»*.

2. Posición de la Associació per a la Defensa del Dret a la Nuesa (A). Alegó tres motivos de impugnación, todos ellos amparados en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional:

- ❑ Infracción del deber de reserva de ley orgánica que se desprende del artículo 53.1 de la Constitución en relación con el artículo 139 de la LRBRL. El Ayuntamiento se extralimita de sus funciones al prohibir el nudismo, ya que su práctica forma parte del núcleo esencial de un derecho fundamental, cuya regulación solo puede efectuarse por ley orgánica.
- ❑ Infracción de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14, 16.1 y 18 de la Constitución y la jurisprudencia que los interpreta. La limitación contenida en la Ordenanza no puede ampararse en la cláusula de salvaguardia del orden público, pues la prohibición del nudismo «implica la negación de la pluralidad de credos y de posicionamientos ideológicos», conculcando los artículos 16 y 18 de la Constitución, por cuando se restringe indebidamente la manifestación externa del derecho a la libertad ideológica y se vulnera la intimidad personal al prescribirse en la nueva Ordenanza «la existencia de un fichero con la finalidad de anotar las personas advertidas que sirve para controlar la persistencia o no en la actividad del ciudadano».
- ❑ Infracción del principio de tipicidad recogido en el artículo 25 de la Constitución en relación con el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La resolución recurrida infringe el principio de legalidad y tipicidad por cuanto utiliza tipos abiertos, vagos e indeterminados para definir las infracciones.

3. Posición de los Ayuntamientos demandados. (A) En sus escritos de oposición a los recursos de casación, el Ayuntamiento de Barcelona solicitó su inadmisión «*por falta de determinación de los motivos en los que se fundamenta el recurso*» y, subsidiariamente, su desestimación al ser ajustada a Derecho la sentencia impugnada. (B) El Ayuntamiento de Castell-Platja d'Àro solicitó la inadmisión del recurso de casación en cuando en el escrito de preparación se invocaban preceptos que no fueron alegados en la instancia (concretamente, los artículos 16 y 25 de la Constitución, 84.2 y 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y, en relación con los preceptos que sí se adujeron en la demanda (los artículos 14 y 103.1 de la Constitución), no resultan relevantes ni determinantes del fallo recurrido.

2. Consideraciones jurídicas del Tribunal Supremo¹ [(A) y (B)]

1. Sobre la consideración de que el nudismo es una ideología cuya práctica está amparada por el derecho fundamental a la libertad ideológica previsto en el artículo 16 de la Constitución, de manera que su manifestación externa no puede ser limitada por los poderes públicos mediante un instrumento diferente a la ley orgánica, ni regulada por una Ordenanza municipal. El TS señala que los cinco motivos de casación planteados por la Federación Española de Naturismo y el Club Catalá de Naturisme y los dos primeros de ADDAN, están claramente conectados entre sí, hasta el punto de que se denuncian en los mismos idénticas infracciones de la normativa estatal y se cita como vulnerada la jurisprudencia de esta Sala contenida en la sentencia de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 4118/2011).

El punto de partida de la impugnación no es otro que la consideración de que el nudismo es una ideología cuya práctica está amparada por el derecho fundamental a la libertad ideológica previsto en el artículo 16 de la Constitución, de manera que su manifestación externa no puede ser limitada por los poderes públicos mediante un instrumento diferente a la ley orgánica (artículo 53.1 de la Constitución), ni regulada por una Ordenanza municipal con amparo en los artículos 84.2 y 139 y 140 de la LRRL, ni penalizada o sancionada administrativamente, por cuanto no resulta de aplicación la cláusula de salvaguardia del orden público, ni es título habilitante suficiente el reconocimiento legal de competencias municipales en relación con las relaciones de convivencia de interés local.

El TS no comparte la argumentación sobre la inclusión de la práctica del nudismo en el derecho a la libertad ideológica que contempla el artículo 16 de la Constitución. Si realmente fuera así, los ayuntamientos no podrían establecer la prohibición que nos ocupa, ni tipificar como tipo infractor la conducta que contraviene dicha prohibición, pues la manifestación externa de aquel derecho fundamental solo podría regularse por ley formal, que habría en todo caso de ser respetuosa, por exigencias constitucionales, con el núcleo esencial de tal derecho.

A juicio del TS, cuando la Ordenanza de Barcelona prohíbe «*ir desnudo o desnuda por lo espacios públicos*» y cuando define como infracción leve esa misma conducta no está condenando, restringiendo o limitando las creencias o las opiniones de los ciudadanos en relación con el naturismo. Lo que

¹ Trataremos ambas sentencias a la par por estar íntimamente conectadas entre sí.

hace la Ordenanza de Barcelona, en este particular, es mucho más simple: prohíbe la desnudez en los lugares de uso público general del territorio municipal y tipifica como infracción leve el incumplimiento de esa prohibición. Y lo que hace la Ordenanza de Castell-Platja d'Aro, es análogo: prohíbe la desnudez en las playas de su municipio y tipifica como infracción grave el incumplimiento de esa prohibición.

Desde esta perspectiva, el TS en ambas sentencias no entiende que el derecho a la libertad ideológica contenido en el artículo 16.1 de la Constitución resulte afectado en el supuesto que se analiza ni, por tanto, que las Ordenanzas afecten a la dimensión externa de tal derecho fundamental (es decir, al *agere licere* o facultad de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción, compulsión o injerencia de los poderes públicos), pues no puede compartirse la idea de que «*estar desnudo*» en cualquier espacio público (en el caso de Barcelona) o en las playas (en el caso de Castell-Platja d'Aro) constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público. Ni qué decir tiene que tampoco puede defenderse la existencia de un derecho fundamental a deambular, transitar o estar en esos lugares públicos «*en bañador*» (en el caso de Barcelona), pues no se alcanza a entender qué libertad fundamental se ejercita, necesariamente, vestido con dicha prenda.

Y por eso mismo, destaca el TS en ambas sentencias, no puede defenderse con éxito que resulten de aplicación al caso los argumentos contenidos en la sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 4118/2011), pues en el supuesto analizado en dicha sentencia era el uso de una determinada vestimenta (el velo), que fue considerada expresión directa e indubitada de un determinado sentimiento religioso, claramente conectada con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa y, por ello, inmune a la limitación, restricción o prohibición de uso que una Ordenanza municipal había establecido, al considerar que solo la ley, respetando el núcleo esencial de ese derecho, podía establecer alguna regulación sobre la materia.

Por consiguiente, los motivos de casación que denuncian los recurrentes en ambos recursos (Barcelona y Castell-Platja d'Aro) sobre la pretendida infracción del artículo 16.1 de la Constitución y, por ello, del artículo 53.1 del mismo texto legal en cuanto exige regulación por ley orgánica de las limitaciones de aquel derecho fundamental deben rechazarse.

2. Sobre la pretendida vulneración del derecho de igualdad cuando no se permite a individuos concretos permanecer en un espacio públi-

co **«en función de una ideología u opinión»**. Por todos los recurrentes [(A) y (B)] se imputan a las sentencias impugnadas la infracción de los artículos 14 y 103.1 de la Constitución. Porque, en su opinión, se vulnera dicho derecho cuando no se permite a individuos concretos permanecer en un espacio público *«en función de una ideología u opinión que en muchos casos es ideología de vida»*. Y porque ese derecho se habría infringido en relación con *«aquellos que obligadamente quedan excluidos de la moral pública oficial, porque se les prohíbe manifestarse hacia los otros como realmente desean y quieren»*.

La infracción del derecho a la igualdad aparece nuevamente conectada con el derecho a la libertad ideológica, cuya relación con el puro hecho de estar desnudo en los espacios públicos o en las playas ha sido rechazada. No puede afirmarse que las indicadas prohibiciones discriminen a los individuos por razón de su ideología o creencias. Tampoco se vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 14 de la Constitución respecto de quienes no comparten lo que una de las recurrentes llama *«moral pública oficial»*. Sin perjuicio del título competencial que autoriza al Ayuntamiento a aprobar una Ordenanza como la que nos ocupa, no podemos olvidar que las Entidades Locales tienen potestad para *«la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y el uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos»* (artículo 139 de la LRRL, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), sin que pueda negarse, por obvio, que el Ayuntamiento puede ejercitar en relación con los espacios públicos municipales las competencias que el ordenamiento le otorga para garantizar aquellas relaciones de convivencia, con la finalidad última de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos.

El TS rechaza la infracción del principio de igualdad dado que la medida controvertida, proporcional y razonable, ha sido adoptada por el órgano que ostenta la legitimidad democrática para ponderar el estado de opinión social y su proyección en la regulación de la convivencia.

A ello cabría añadir que la Ordenanza de convivencia del Ayuntamiento de Barcelona prohíbe otras prácticas en los espacios públicos (como dormir, hacer tatuajes, practicar el tarot, acampar, vender o comprar alimentos, ofrecer servicios sexuales, realizar actividades que obstruyan el libre tránsito de los ciudadanos), condicionándolas en muchos casos a la correspondiente autorización expresa. En todos estos supuestos (incluido el nudismo) no se *«discrimina»* al ciudadano por sus circunstancias personales o porque se quiera impedir el ejercicio legítimo de un derecho sino que, simplemente, se restringen ciertas actividades con una finalidad claramente vinculada al aseguramiento de la pacífica convivencia y con el objetivo de hacer posible

el uso compartido de los espacios públicos sin que una parte de la población se sienta perturbada por la práctica de actividades que, como la que ahora nos ocupa, es notorio que no ha alcanzado la unánime e indiscutida aceptación que se defiende por las recurrentes.

No hay, pues, en opinión del TS, infracción del artículo 14 de la Constitución, ni la Administración ha vulnerado la necesaria objetividad en el servicio a los intereses generales o el obligado sometimiento a la ley y al derecho (artículo 103.1 del texto constitucional).

3. Sobre la competencia municipal para aprobar la Ordenanza. Los motivos tercero y cuarto del recurso de la Federación Española de Naturismo y del recurso del Club Catalá de Naturisme, y parte del segundo del recurso de la ADDAN se tratan conjuntamente en la medida en que se defiende en ellos que la Administración municipal carecía de competencia para regular, condicionando y limitando su ejercicio, el derecho fundamental a la libertad ideológica.

Aunque el argumento ha sido ya rechazado cuando se ha afirmado que «estar desnudo» en cualquier espacio público no constituye, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias recogida en el artículo 16 de la Constitución, conviene añadir que los preceptos de la LRBRL que las recurrentes entienden infringidos por la sentencia son, sin embargo, los que justifican el ejercicio de la competencia municipal al constituir habilitación legal suficiente para aprobar una Ordenanza como la que nos ocupa. En efecto:

1. El artículo 84 de la LRBRL habilita a las entidades locales para «*intervenir la actividad de los ciudadanos*» mediante, entre otras actuaciones, las «*Ordenanzas*», que deben ajustarse en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad.

2. El artículo 139 de dicho texto legal permite a los entes locales, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas respecto de las «*relaciones de convivencia de interés local*».

3. Las infracciones graves o leves (artículo 140 de aquella norma) deben clasificarse en atención, entre otros aspectos, a la intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o en el uso de los espacios públicos por parte de quienes tienen derecho a utilizarlos.

Pues bien, descartada la conexión de la prohibición de estar desnudo en los espacios públicos (en el caso de Barcelona) o en las playas (en el caso

de Castell-Platja d'Aro) con el artículo 16.1 de la Constitución, la determinación de qué debe entenderse por convivencia pacífica y en qué medida debe protegerse y asegurarse la tranquilidad, el ejercicio de los derechos y el buen uso de los espacios públicos corresponde al órgano democrático que tiene atribuida la correspondiente potestad, con las limitaciones que se siguen de aquellos preceptos legales, constituidas fundamentalmente por el respeto al principio de igualdad y por la proporcionalidad de la medida en relación con el objetivo que se pretende conseguir.

Rechazada la infracción del principio de igualdad, resta por determinar si la prohibición contenida en la Ordenanza de Barcelona (estar o deambular por los espacios públicos desnudo o en bañador) o en la de la Ordenanza de Castell-Platja d'Aro (practicar el desnudo en la playa) y la correlativa infracción contemplada en dichas Ordenanzas resultan conformes con el principio de proporcionalidad.

A juicio del TS, tales previsiones han de considerarse respetuosas con este último principio, en cuanto se atemperan tanto a las exigencias del uso general de tales espacios públicos o playas (en cuanto destinados al disfrute de todo tipo de personas), como a la intensidad de la perturbación que la Corporación municipal ha considerado a efectos de calificar como leve (Barcelona) o grave (Castell-Platja d'Aro) el comportamiento. Es más: las propias Ordenanzas han dejado abierta la puerta a la posibilidad de practicar el nudismo en las playas (Castell) o estar en bañador en los espacios públicos (Barcelona) en ciertas circunstancias, al prever eventuales autorizaciones, pues solo se sanciona dicha actividad en los lugares (las playas en el caso de Castell o en espacios públicos en el supuesto de Barcelona) en los que no esté autorizada expresamente o, en el caso del bañador, en los sitios en los que no es habitual vestir esta prenda (en el caso de Barcelona). De esta forma, las propias Corporaciones municipales han tenido en cuenta que puede autorizarse, mediante los sistemas que los representantes municipales entiendan convenientes, la actividad que analizamos, lo que pone de manifiesto que han contemplado como posible una solución que permita a los defensores del naturismo su ejercicio en los lugares públicos situados en el territorio municipal.

4. Sobre la pretendida infracción de los principios de legalidad y tipicidad. El último motivo de casación de la mencionada Federación y del Club Catalá de Naturisme, y parte de las argumentaciones de ADDAN contenidas en relación con los motivos primero y segundo conectan, nuevamente, con el artículo 16 de la Constitución, pues se defiende en los mismos que, en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, no puede ser penalizada ni

sancionada administrativamente la práctica del nudismo, ya que, desaparecido el escándalo público de nuestro ordenamiento jurídico tras la reforma del Código Penal de 1988, la admisión de una disposición como la recurrida supondría la reintroducción de un ilícito penal de manera solapada, pero real.

La totalidad de estas alegaciones han sido ya contestadas en sentido desestimatorio en relación con la inexistencia de un derecho fundamental (a la libertad ideológica) a estar o deambular desnudo o en bañador en las playas y/o en los espacios públicos y a la procedencia de la intervención del ente local mediante una Ordenanza, proporcionada y no discriminatoria, que prohíbe tal conducta y la sanciona administrativamente.

En contra de lo afirmado por los demandantes, la infracción administrativa prevista en la Ordenanza no supone reinstaurar en nuestro ordenamiento jurídico el delito de escándalo público, ni penalizar una conducta que es expresión de un derecho. Si la prohibición y la consiguiente infracción no cercenan el derecho a la libertad ideológica, el Ayuntamiento ostenta competencia, en los términos previstos en los preceptos citados de la LRBRL, para intervenir de manera proporcionada y no discriminatoria esta actividad (la de ir desnudo en las playas o en el espacio público de su territorio) y para establecer tipos infractores (leves o graves) con el objetivo de preservar las relaciones de convivencia, la tranquilidad de los ciudadanos y el pacífico ejercicio de sus derechos.

5. Vulneración del principio de legalidad y tipicidad porque la Ordenanza contiene conceptos jurídicos indeterminados. En el último motivo de casación de ADDAN (que recurre la Ordenanza de Barcelona) se alega la vulneración del artículo 25 de la Constitución y del artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por cuanto, según se afirma, la modificación de la Ordenanza de Civismo recurrida se articula a través de conceptos jurídicos indeterminados que constituyen fórmulas tipificadoras vagas y omni-comprendivas imposibles de objetivar.

Las expresiones contrarias a los principios de legalidad y tipicidad serían las que aluden a la prohibición de ir o estar en lugares públicos «*casi desnudo*» o «*casi desnuda*», las que prohíben transitar o permanecer en los espacios públicos en bañador «*u otra prenda de ropa similar*», o la que hace la salvedad, en relación con esta última prenda, de permitir su uso en «*los otros lugares donde sea normal o habitual estar con esta prenda*».

La sentencia del TSJ de Cataluña rechazó que la modificación de la Ordenanza infringiera aquellos preceptos, criterio que no comparte el TS.

Es doctrina reiterada del TS la que señala que *«las exigencias dimanantes de los principios de tipicidad y seguridad jurídica son compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial (...), y no vedan, ni siquiera en el ámbito prohibitivo o sancionador, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas prohibidas»* (sentencia de esta misma Sección de 15 de febrero de 1999).

En el caso analizado, el motivo de recurso prosperó en relación con las expresiones *«casi desnudo»* y *«casi desnuda»* del artículo 74.bis.1 de la Ordenanza y *«otra prenda de ropa similar»* al bañador del artículo 74.bis.2, pues, en contra de lo afirmado en la sentencia de instancia, no resulta factible determinar con un mínimo grado de precisión las concretas características de las conductas que se sancionan. Y ello aun aceptando la dificultad de acotar, con la necesaria generalidad que debe acompañar a las normas jurídicas, las numerosas posibilidades de configuración de los comportamientos que la Ordenanza ha querido considerar merecedores de sanción. Podría haberse acudido, como posible técnica delimitadora y tal como sucede con cierta frecuencia en el Derecho Penal, a reglas ejemplificativas o enunciativas que podrían actuar como elementos reductores o limitadores de la descripción típica y que facilitarían al intérprete o al aplicador de la norma su debida concreción, pues les permitiría comparar los supuestos fácticos posibles con los ejemplos previstos en la norma, contrastando la realidad (ciertamente diversa) con el ejemplo típico.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por ADDAN en relación con las expresiones de la Ordenanza a las que se ha hecho referencia, desestimando el resto de los motivos de casación de la indicada asociación y la totalidad de los aducidos por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO.

III. VALORACIÓN

1. Introducción. Relevancia de las sentencias

1. La importancia y relevancia de estas sentencias viene dada, por una parte, por ser la primera vez que llega al Tribunal Supremo el tema del nudismo en las playas o espacios públicos y porque éste se pronuncia con especial nitidez, descartando que el nudismo como ideología (si lo fuera,

cuestión que rechaza) prevalezca sobre las decisiones de representantes populares municipales (elegidos por sufragio universal) en cuanto que arbitran medidas tendentes a la ordenación de la convivencia en los espacios públicos del municipio o en sus playas mediante el instrumento que la Ley Básica de Régimen Local les ha dotado, los reglamentos y ordenanzas municipales, potenciados a partir de la reforma de dicha Ley por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. Ofrece una solución, como veremos discutida por los colectivos interesados, pero clara para los ayuntamientos que quieran ordenar la convivencia en los espacios públicos de forma que la vestimenta o ausencia de la misma pueda provocar problemas de convivencia, en especial porque el nudismo no es aceptado por la sociedad si se practica en cualquier espacio público, plaza, calle o playa. Se trata de asegurar unas condiciones de uso de los lugares públicos que reúnan unos mínimos de aceptación por los residentes y visitantes de la ciudad.

Hasta entonces se venía defendiendo la imposibilidad de que los ayuntamientos regularan las cuestiones relativas a las playas nudistas por no ser competencia municipal o por afectar a derechos fundamentales, como el de libertad de expresión o de libertad ideológica. En este sentido la sentencia² del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso, Sección 3, N° de Recurso: 2887/1996, N° de Resolución: 289/1999 Ponente: Jose María Zaragoza Ortega, Asunto n° 2887/96) de fecha 22 de febrero de 1999, anula un acuerdo del Ayuntamiento de Sagunto de 31 de julio de 1996 en el extremo que aprobaba el siguiente acuerdo: «destinar una zona de playa en el paraje denominado Malvasur como playa nudista, junto con la adopción de las medidas pertinentes para garantizar la seguridad y el respeto a la libertad personal y a la intimidad». La Sala del TSJCV señalaba en su fundamento jurídico tercero que *el primer punto a dilucidar consiste en determinar si el Ayuntamiento posee competencia o no para adoptar el acuerdo recurrido. A este respecto el artículo 132.2 de nuestra Constitución ya señala que, «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental», precepto este que sirve de base y se reitera en el artículo 3 de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio. Si a esto añadimos lo que en la misma se dice al regular las autorizaciones (arts. 51 a 55) y al hablar de la competencias municipales (art. 115) se llega a la conclusión de que las primeras entre las que se incluye la aquí debatida solo pueden ser concedidas por la administración*

² Que no se ha localizado en las bases de datos al uso, pero se puede consultar en esta página web: http://www.naturismo.org/docs/legal_tsjv.html

estatal, aún en los supuestos de explotación más elemental (véase art. 53 de la Ley). Sentado lo anterior, necesariamente se ha de concluir que el acuerdo municipal recurrido, donde se decide destinar una zona de playa como playa nudista, constituye una decisión que en base a todo lo expuesto sólo puede ser adoptada por la Administración del Estado, o, como más concretamente se le indica al propio Ayuntamiento, por la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma Valenciana, sin que pueda alegarse en su contra que aquel acuerdo fue tan sólo el inicio de una actuación administrativa, pues como ya se ha expuesto más arriba el texto en cuestión no concuerda con esa posición. Por tanto, la resolución municipal recurrida se ha dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y como tal ha de anularse (art. 62.1.b) Ley 30/92).

2. Por otra parte, las sentencias son especialmente relevantes porque se trata de un asunto que no está cerrado. Es una polémica que, en palabras de algunos medios de comunicación, supone una «guerra» al Tribunal Supremo por parte de los colectivos nudistas o naturistas. Concretamente, la Federación Española de Naturismo ya anunció que acudiría al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que decida en última instancia, ya que entienden vulnerado un derecho fundamental que el TS no ha reconocido.

2. Nudismo y libertad ideológica

Los recurrentes alegan en defensa de que el nudismo es una ideología y como tal es expresión del ejercicio de un derecho fundamental del artículo 16 de la CE, y se apoyan en la sentencia del propio TS (Sala Tercera, Sección Séptima) de 14 de febrero de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 4118/2011, afirmó sobre el uso del velo integral.

El TS rechaza el argumento de que «estar desnudo» en cualquier espacio público (y/o playa) no constituye, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias recogida en el artículo 16 de la Constitución. De los términos de las Ordenanzas, se deduce que lo que pretenden dichas normas reglamentarias locales es la protección del derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias como consecuencia de la falta de respeto a las pautas mínimas generalmente admitidas en relación con la forma de vestir de las personas que igualmente están o transitan por el espacio público. Las Ordenanzas no están condenando, restringiendo o limitando las creencias o las opiniones de los ciudadanos en relación con el naturismo o el nudismo. Lo que hacen es, en palabras del TS, mucho más simple: prohíben la desnudez en las playas y/o en los lugares de uso público general de los municipios de Barcelona y Castell-Platja d'Aro

y tipifican como infracción leve o grave el incumplimiento de esa prohibición. En este sentido, además de las sentencias recurridas en casación del TSJ de Cataluña, se había pronunciado también el TSJ de Andalucía en la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2013, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso de dicho Tribunal³ (recurso n° 60/2010).

Por ello, el TS señala que no son aplicables a estos casos los argumentos de la mencionada sentencia de 14 de febrero de 2013, pues en el supuesto analizado en dicha sentencia estaba en cuestión el uso de una determinada vestimenta (el velo), que fue considerada expresión directa e indubitada de un determinado sentimiento religioso, claramente conectada con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa y, por ello, inmune a la limitación, restricción o prohibición de uso que una Ordenanza municipal había establecido, al considerar que solo la ley, respetando el núcleo esencial de ese derecho, podía establecer alguna regulación sobre la materia.

Se descarta, pues, que se esté afectando al derecho fundamental a la libertad ideológica que se conceptúa⁴ en su vertiente íntima: como el derecho de cada uno no sólo a tener su propia cosmovisión, sino también todo tipo de ideas u opiniones, es decir desde una concepción general o opiniones cambiantes sobre cualquier materia, aunque la libertad alcanza su trascendencia en su vertiente externa, que se traduce en la posibilidad de compartir y transmitir, en definitiva de exteriorizar esas ideas. O al derecho a la libertad religiosa que se corresponde con la vertiente trascendente de la libertad ideológica, pero más que por el contenido de las ideas, la libertad religiosa se distingue por su ejercicio comunitario o colectivo (sin perjuicio de su componente individual) que alcanza su máxima expresión externa mediante los actos de culto.

No obstante, los recurrentes, en especial la Federación Española de Naturismo anunció (según los medios de comunicación⁵) que recurriría ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ya que según esta organización la sentencia del TEDH publicada el 27 de octubre de 2014 (al parecer

³ Esta sentencia no se ha encontrado en las bases de datos al uso, no obstante se puede consultar en: <http://www.naturismo.org/docs/sentencia-tsja-cadiz-21enero2014.pdf>

⁴ Ascensión Elvira Perales, Profesora Titular. Universidad Carlos III (diciembre 2003) y Ángeles González Escudero, Letrada de las Cortes Generales (enero 2011). Sinopsis del artículo 16 CE.

⁵ <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=16&tipo=2>
El Confidencial (elconfidencial.com) de 14 de abril de 2015.

http://www.elconfidencial.com/espana/2015-04-14/guerra-contra-el-supremo-una-sentencia-de-estrasburgo-avala-el-nudismo-publico_758871/

única sentencia dictada sobre la desnudez) avala la posición de la misma, porque señaló que la práctica del nudismo forma parte de la libertad de expresión.

3. La potestad sancionadora en el ámbito local en defecto de legislación sectorial

La Ley 57/20013, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (LMMGL) se justifica, entre otras cuestiones, porque tras dieciocho años de vigencia, se han puesto de manifiesto determinadas carencias y disfuncionalidades en la regulación de determinados aspectos en la LRBRL, que aconseja acometer una serie de modificaciones en ámbitos concretos.

En este sentido, y entre otras materias, hay que destacar la ausencia de cobertura legal para la potestad sancionadora de las entidades locales en defecto de legislación sectorial. Por ello, se introduce un nuevo Título XI en la LRBRL que viene a regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. Y en el que se potencia y clarifica dicha potestad en ausencia de ley sectorial que la prevea.

El preámbulo de la Ley 57/2003, señala que no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio (Esta regulación se completa con la necesaria modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

La Sentencia (Sala Segunda) del TC 132/2001, de 8 de junio de 2001 (Recurso de amparo 1608/2000, publicada en el BOE núm. 158, Suplemento, del martes 3 julio 2001, página 126), estimó el recurso frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid que confirmó un Decreto del Ayuntamiento de Madrid que había suspendido una licencia de auto-taxi por tres meses, porque la decisión municipal sancionadora carece de cobertura legal, no siendo suficiente la ordenanza municipal.

De la STC se desprende que (FJ 6°) del artículo 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, en esta materia:

- ❑ *En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos —ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal— sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción.*
- ❑ *En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del artículo 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica⁶*

Este fue el motivo, como se ha dicho, de la introducción de este nuevo Título XI en la LRBRL, cuyos preceptos son ahora utilizados por las sentencias que comentamos. En efecto, el TS rechaza el argumento de que «estar desnudo» en cualquier espacio público (y/o playa) no constituye, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias recogida en el artículo 16 de la Constitución, y por ello, recuerda que los preceptos de la LRBRL que las recurrentes entienden infringidos por la sentencia son, sin embargo, los que justifican el ejercicio de la competencia municipal al constituir habilitación legal suficiente para aprobar una Ordenanza como la

⁶ Según el profesor Doménech Pascual, Gabriel, la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001 parecía haber zanjado definitivamente el tema al declarar que, por imperativo del artículo 25.1 de la norma suprema, las Corporaciones locales sólo podían intervenir en esta materia previa habilitación de una ley que hubiese fijado, cuando menos, «los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones» y «las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales» (FJ 6). Pero el voto particular a esta resolución de GARRIDO FALLA, al que se adhirió el propio Presidente del Tribunal, y las palabras deslizadas en alguna Sentencia del Supremo al respecto indicaban que la polémica seguía viva. Y, en efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 declaró que los Municipios pueden establecer en determinados supuestos infracciones y sanciones sin necesidad de una previa norma legal de cobertura.

Doménech Pascual, Gabriel. La tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales (Revista General de Derecho Administrativo, 6, 2004, www.iustel.com)

que nos ocupa. Así, el artículo 84 de la LRBRL habilita a las entidades locales para «*intervenir la actividad de los ciudadanos*» mediante, entre otras actuaciones, las «*Ordenanzas*», que deben ajustarse en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad. Por otra parte, el artículo 139 de dicho texto legal permite a los entes locales, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas respecto de las «*relaciones de convivencia de interés local*», tipificando las infracciones en muy graves, graves o leves (artículo 140 LRBRL) en atención, entre otros aspectos, a la intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o en el uso de los espacios públicos por parte de quienes tienen derecho a utilizarlos.

La determinación de qué debe entenderse por convivencia pacífica y en qué medida debe protegerse y asegurarse la tranquilidad, el ejercicio de los derechos y el buen uso de los espacios públicos corresponde al órgano democrático que tiene atribuida la correspondiente potestad (el Pleno del Ayuntamiento que es quien ostenta la potestad reglamentaria sancionadora, según el artículo 4 y 22 de la LRBRL y es órgano de expresión de la voluntad popular en el ámbito municipal, según el artículo 140 de la CE), con las limitaciones que se siguen de los preceptos incluidos en el mencionado Título XI, constituidas fundamentalmente por el respeto al principio de igualdad y por la proporcionalidad de la medida en relación con el objetivo que se pretende conseguir. En cualquier caso, se trata de una decisión discrecional o de oportunidad política, con independencia de cuestiones morales, ya que se trata de ordenar espacios de dominio público en aras a la buena convivencia.

4. Único motivo de estimación (parcial) en la sentencia (A) del TS (en el caso de Barcelona): la falta de concreción de los conceptos jurídicos indeterminados en la regulación de la potestad sancionadora local

El artículo 129 (Principio de tipicidad) de la Ley 30/1992, dispone que «*Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*».

En el último motivo de casación de ADDAN se alega la vulneración del artículo 25 de la Constitución y del artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, por cuanto, según se afirma, la modificación de la Ordenanza de Civismo recurrida se articula a través de conceptos jurídicos indeterminados que constituyen fórmulas tipificadoras vagas y omnicomprendivas imposibles de objetivar. Este es el único motivo que se estima en la STS del caso del Ayuntamiento de Barcelona.

La Ordenanza de dicho municipio alude a la prohibición de ir o estar en lugares públicos «*casi desnudo*» o «*casi desnuda*», o prohíben transitar o permanecer en los espacios públicos en bañador «*u otra prenda de ropa similar*».

El TS tiene reiteradamente declarado que «*las exigencias dimanantes de los principios de tipicidad y seguridad jurídica son compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial (...), y no vedan, ni siquiera en el ámbito prohibitivo o sancionador, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas prohibidas*» (STS Sala Tercera, Sección Cuarta de 15 de febrero de 1999). De este modo, cuando la tipificación de infracciones se efectúa a través de conceptos jurídicos indeterminados recae sobre la Administración sancionadora el deber de razonar y motivar de manera suficiente que los hechos imputados conforman adecuadamente el tipo infractor, de suerte que la originaria indeterminación exigiría del órgano administrativo competente una mayor precisión en la subsunción de las conductas en la correspondiente falta o infracción administrativa.

En el caso analizado, el motivo de recurso prosperó en relación con las expresiones «*casi desnudo*» y «*casi desnuda*» del artículo 74.bis.1 de la Ordenanza y «*otra prenda de ropa similar*» al bañador del artículo 74.bis.2, pues no resulta factible determinar con un mínimo grado de precisión las concretas características de las conductas que se sancionan.

El TS recomendó un mayor esfuerzo del Ayuntamiento para acotar este indeterminado concepto «*casi desnudo*» o «*casi desnuda*» y no dejar al aplicador del precepto tan extraordinario margen de apreciación en una materia que, desde luego, no puede afirmarse que se presente con indiscutible claridad. No hay que olvidar que se trata de descripciones de infracciones administrativas y que es deseable que la función de subsumir en ellas las conductas que se aprecien no sea absolutamente discrecional, siendo función de la norma tipificadora proporcionar al órgano competente (para denunciar y para sancionar) los máximos parámetros de concreción y certeza en su aplicación. Esta excesiva laxitud concurre también en la equiparación

al bañador de «*otra prenda de ropa similar*», expresión equívoca a la vista de la enorme casuística que la realidad actual pone de manifiesto.

5. Principio de proporcionalidad en la regulación del uso común general de los espacios públicos

Según el artículo 131 de la Ley 30/1992, el principio de proporcionalidad supone que en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente como criterios para la graduación de la sanción a aplicar: la existencia de intencionalidad o reiteración; la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Las previsiones de las Ordenanzas que comentamos atendiendo a este principio de proporcionalidad se han atemperado tanto a las exigencias del uso general de tales espacios públicos (en cuanto destinados al disfrute de todo tipo de personas), como a la intensidad de la perturbación de la convivencia que las Corporaciones municipales han considerado a efectos de calificar como leve o grave el comportamiento.

No olvidemos que el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, cuando se refiere al uso común general de los bienes de dominio público (artículo 76) dispone que se ejercerá libremente, con arreglo a la naturaleza de los mismos, a los actos de afectación y apertura al uso público, pero añade que de acuerdo con las leyes, reglamentos y demás disposiciones generales.

Además, las Ordenanzas de las que nos ocupamos han dejado abierta la puerta a la posibilidad de practicar el nudismo o estar en bañador en ciertas circunstancias, al prever eventuales autorizaciones, pues solo se sanciona dicha actividad en los lugares en los que no esté autorizada expresamente o, en el caso del bañador, en los sitios en los que no es habitual vestir esta prenda. De esta forma, pueden autorizarse, mediante los sistemas que los representantes municipales entiendan convenientes, dicha actividad nudista o naturista, lo que pone de manifiesto que han contemplado como posible una solución que permita a los defensores del naturismo su ejercicio en aquellos lugares públicos situados en el territorio municipal que el Ayuntamiento estime más adecuado a la convivencia general.

RESUMEN

El Tribunal Supremo ha declarado conforme a derecho la ordenanza municipal de 2011 que prohibía transitar desnudo por las calles de Barcelona. La Sala Tercera del alto tribunal rechaza el recurso de la Federación Española de Naturismo y, salvo en un punto, el de la Associació per la Defensa del Dret a la Nuesa (ADDAN), y destaca que la actitud personal consistente en estar desnudo en un espacio público no constituye manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica previsto en el artículo 16 de la Constitución Española.

Por eso, establece que la entidad local, en este caso el ayuntamiento de Barcelona, puede limitar el ejercicio de tal actividad, prohibiéndola y sancionándola administrativamente, por estar habilitada por la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y por afectar directa e inmediatamente a las relaciones de convivencia en los espacios públicos de interés local. Su tipificación como infracción leve no vulnera el principio de proporcionalidad, añade la sentencia.

El Supremo sí estima en parte el recurso de la asociación ADDAN en cuanto la ordenanza prohíbe también ir por la calle «casi desnudo o casi desnuda», ya que son expresiones contrarias a los principios de tipicidad y legalidad por ser excesivamente inconcretas e indeterminadas.

La ordenanza también prohíbe ir en bañador por las calles salvo en las contiguas a las playas o el litoral. La sentencia también estima el recurso de ADDAN al anular la expresión «u otra prenda similar» que se añadía a la palabra 'bañador', por el mismo motivo de ser demasiado inconcreta.

Sentencia de 23 de marzo de 2015

ENCABEZAMIENTO:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: CUARTA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 23/03/2015

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 1882 / 2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Votación: 10/03/2015

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Escrito por: EMGG

RECURSO CASACION Num.: 1882/2013

Votación: 10/03/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Jesús Cudero Blas

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: CUARTA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Segundo Menéndez Pérez

Magistrados:

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Jesús Cudero Blas

D. Ramón Trillo Torres

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

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1882/2013 interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, en nombre y representación de la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUEVA (ADDAN), y por la Procuradora de los Tribunales doña Rebeca Fernández Osuna, en nombre y representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 25 de marzo de 2013, dictada en los procedimientos ordinarios acumulados núms. 173/2011, 220/2011 y 230/2011, sobre modificación de la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona a los efectos de introducir la prohibición de la práctica del nudismo; es parte recurrida el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, representado por el Procurador don Vicente Ruigómez Muriedas.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO. La representación procesal de las entidades CANDIDATURA D'UNITAT POPULAR (CUT), ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUEVA (ADDAN) y FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO interpusieron ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sendos recursos contra el acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de fecha 6 de mayo de 2011, por el que se aprobaba la modificación de la Ordenanza de medidas para fomentar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona a los efectos de introducir en su Título II, capítulo duodécimo, sección tercera, la prohibición de la práctica del nudismo.

SEGUNDO. En sus correspondientes escritos de demanda, pretendían los actores la nulidad de la mencionada resolución por entender, resumidamente, que la misma carecía de cobertura legal suficiente para establecer la prohibición del nudismo e imponer sanciones, vulneraba la reserva de ley orgánica al estar dicha práctica amparada por los derechos de libertad ideológica y de pen-

samiento, intimidad y propia imagen e igualdad, infringía el principio de tipicidad al introducir conceptos jurídicos indeterminados en el establecimiento de los tipos infractores, iba en contra de los actos propios y había sido dictada por órgano incompetente respecto de las playas.

TERCERO. La representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona interesó, en su escrito de contestación a la demanda, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO. Concluido el proceso, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, de fecha 25 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva desestimaba el recurso, sin imposición de costas, al considerar competente a la Corporación municipal para aprobar una Ordenanza como la impugnada, justificada la restricción al nudismo por estar amparada en las atribuciones municipales relativas a la adecuada regulación de la convivencia pacífica, respetuosa con los derechos fundamentales alegados en la demanda, no desconocedora de los actos propios aducidos y, finalmente, ajustada a las exigencias del principio de tipicidad al incorporar conceptos jurídicos indeterminados de concreción razonablemente factible.

QUINTO. Con fecha 18 de abril de 2013, la representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO preparó recurso de casación frente a la anterior sentencia alegando cinco motivos de impugnación, todos ellos amparados en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción (i) de los artículos 14 y 103.1 de la Constitución y la jurisprudencia que los interpreta, (ii) del artículo 16 del propio texto constitucional y la jurisprudencia consolidada en la materia, (iii) del artículo 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, (iv) de los artículos 139 y 140 de la Ley 57/2003, de 16 diciembre y (v) de los artículos 25 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En el escrito de interposición, de 25 de junio de 2013, desarrollaba tales motivos en los siguientes términos: a) Al ser el nudismo una ideología, su práctica debe entenderse amparada en el artículo 16 de la

Constitución y no puede en modo alguno limitarse por ordenanzas municipales; b) Vulnera la sentencia los artículos 14 y 103.1 de la Constitución por cuanto la normativa impugnada no regula en realidad el uso de espacios públicos, sino «*la libertad de expresión de la ideología de individuos concretos*»; c) La sentencia conculca los artículos 84.2 y 139 y 140 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, pues el Ayuntamiento no puede limitar el derecho fundamental a la libertad ideológica actuando como «*policía de moralidad*»; d) Vulnera también los artículos 25 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992, no solo porque ni siquiera el Estado mediante ley puede prohibir la práctica del nudismo, sino porque la misma «*no puede ser penalizada ni sancionada administrativamente*».

SEXTO. Con fecha 23 de abril de 2013, la representación procesal de la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA preparó asimismo recurso de casación frente a la anterior sentencia alegando tres motivos de impugnación, todos ellos amparados en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción (i) del deber de reserva de ley orgánica que se desprende del artículo 53.1 de la Constitución en relación con el artículo 139 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, (ii) de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14, 16.1 y 18 de la Constitución y la jurisprudencia que los interpreta y (iii) del principio de tipicidad recogido en el artículo 25 de la Constitución en relación con el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En el escrito de interposición, de 26 de junio de 2013, desarrollaba tales motivos en los siguientes términos: a) El Ayuntamiento se extralimita de sus funciones al prohibir el nudismo, ya que su práctica forma parte del núcleo esencial de un derecho fundamental, cuya regulación solo puede efectuarse por ley orgánica; b) La limitación contenida en la Ordenanza no puede ampararse en la cláusula de salvaguardia del orden público, pues la prohibición del nudismo «*implica la negación de la pluralidad de credos y de posicionamientos ideológicos*», conculcando los artículos 16 y 18 de la Constitución, por cuanto se restringe indebidamente la manifestación

externa del derecho a la libertad ideológica y se vulnera la intimidad personal al prescribirse en la nueva Ordenanza «*la existencia de un fichero con la finalidad de anotar las personas advertidas que sirve para controlar la persistencia o no en la actividad del ciudadano*»; c) La resolución recurrida infringe el principio de legalidad y tipicidad por cuanto utiliza tipos abiertos, vagos e indeterminados para definir las infracciones.

SÉPTIMO. En sus escritos de oposición a los recursos de casación, el Ayuntamiento de Barcelona solicitó su inadmisión «*por falta de determinación de los motivos en los que se fundamenta el recurso*» y, subsidiariamente, su desestimación al ser ajustada a Derecho la sentencia impugnada.

OCTAVO. Concluidas las actuaciones, por providencia de 22 de enero de 2015 se designó ponente al Excmo. Sr. Magistrado don Jesús Cudero Blas y se señaló para la votación y fallo del presente recurso la audiencia del 10 de marzo de 2015, fecha en la que efectivamente se deliberó y votó el mismo con el resultado que ahora se expresa.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Como se sigue de los antecedentes expuestos, la resolución impugnada en la instancia modificó la Ordenanza de convivencia en el espacio público de Barcelona para introducir la prohibición de la conducta consistente en la práctica del nudismo o el «casi nudismo» y del tránsito o permanencia en esos espacios públicos en bañador u otra prenda de ropa similar, tipificando como infracciones leves la realización de tales conductas prohibidas en los casos de persistencia en su práctica una vez requerido el infractor con carácter previo por los agentes de la autoridad competentes.

La sentencia recurrida ha considerado conforme a Derecho la indicada resolución municipal al entender que no incurría en los motivos de nulidad aducidos por los demandantes. Fundamentan los jueces *a quo* el fallo desestimatorio en cinco proposiciones: a) Aunque la práctica del nudismo puede considerarse una manifestación de la

libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la Constitución, su proyección externa tiene su límite en la coexistencia de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, por lo que puede ser restringido por la necesidad de mantener el orden público y la convivencia pacífica; b) El Ayuntamiento tiene competencias para abordar una regulación como la que nos ocupa en la medida en que la misma repercute en la convivencia local, que puede ser ponderada por la Corporación desde la legitimidad democrática y representativa que le es propia con el consiguiente margen de apreciación razonable; c) La Ordenanza impugnada no vulnera el principio de igualdad en cuanto la restricción de la práctica del nudismo no puede ser reputada irrazonable o desproporcionada, ni tampoco el derecho a la intimidad y a la protección de datos, pues la previsión de un requerimiento anterior a la formulación de una denuncia no implica la incorporación de tal requerimiento a un fichero de datos; d) No infringe el principio de los actos propios, pues los cambios en la percepción de la Corporación municipal sobre el nudismo (expresados en decisiones anteriores) están amparados en su facultad, de configuración legal, de modificar la normativa correspondiente; e) La Ordenanza respeta las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad en la medida en que los conceptos jurídicos indeterminados que emplea no impiden un suficiente grado de conocimiento previo sobre el alcance de la prohibición y de los ilícitos administrativos asociados a la misma.

Los cinco motivos de casación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO y los dos primeros de la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA, todos ellos amparados en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, están claramente conectados entre sí, hasta el punto de que se denuncian en los mismos idénticas infracciones de la normativa estatal y se cita como vulnerada, en ambos recursos, la jurisprudencia de esta Sala contenida en la sentencia de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 4118/2011). El punto de partida de la impugnación de aquellas dos entidades no es otro que la consideración de que el nudismo es una ideología cuya práctica

está amparada por el derecho fundamental a la libertad ideológica previsto en el artículo 16 de la Constitución, de manera que su manifestación externa no puede ser limitada por los poderes públicos mediante un instrumento diferente a la ley orgánica (artículo 53.1 de la Constitución), ni regulada por una Ordenanza municipal con amparo en los artículos 84.2 y 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local, ni penalizada o sancionada administrativamente, por cuanto no resulta de aplicación la cláusula de salvaguardia del orden público, ni es título habilitante suficiente el reconocimiento legal de competencias municipales en relación con las relaciones de convivencia de interés local. Ambos recurrentes consideran también que la disposición recurrida en la instancia (y la sentencia que declara su conformidad a Derecho) vulnera los artículos 14 y 103 de la Constitución.

El único motivo de casación no coincidente es el tercero de los articulados por la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA, en el que se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de los principios de legalidad y tipicidad al admitirse en aquella decisión judicial que la Ordenanza incorpore conceptos jurídicos indeterminados vagos e imprecisos que no permiten su adecuada concreción.

SEGUNDO. En los correspondientes escritos de oposición a los recursos de casación, interesa el Ayuntamiento de Barcelona su inadmisión «por falta de determinación del motivo concreto del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción en el que se ampara» (en relación con el recurso de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO) o por desconocerse si los motivos aducidos se acogen a la letra a) o a la letra d) de dicho precepto de nuestra Ley Jurisdiccional (respecto de la impugnación formulada por la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA).

La tesis no puede ser acogida en cuanto ambos recursos determinan con precisión tanto los motivos en que se amparan —todos ellos a tenor de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional—, como las normas de Derecho estatal que se consideran infringidas —los artículos 10, 14, 16, 18, 25, 53.1 y 103.1 de la Constitución,

los artículos 84, 139 y 140 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre— y la jurisprudencia que se invoca —constituida, fundamentalmente, por la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 4118/2011.

Es cierto que en el recurso de la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA se señala, como rúbrica de los tres motivos de casación que se invocan, que la sentencia de la Sala de Barcelona «*incurrir en defecto de jurisdicción*», denuncia que solo tiene adecuado encaje en la letra a) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional. Entendemos, sin embargo, que el empleo de dicha expresión (evidentemente errónea) no impide en modo alguno comprobar que los motivos aducidos se encuadran realmente en la letra d) de aquel precepto, pues en los tres apartados del escrito de interposición no solo se manifiestan con claridad las normas estatales que se consideran infringidas sino que, sobre todo, se afirma expresamente que las vulneraciones que se invocan «*se subsumen en el motivo 1.d) del artículo 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*».

TERCERO. Como se dijo más arriba, los dos recursos de casación descansan en una alegación que actúa a modo de presupuesto de todos los motivos casaciones (salvo el tercero de los alegados por la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA): el nudismo es una ideología y su práctica, en cuanto manifestación externa del derecho a la libertad ideológica, de pensamiento y creencias que contempla el artículo 16 de la Constitución, no puede ser objeto de limitación sino mediante ley orgánica, sin que la cláusula de salvaguardia del orden público o de regulación de las «*relaciones de convivencia de interés local*» permita a los Ayuntamientos establecer su prohibición o sancionar el incumplimiento de las conductas prohibidas.

Para fundamentar tal alegación, se refieren los recurrentes a la sentencia de esta misma Sala (Sección Séptima) de 14 de febrero de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 4118/2011, en la que se afirmó que el uso del velo integral

ha de entenderse como verdadera manifestación externa de las creencias religiosas, merecedora del mismo tratamiento que la libertad religiosa a que se refiere el artículo 16.1 de la Constitución, y, por tanto, inmune a cualquier intervención pública limitativa o restrictiva que no vaya precedida y encuentre adecuado amparo en una ley formal, único instrumento que, en su caso y respetando el contenido esencial del derecho, podría efectuar alguna regulación legal sobre aquel modo de exteriorización de la creencia o del pensamiento religioso.

Aunque la sentencia recurrida reprocha a las demandantes su falta de concreción en cuanto a la naturaleza del nudismo y expresa sus dudas sobre si se trata de «una posición intelectual, una militancia *ideológica*, una *actitud vital*, una *forma de expresión de la personalidad* o, simplemente, una *forma de relacionarse con la naturaleza*», acepta finalmente en su fundamento jurídico tercero (mediante la expresión «*sea como fuere*») que el nudismo constituye «una manifestación de la libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la Constitución española, derecho que incluye la libre expresión de la personalidad que el artículo 10 de la Constitución vincula a la dignidad humana». Tal afirmación, empero, no lleva a los jueces a *quo* a considerar nula la limitación contenida en la Ordenanza que se combate, pues consideran que el Ayuntamiento puede, ejerciendo sus competencias en relación con las relaciones de convivencia de interés local, «aprobar una regulación que tome en consideración un estado de opinión y unas convicciones sociales generalizadas y suficientemente intensas sobre la desnudez en los espacios públicos para fundamentar razonablemente una prohibición en este sentido».

La Sala de instancia aborda también la incidencia en la cuestión analizada de la citada sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 2013, señalando que «no puede considerarse que el citado precedente vincule la resolución del supuesto que nos ocupa, pues las situaciones y los valores en juego son de naturaleza e intensidad diversas».

En el análisis de este primer argumento (que constituye, insistimos, la esencia de la discrepan-

cia de los recurrentes con la sentencia impugnada) conviene precisar, con carácter previo, que no es función de los órganos jurisdiccionales resolver en Derecho las pretensiones que ante ellos se suscitan acudiendo a disquisiciones filosóficas o a argumentos no estrictamente jurídicos sobre todo sí, como sucede con las cuestiones que aquí se suscitan, no puede afirmarse con certeza que exista un estado de opinión unánime e indiscutido sobre el *thema decidendi*.

Por eso no compartimos la argumentación contenida en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida sobre la inclusión (al parecer, a efectos dialécticos) de la práctica del nudismo en el derecho a la libertad ideológica que contempla el artículo 16 de la Constitución. Si realmente fuera así, el Ayuntamiento de Barcelona no podría establecer la prohibición que nos ocupa, ni tipificar como tipo infractor la conducta que contraviene dicha prohibición, pues la manifestación externa de aquel derecho fundamental solo podría regularse por ley formal, que habría en todo caso de ser respetuosa, por exigencias constitucionales, con el núcleo esencial de tal derecho.

Entendemos, por el contrario, que el debate sobre la conformidad o disconformidad a Derecho de la Ordenanza municipal recurrida no puede centrarse exclusivamente en determinar si el nudismo constituye una verdadera ideología o si, por el contrario, nos hallamos ante prácticas, actitudes o formas de relacionarse con la naturaleza más o menos admitidas o discutidas socialmente.

Para centrar adecuadamente la cuestión litigiosa hemos de partir de los términos de la resolución impugnada, en la que, tras fundamentar la regulación «*en la protección del derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias como consecuencia de la falta de respeto a las pautas mínimas generalmente admitidas en relación con la forma de vestir de las personas que igualmente están o transitan por el espacio público*» (artículo 74), se dispone literalmente lo siguiente:

1. «*Queda prohibido ir desnudo o desnuda o casi desnudo o casi desnuda por los espacios públi-*

cos, salvo autorizaciones para lugares públicos concretos, mediante Decreto de Alcaldía» (artículo 74.bis.1).

2. «*Asimismo, queda prohibido transitar o permanecer en los espacios públicos solo en bañador u otra prenda de ropa similar, salvo en las piscinas, las playas u otros lugares donde sea normal o habitual permanecer con esta prenda de ropa. La prohibición a la que se refiere este apartado no es de aplicación en los paseos marítimos, ni a las calles ni vías inmediatamente contiguas a las playas o en el resto del litoral*» (artículo 74.bis.2).

3. «*La realización de la conducta descrita en el primer apartado del artículo anterior será considerada infracción leve, y será sancionada con una multa de 300 a 500 euros*» (artículo 74.ter.1) y «*la descrita en el segundo apartado del artículo anterior será considerada infracción leve, y será sancionada con una multa de 120 a 300 euros*» (artículo 74.ter.2).

4. «*En ambos supuestos los o las agentes de la autoridad recordarán en primer lugar a las personas infractoras que su conducta está prohibida por la presente Ordenanza y solo si la persona persiste en su actitud se procederá a la formulación de la denuncia pertinente*» (artículo 74.ter.3).

A juicio de la Sala, cuando el primero de los preceptos citados prohíbe «*ir desnudo o desnuda por los espacios públicos*» y cuando define como infracción leve esa misma conducta no está condenando, restringiendo o limitando las creencias o las opiniones de los ciudadanos en relación con el naturismo. Lo que hace la Ordenanza en este particular es mucho más simple: prohíbe la desnudez en los lugares de uso público general del territorio municipal y tipifica como infracción leve el incumplimiento de esa prohibición.

Desde esta perspectiva, no entendemos que el derecho a la libertad ideológica contenido en el artículo 16.1 de la Constitución resulte afectado en el supuesto que analizamos ni, por tanto, que la Ordenanza en estudio afecte a la dimensión externa de tal derecho fundamental (es decir, al *agere licere* o facultad de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción, compul-

sión o injerencia de los poderes públicos), pues no puede compartirse la idea de que «*estar desnudo*» en cualquier espacio público constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público. Ni qué decir tiene que tampoco puede defenderse la existencia de un derecho fundamental a deambular, transitar o estar en esos lugares «*en bañador*», pues no se alcanza a entender qué libertad fundamental se ejercita, necesariamente, vestido con dicha prenda.

Y por eso mismo no puede defenderse con éxito que resulten de aplicación al caso los argumentos contenidos en la sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 4118/2011), pues en el supuesto analizado por la Sala en dicha sentencia estaba en cuestión el uso de una determinada vestimenta (el velo), que fue considerada expresión directa e indubitada de un determinado sentimiento religioso, claramente conectada con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa y, por ello, inmune a la limitación, restricción o prohibición de uso que una Ordenanza municipal había establecido, al considerar que solo la ley, respetando el núcleo esencial de ese derecho, podía establecer alguna regulación sobre la materia.

Por consiguiente, los motivos de casación que denuncian la infracción del artículo 16.1 de la Constitución y, por ello, del artículo 53.1 del mismo texto legal en cuanto exige regulación por ley orgánica de las limitaciones de aquel derecho fundamental deben rechazarse, pues la Sala no considera que la prohibición de estar desnudo en los lugares públicos de la ciudad o transitar por los mismos en bañador, así como la previsión de una infracción por su incumplimiento, conculquen los derechos fundamentales recogidos en aquel precepto constitucional.

Y, en este sentido, tampoco consideramos que la necesidad de que el Ayuntamiento autorice esas prácticas afecte, derogue o deje sin efecto en el municipio de Barcelona el régimen general de los derechos de libre expresión de las ideas u opiniones, de reunión y de manifestación tal y como

aparecen configurados en la Constitución y en las Leyes Orgánicas de desarrollo.

CUARTO. Ambos recurrentes, también al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, imputan a la sentencia impugnada la infracción de los artículos 14 y 103.1 de la Constitución. Para la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO, el derecho a la igualdad se vulnera cuando no se permite a individuos concretos permanecer en un espacio público «*en función de una ideología u opinión que en muchos casos es ideología de vida*». Según la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA, tal derecho se habría infringido en relación con «*aquellos que obligadamente quedan excluidos de la moral pública oficial, porque se les prohíbe manifestarse hacia los otros como realmente desean y quieren*».

Como puede apreciarse, la infracción del derecho a la igualdad aparece nuevamente conectada con el derecho a la libertad ideológica, cuya relación con el puro hecho de estar desnudo en los espacios públicos ha sido rechazada en el fundamento de derecho anterior. Por eso, en primer lugar, no puede afirmarse que la prohibición que nos ocupa discrimine a los individuos por razón de su ideología o creencias.

Pero tampoco se vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 14 de la Constitución respecto de quienes no comparten lo que una de las recurrentes llama «*moral pública oficial*». Sin perjuicio de lo que diremos más adelante en relación con el título competencial que autoriza al Ayuntamiento a aprobar una Ordenanza como la que nos ocupa, no podemos olvidar que las Entidades Locales tienen potestad para «*la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y el uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos*» (artículo 139 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), sin que pueda negarse, por obvio, que el Ayuntamiento puede ejercitar en relación con los espacios públicos municipales las competencias que el ordenamiento le otorga para garantizar aquellas relaciones de convivencia. No se pretende con tal regulación, como se defiende, establecer un concepto

oficial de moral, ni imponerlo coercitivamente a quienes no lo comparten. Se trata, simplemente, de asegurar unas condiciones de uso de los lugares públicos que reúnan unos mínimos de aceptación por los residentes y visitantes de la ciudad. Dicho esto, parece evidente que ha de reconocerse a la Corporación municipal, integrada por los representantes que los ciudadanos han elegido democráticamente, la capacidad de acotar el concepto «*relaciones de convivencia*», estableciendo para ello las medidas que impidan su perturbación con la finalidad última de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos. Ese es el mandato contenido en la ley al que debe atemperarse la actuación municipal, ajustándose en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo perseguido (artículo 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local). Desde esta perspectiva, no puede tacharse de discriminatoria una resolución que determina que en los espacios de uso público no se puede practicar el nudismo habida cuenta de la utilización general y mayoritaria de dicho espacio, de la necesidad de preservar la convivencia pacífica y del hecho, que entendemos notorio, de que la práctica del nudismo en esos espacios públicos dista mucho de ser, en el momento actual, aceptada con el grado mayoritario que las recurrentes pretenden, pues los datos que aporta al respecto la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO sobre el supuesto carácter residual del rechazo al nudismo se limitan a una encuesta elaborada por un periódico con una muestra de 10.000 personas, extremo insuficiente como para entender que concurra esa clara mayoría de aceptantes.

Por lo demás, no alcanza la Sala a entender la relación entre la prohibición de ir o estar desnudo en los espacios públicos y el derecho a llevar *piercings*, tatuajes o peinados tipo *punki*. Menos aceptable nos parece comparar la Ordenanza recurrida con una eventual prohibición de la presencia en las calles de personas con discapacidad, afirmación que, aunque realizada a mayor abundamiento o para reforzar la tesis que se defiende, ralla con la descortesía en los argumentos empleados en los escritos procesales.

En definitiva, consideramos que acierta en ese punto la sentencia recurrida cuando rechaza la infracción del principio de igualdad dado que la medida controvertida, proporcional y razonable, ha sido adoptada por el órgano que ostenta la legitimidad democrática para ponderar el estado de opinión social y su proyección en la regulación de la convivencia.

A ello cabría añadir que la Ordenanza de convivencia que se modifica por la resolución recurrida en la instancia prohíbe otras prácticas en los espacios públicos (como dormir, hacer tatuajes, practicar el tarot, acampar, vender o comprar alimentos, ofrecer servicios sexuales, realizar actividades que obstruyan el libre tránsito de los ciudadanos), condicionándolas en muchos casos a la correspondiente autorización expresa. En todos estos supuestos (incluido el nudismo) no se «discrimina» al ciudadano por sus circunstancias personales o porque se quiera impedir el ejercicio legítimo de un derecho sino que, simplemente, se restringen ciertas actividades con una finalidad claramente vinculada al aseguramiento de la pacífica convivencia y con el objetivo de hacer posible el uso compartido de los espacios públicos sin que una parte de la población se sienta perturbada por la práctica de actividades que, como la que ahora nos ocupa, es notorio que no ha alcanzado la unánime e indiscutida aceptación que se defiende por las recurrentes.

No hay, pues, infracción del artículo 14 de la Constitución, ni la Administración ha vulnerado la necesaria objetividad en el servicio a los intereses generales o el obligado sometimiento a la ley y al derecho (artículo 103.1 del texto constitucional).

QUINTO. Los motivos tercero y cuarto del recurso de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO y parte del segundo del recurso de la ASOCIACIÓN PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA deben ser tratados conjuntamente en la medida en que se defiende en ellos que la Administración municipal carecía de competencia para regular, condicionando y limitando su ejercicio, el derecho fundamental a la libertad ideológica. Aunque el argumento ha sido ya rechazado más arriba cuando hemos afirmado que «estar desnu-

do» en cualquier espacio público no constituye, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias recogida en el artículo 16 de la Constitución, conviene añadir que los preceptos de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local que las recurrentes entienden infringidos por la sentencia son, sin embargo, los que justifican el ejercicio de la competencia municipal al constituir habilitación legal suficiente para aprobar una Ordenanza como la que nos ocupa. En efecto:

1. El artículo 84 de la Ley de Bases habilita a las entidades locales para «*intervenir la actividad de los ciudadanos*» mediante, entre otras actuaciones, las «*Ordenanzas*», que deben ajustarse en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad.

2. El artículo 139 de dicho texto legal permite a los entes locales, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas respecto de las «*relaciones de convivencia de interés local*».

3. Las infracciones graves o leves (artículo 140 de aquella norma) deben clasificarse en atención, entre otros aspectos, a la intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o en el uso de los espacios públicos por parte de quienes tienen derecho a utilizarlos.

Pues bien, descartada la conexión de la prohibición de estar desnudo en los espacios públicos con el artículo 16.1 de la Constitución, la determinación de qué debe entenderse por convivencia pacífica y en qué medida debe protegerse y asegurarse la tranquilidad, el ejercicio de los derechos y el buen uso de los espacios públicos corresponde al órgano democrático que tiene atribuida la correspondiente potestad, con las limitaciones que se siguen de aquellos preceptos legales, constituidas fundamentalmente por el respeto al principio de igualdad y por la proporcionalidad de la medida en relación con el objetivo que se pretende conseguir.

Rechazada en el fundamento anterior la infracción del principio de igualdad, resta por determinar si la prohibición contenida en la Ordenanza impugnada (estar o deambular por los espacios públicos desnudo o en bañador) y la correlativa infracción leve contemplada en su artículo 74.ter resultan conformes con el principio de proporcionalidad.

A juicio de la Sala, tales previsiones han de considerarse respetuosas con este último principio, en cuanto se atemperan tanto a las exigencias del uso general de tales espacios públicos (en cuanto destinados al disfrute de todo tipo de personas), como a la intensidad de la perturbación que la Corporación municipal ha considerado a efectos de calificar como leve el comportamiento. Es más: la propia Ordenanza ha dejado abierta la puerta a la posibilidad de practicar el nudismo o estar en bañador en ciertas circunstancias, al prever eventuales autorizaciones, pues solo se sanciona dicha actividad en los lugares en los que no esté autorizada expresamente o, en el caso del bañador, en los sitios en los que no es habitual vestir esta prenda. De esta forma, la propia Corporación municipal ha tenido en cuenta que puede autorizarse, mediante los sistemas que los representantes municipales entiendan convenientes, la actividad que analizamos, lo que pone de manifiesto que ha contemplado como posible una solución que permita a los defensores del naturismo su ejercicio en los lugares públicos situados en el territorio municipal.

SEXTO. El último motivo de casación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO y parte de las argumentaciones de la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA contenidas en relación con los motivos primero y segundo conectan, nuevamente, con el artículo 16 de la Constitución, pues se defiende en los mismos que, en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, no puede ser penalizada ni sancionada administrativamente la práctica del nudismo, ya que, desaparecido el escándalo público de nuestro ordenamiento jurídico tras la reforma del Código Penal de 1988, la admisión de una disposición como la recurrida supondría la reintroducción

ducción de un ilícito penal de manera solapada, pero real.

La totalidad de estas alegaciones ha sido ya contestada en sentido desestimatorio en los fundamentos anteriores, que debemos dar ahora por reproducidos en relación con la inexistencia de un derecho fundamental (a la libertad ideológica) a estar o deambular desnudo o en bañador en los espacios públicos y a la procedencia de la intervención del ente local mediante una Ordenanza, proporcionada y no discriminatoria, que prohíbe tal conducta y la sanciona administrativamente. En contra de lo afirmado en el escrito de interposición, la infracción administrativa prevista en la Ordenanza no supone reinstaurar en nuestro ordenamiento jurídico el delito de escándalo público, ni penalizar una conducta que es expresión de un derecho. Insistimos en los argumentos anteriores: si la prohibición y la consiguiente infracción no cercenan el derecho a la libertad ideológica, el Ayuntamiento ostenta competencia, en los términos previstos en los preceptos citados de la Ley de Bases de Régimen Local, para intervenir de manera proporcionada y no discriminatoria esta actividad (la de ir desnudo en el espacio público de su territorio) y para establecer tipos infractores con el objetivo de preservar las relaciones de convivencia, la tranquilidad de los ciudadanos y el pacífico ejercicio de sus derechos. Y si ello es así, es claro que la Corporación demandada no solo no ha vulnerado los principios de legalidad y tipicidad, sino que tampoco *«ha creado un nuevo derecho consistente en no ver lo que a uno no le gusta (...), como forma eufemística de referirse al escándalo público»*, como se sostiene en el recurso, pues la Ordenanza que nos ocupa ni califica la desnudez como «escandalosa», ni restringe indebidamente el ejercicio de un derecho fundamental pues, como ya hemos razonado reiteradamente, el acto personal consistente en la desnudez pública no puede considerarse, en los términos propuestos, una manifestación de la libertad ideológica.

SÉPTIMO. En el segundo motivo de casación aducido por la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA se aduce que la sentencia impugnada, al declarar la conformidad a Dere-

cho de la resolución combatida en la instancia, vulnera el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución), manifestado a través del derecho a la libertad y autodeterminación informativa (artículo 18.4 de la Constitución).

La imputación se refiere concretamente al artículo 74.ter.3 de la Ordenanza impugnada por cuanto, a juicio de la recurrente, se prescribe en el mismo *«la necesidad de la existencia de un fichero (de datos) con la finalidad de anotar las personas advertidas y que sirve para controlar la persistencia o no en la actitud de un ciudadano»*. Recordemos que el precepto señalado exige a los agentes de la autoridad que cuando identifiquen a alguna persona infringiendo las prohibiciones reguladas en el propio artículo, le *«recuerden»* la existencia de la prohibición y solo formulen la correspondiente denuncia *«si la persona persiste en su actitud»*. De dicha previsión normativa extrae la recurrente la conclusión de que se reconoce *«implícitamente»* que los agentes de la Policía Municipal de Barcelona *«gestionarán un fichero de personas amonestadas por ir desnudas por la calle»*, lo que viola los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 de la Constitución al no constar el consentimiento para el uso de los datos de carácter personal del interesado y no especificarse ningún tipo de regulación relativa a la gestión de ese fichero.

Tampoco este motivo puede prosperar, pues el artículo 74.ter.3 de la Ordenanza no prevé, ni explícita ni implícitamente, la existencia de un fichero de datos de los *«amonestados por ir desnudos»*, ni, lógicamente, encomienda su gestión a los agentes de la Policía Local. El precepto en cuestión solo se refiere a las circunstancias que deben necesariamente concurrir para que el agente de la autoridad formule la denuncia, pues exige que la persona que realiza la conducta prohibida persista en ella tras la advertencia (el *«recuerdo»* en terminología de la Ordenanza) que dicho agente debe previamente efectuar.

No hay, pues, necesidad de un fichero de datos que recoja a los infractores advertidos, por cuanto el discutido artículo se refiere únicamente al momento concreto en que se detecta la posible comisión de la infracción; dicho de otro modo,

de los términos de tal precepto no se sigue en absoluto que la Policía Municipal gestione un fichero de datos de carácter personal de «los amonestados» sino, simplemente, que el agente que interviene al detectar la concreta infracción debe advertir al interesado de la prohibición para evitar que se formule una denuncia contra el mismo.

OCTAVO. En el último motivo de casación de la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA se alega la vulneración del artículo 25 de la Constitución y del artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por cuanto, según se afirma, la modificación de la Ordenanza de Civismo recurrida se articula a través de conceptos jurídicos indeterminados que constituyen fórmulas tipificadoras vagas y omnicomprendivas imposibles de objetivar.

Las expresiones contrarias a los principios de legalidad y tipicidad serían las que aluden a la prohibición de ir o estar en lugares públicos «casi desnudo» o «casi desnuda», las que prohíben transitar o permanecer en los espacios públicos en bañador «u otra prenda de ropa similar», o la que hace la salvedad, en relación con esta última prenda, de permitir su uso en «los otros lugares donde sea normal o habitual estar con esta prenda».

La sentencia recurrida rechazó que la modificación de la Ordenanza infringiera aquellos preceptos al entender (fundamento de derecho quinto) que no puede considerarse que las expresiones mencionadas impidan un suficiente grado de conocimiento previo del alcance de la prohibición y de los ilícitos asociados a la misma, añadiendo que «los afectados tienen a su favor el principio de resolución favorable de las dudas, en un contexto en el que concretar de forma precisa las dimensiones de la ropa mínima exigible sería prácticamente imposible».

Es doctrina reiterada de esta Tribunal la que señala que «las exigencias dimanantes de los principios de tipicidad y seguridad jurídica son compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial (...), y no vedan, ni siquiera en el ámbito prohibitivo o sancionador, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción sea

factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas prohibidas» (sentencia de esta misma Sección de 15 de febrero de 1999). De este modo, cuando la tipificación de infracciones se efectúa a través de conceptos jurídicos indeterminados recae sobre la Administración sancionadora el deber de razonar y motivar de manera suficiente que los hechos imputados conforman adecuadamente el tipo infractor, de suerte que la originaria indeterminación exigiría del órgano administrativo competente una mayor precisión en la subsumición de las conductas en la correspondiente falta o infracción administrativa.

En el caso analizado, entendemos que el motivo de recurso debe prosperar en relación con las expresiones «casi desnudo» y «casi desnuda» del artículo 74.bis.1 de la Ordenanza y «otra prenda de ropa similar» al bañador del artículo 74.bis.2, pues, en contra de lo afirmado en la sentencia de instancia, no resulta factible determinar con un mínimo grado de precisión las concretas características de las conductas que se sancionan.

Y ello aun aceptando la dificultad de acotar, con la necesaria generalidad que debe acompañar a las normas jurídicas, las numerosas posibilidades de configuración de los comportamientos que la Ordenanza ha querido considerar merecedores de sanción.

En relación con las dos primeras expresiones, es llano que el adverbio precedente «casi» indica, gramaticalmente, que no se da, ocurre o existe completamente la desnudez, aunque falta muy poco para ello. La evolución de las costumbres en lo que a la forma de vestir se refiere hace difícil, sin embargo, desentrañar en qué términos puede decirse que una persona está prácticamente desnuda o cuándo cabe afirmar que su vestimenta le aproxima a la desnudez. Sin necesidad de descender a casos o ejemplos concretos, están en la mente de todos supuestos, incluso en conocidos y relevantes acontecimientos sociales, en los que están plenamente aceptadas determinadas indumentarias que dejan al descubierto de manera apreciable, prácticamente en su totalidad,

la mayoría del cuerpo de la persona, sin que ello suponga reproche alguno desde el punto de vista de la percepción social.

Por eso, hubiera sido necesario un mayor esfuerzo de la Corporación municipal para acotar este indeterminado concepto («*casidesnudo*» o «*casi desnuda*») y no dejar al aplicador del precepto tan extraordinario margen de apreciación en una materia que, desde luego, no puede afirmarse que se presente con indiscutible claridad. Podría haberse acudido, como posible técnica delimitadora y tal como sucede con cierta frecuencia en el Derecho Penal, a reglas ejemplificativas o enunciativas que podrían actuar como elementos reductores o limitadores de la descripción típica y que facilitarían al intérprete o al aplicador de la norma su debida concreción, pues les permitiría comparar los supuestos fácticos posibles con los ejemplos previstos en la norma, contrastando la realidad (ciertamente diversa) con el ejemplo típico.

A pesar de reconocer, como ya se ha dicho, la dificultad de concretar el concepto que nos ocupa, consideramos que las expresiones utilizadas en los preceptos que se impugnan no permiten la factible concreción «*en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia*», como la jurisprudencia exige, de las características esenciales de la infracción que se tipifica. No olvidemos que nos hallamos ante descripciones de infracciones administrativas y que es deseable que la función de subsumir en ellas las conductas que se aprecien no debe ser absolutamente discrecional, siendo función de la norma tipificadora proporcionar al órgano competente (para denunciar y para sancionar) los máximos parámetros de concreción y certeza en su aplicación.

Esta excesiva laxitud, contraria a la doctrina jurisprudencial expuesta, concurre también en la equiparación al bañador de «*otra prenda de ropa similar*», expresión equívoca a la vista de la enorme casuística que la realidad actual pone de manifiesto, no ya solo por la variedad, prácticamente ilimitada, que presentan los trajes de baño masculinos o femeninos, sino por la similitud con los mismos de innumerables vestimentas, tanto en lo que hace a su diseño, como a sus dimensiones o a su estructura. También en este supuesto

nos parece excesivamente abierta la descripción de la conducta.

La extensión de la prohibición de estar o transitar por la vía pública en bañador «*u otra prenda de ropa similar*» resulta, efectivamente, difícilmente inteligible y hubiera exigido de la Corporación municipal, como ocurría con el supuesto anterior, una mayor concreción para garantizar la seguridad jurídica y reducir al máximo las percepciones puramente subjetivas de los destinatarios de las normas prohibitivas y sancionadoras que se enjuician. No consideramos, sin embargo, que la referencia contenida en la Ordenanza recurrida a «*otros lugares donde sea normal o habitual permanecer con esta prenda de ropa*» adolezca del grado de indeterminación que se imputa por la recurrente, pues es fácilmente reconocible cuáles son esos lugares, similares a las piscinas o playas, en los que la utilización de tal prenda de vestir es habitual. Además, el acogimiento de este motivo de impugnación resultaría todavía más perturbador para quienes defienden el libre uso del traje de baño, pues de anularse la expresión controvertida, únicamente resultaría permisible su utilización en la playa y en la piscina, restringiendo todavía aún más la limitación que impone la Ordenanza impugnada.

Por último, tampoco apreciamos indeterminación alguna en la indicación que deben efectuar los agentes de la autoridad a quienes incumplen las prohibiciones contenidas en la Ordenanza como paso previo a la formulación de una denuncia. Con tal advertencia, contenida en el artículo 74.ter.3 de la resolución recurrida, se mitiga claramente el rigor de la norma, pues el infractor podrá evitar la apertura del correspondiente expediente sancionador atemperando su comportamiento a las exigencias de la Ordenanza.

NOVENO. Procede, en definitiva, estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA en relación con las expresiones de la Ordenanza a las que se ha hecho referencia en el fundamento anterior, desestimando el resto de los motivos de casación de la indicada asociación y la totalidad de los aducidos por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, no procede la imposición de costas en relación con la parte cuya impugnación ha sido parcialmente acogida, pero sí respecto de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO, al haberse rechazado en su integridad el recurso de casación interpuesto por la misma. Y haciendo uso de la facultad conferida en el número tercero de tal precepto, atendidas la dificultad y la complejidad del debate, se fija en tres mil euros (3.000 euros) la cuantía máxima a reclamar por tal concepto.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLO:

Primero. Ha lugar, en parte, al recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, en nombre y representación de la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA (ADDAN), contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 25 de marzo de 2013, dictada en los procedimientos ordinarios acumulados núms. 173/2011, 220/2011 y 230/2011, sobre modificación de la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona a los efectos de introducir la prohibición de la práctica del nudismo, sentencia que se casa y anula en el exclusivo particular por el que se declaró la conformidad a derecho de las expresiones, contenidas en la resolución recurrida en la instancia, «*casi desnudo*» o «*casi desnuda*» y «*otra prenda de ropa similar*» (al bañador).

Segundo. Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mencionada asociación contra el acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de fecha 6 de mayo de 2011, por el que se aprobaba la modificación de la Ordenanza de medidas para fomentar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona a los efectos de introducir en su Título II, capítulo duodécimo, sección tercera, la prohibición de la práctica del

nudismo, en el particular de dicha resolución por el que se extiende la prohibición de ir desnudo en los espacios públicos al que vaya «*casi desnudo*» o «*casi desnuda*» y de transitar o permanecer en los espacios públicos solo en bañador a quienes porten «*otra prenda de ropa similar*» al bañador, anulando las indicadas expresiones y desestimando los restantes motivos de impugnación aducidos por los demandantes.

Tercero. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Rebeca Fernández Osuna, en nombre y representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO, contra la indicada sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 25 de marzo de 2013 y rechazamos también los dos primeros motivos de impugnación alegados por la representación procesal de la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA (ADDAN) frente a la expresada sentencia.

Cuarto. No hacemos especial imposición de las costas causadas en la instancia en relación con el recurso de casación interpuesto por la ASSOCIACIÓ PER A LA DEFENSA DEL DRET A LA NUESA (ADDAN), debiendo correr cada parte con las suyas en cuanto a las de este recurso de casación. Quinto. Imponemos a la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO las costas derivadas de su recurso de casación, con el límite señalado en el último fundamento de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Segundo Menéndez Pérez D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez D. Jesús Cudero Blas D. Ramón Trillo Torres

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; certifico.

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

RESUMEN

La Sala III del Tribunal Supremo declara conforme a Derecho la Ordenanza municipal de Castell-Platja D'Aro (Girona), aprobada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento el 25 de agosto de 2009, que prohíbe el nudismo en las playas de la localidad y tipifica esa conducta como infracción grave. El Supremo rechaza el recurso planteado por el Club Catalá de Naturisme contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de febrero de 2013, que ya avaló dicha ordenanza.

El Supremo expone que la actitud personal consistente en estar desnudo en un espacio público como la playa no constituye manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica previsto en el artículo 16 de la Constitución. Por eso, añade la sentencia que la entidad local puede limitar el ejercicio de tal actividad, prohibiéndola y sancionándola administrativamente, por estar habilitada por la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y por afectar directamente e inmediatamente a las relaciones de convivencia de interés local a los que esa norma se refiere.

La limitación y la infracción previstas en la Ordenanza Municipal recurrida no pueden reputarse discriminatorias, ni contrarias a los principios de legalidad y tipicidad. Y tampoco suponen el acogimiento de un concepto excluyente de familia, ni desconocen los avances sociales en el concepto de costumbres generalmente admitidas, ni reintroducen tampoco en el ordenamiento el delito de escándalo público.

Las sentencias y autos del Tribunal Supremo se difunden desde esta Oficina de Comunicación a efectos informativos, no estando autorizada su inclusión en ningún Fichero o Base de Datos, en aplicación de lo dispuesto en la legislación sobre Protección de Datos.

Sentencia de 30 de marzo de 2015

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. **1214/2013** interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Rebeca Fernández Osuna, en nombre y representación del **CLUB CATALÀ DE NATURISME**, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 11 de febrero de 2013, dictada en el procedimiento ordinario núm. 444/2009, sobre Ordenanza municipal de uso de las playas de

Castell-Platja d'Aro y S'Agaró; es parte recurrida el AYUNTAMIENTO DE CASTELL-PLATJA D'ARO, representado por el Procurador don Antonio Sorribes Calle.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO. La representación procesal del Club Catalá de Naturisme interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el recurso núm. 444/2009 contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento

de Castell-Platja D'Aro de fecha 25 de agosto de 2009, por el que se aprobaba la Ordenanza de uso de las playas de Castell-Platja D'Aro y S'Agaró, en cuanto por el mismo se señalaba que *«las playas del municipio de Castell-Platja D'Aro son de uso familiar y no se permiten las actividades naturistas y otras que fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo, a menos que el Ayuntamiento lo indique expresamente «y, en concordancia con tal previsión, se tipificaba como infracción grave «el nudismo en las playas en las que no haya sido expresamente autorizada dicha práctica»».*

SEGUNDO. En su escrito de demanda, de 6 de abril de 2010, pretendía la parte actora la nulidad de la mencionada resolución, en aquellos particulares, por entender que el Ayuntamiento carecía de competencia para prohibir la práctica del nudismo y que la Ordenanza recurrida conculcaba los principios constitucionales de legalidad, igualdad y sometimiento de la Administración, sirviendo con objetividad los intereses generales, a la ley y al derecho.

TERCERO. La representación procesal del Ayuntamiento de Castell-Platja D'Aro interesó, en su escrito de contestación a la demanda, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO. Concluido el proceso, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, de fecha 11 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva desestimaba el recurso, sin imposición de costas, al considerar competente a la Corporación municipal para aprobar una Ordenanza como la impugnada y al entender justificada la restricción al nudismo por estar amparada en *«la necesidad de establecer un mínimo común denominador que haga posible el uso compartido de los espacios públicos, sin que una parte de la población pueda sentirse perturbada por la práctica de una actividad que, en este momento histórico, no es mayoritariamente compartida».*

QUINTO. Con fecha 27 de febrero de 2013, la representación procesal de la parte actora preparó recurso de casación frente a la anterior sentencia alegando cinco motivos de impugnación,

todos ellos amparados en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción (i) de los artículos 14 y 103.1 de la Constitución y la jurisprudencia que los interpreta, (ii) del artículo 16 del propio texto constitucional y la jurisprudencia consolidada en la materia, (iii) del artículo 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, (iv) de los artículos 139 y 140 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre y (v) de los artículos 25 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En el escrito de interposición, de 7 de mayo de 2013, desarrollaba tales motivos en los siguientes términos: a) Al ser el nudismo una ideología, su práctica debe entenderse amparada en el artículo 16 de la Constitución y no puede en modo alguno limitarse por ordenanzas municipales; b) La sentencia establece *«un concepto exclusivo y excluyente de familia»*, produce una *«intromisión ilegítima en la evolución de las costumbres»* y discrimina a la persona al presuponer que un nudista *«está creando un problema de convivencia allí donde no lo hay»*, vulnerándose de este modo los artículos 14 y 103.1 de la Constitución; c) La sentencia conculca los artículos 84.2 y 139 y 140 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, pues el Ayuntamiento no puede limitar el derecho fundamental a la libertad ideológica; d) Vulnera también los artículos 25 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992, no solo porque ni siquiera el Estado mediante ley puede prohibir la práctica del nudismo, sino porque la misma *«no puede ser penalizada ni sancionada administrativamente».*

SEXTO. Mediante escrito de 27 de marzo de 2013, la representación procesal del Ayuntamiento demandado solicitó la inadmisión del recurso de casación en cuando en el escrito de preparación se invocaban preceptos que no fueron alegados en la instancia (concretamente, los artículos 16 y 25 de la Constitución, 84.2 y 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y, en relación con los preceptos que sí se adujeron en la demanda (los artículos 14 y 103.1 de la Constitución), no resultan relevantes ni determinantes del fallo recurrido.

SÉPTIMO. Por auto de la Sección Primera de esta Sala de 21 de noviembre de 2013 se acordó la admisión a trámite del recurso de casación por entender que los preceptos a los que se refería el motivo quinto fueron efectivamente invocados en la instancia; y respecto de los no alegados «se ponen en concordancia con la sentencia como determinantes del fallo, con lo que puede entenderse efectuado el juicio de relevancia».

OCTAVO. En su escrito de oposición a la casación, de 25 de febrero de 2014, la parte recurrida solicitó la desestimación del recurso.

NOVENO. Concluas las actuaciones, por providencia de 22 de enero de 2015 se designó ponente al Excmo. Sr. Magistrado don Jesus Cudero Blas y se señaló para la votación y fallo del presente recurso la audiencia del 10 de marzo de 2015, fecha en la que efectivamente se deliberó y votó el mismo con el resultado que ahora se expresa.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Como se sigue de los antecedentes expuestos, la Ordenanza recurrida prohibía en las playas del municipio de Castell-Platja D'Aro la práctica del nudismo, salvo autorización expresa de la Corporación, y tipificaba como falta grave la infracción de aquella prohibición.

Aunque en el escrito de demanda la parte recurrente justificaba la nulidad de aquella resolución solo en dos motivos de impugnación (la falta de competencia municipal para adoptar la decisión y la vulneración del principio de igualdad), únicos tenidos en cuenta por la Sala de instancia para fundamentar su fallo desestimatorio, en el recurso de casación se invocan otras infracciones (de los artículos 16 y 25 de la Constitución, de los artículos 84.2 y 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local y del artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) que han sido admitidas como motivos casacionales por la Sección Primera de esta Sala en cuanto aparecen conectadas a la sentencia recurrida y han de reputarse relevantes y determinantes del fallo a los efectos del artículo 89.2 de nuestra Ley Jurisdiccional.

Y los cinco motivos de casación, todos ellos amparados en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, están claramente conectados entre sí, hasta el punto de que el primero de ellos (en el que se denuncia la infracción del artículo 16 de la Constitución) actúa como presupuesto y antecedente necesario de los restantes. Así, parte la recurrente de que «*el nudismo es una ideología*» cuya manifestación externa no puede ser limitada por los poderes públicos (motivo segundo del escrito de preparación, primero del de interposición) y mucho menos regulada por una Ordenanza municipal con amparo en los artículos 84.2 y 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local (motivos tercero y cuarto), ni penalizada o sancionada administrativamente (motivo quinto).

Además, según la actora, tanto la Ordenanza recurrida como la sentencia impugnada vulneran los artículos 14 y 103.1 de la Constitución (motivo primero de casación al prepararse el recurso, numerado como segundo en el escrito de interposición), al incorporar un concepto exclusivo y excluyente de familia, presumir sin soporte alguno que el nudista crea problemas de convivencia y discriminar a quien, al practicarlo, solo actúa manifestando un derecho individual que las Administraciones Públicas tienen que facilitar y respetar.

SEGUNDO. La consideración del nudismo como ideología y su correlativa inclusión en el primero de los derechos fundamentales previstos en el artículo 16.1 de la Constitución se hace descansar por la recurrente, en primer lugar, en la definición que se contiene en el Diccionario de la Real Academia, según la cual el nudismo es «*la actitud o práctica de quienes sostienen que la desnudez completa es conveniente para un perfecto equilibrio físico e incluso moral*» y «*la doctrina o teoría que lo propugna*». Por eso, según se afirma en el escrito de interposición, la forma peculiar de exteriorización de tal ideología (la desnudez) ha de entenderse siempre amparada por aquel precepto constitucional y exige que se le dispense por los poderes públicos «*el mismo tratamiento que la libertad religiosa*».

Para fundamentar tal alegación, se refiere la parte actora a la sentencia de esta misma Sala (Sec-

ción Séptima) de 14 de febrero de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 4118/2011, en la que se afirmó que el uso del velo integral ha de entenderse como verdadera manifestación externa de las creencias religiosas, merecedora del mismo tratamiento que la libertad religiosa a que se refiere el artículo 16.1 de la Constitución, y, por tanto, inmune a cualquier intervención pública limitativa o restrictiva que no vaya precedida y encuentre adecuado amparo en una ley formal, único instrumento que, en su caso y respetando el contenido esencial del derecho, podría efectuar alguna regulación legal sobre aquel modo de exteriorización de la creencia o del pensamiento religioso.

En el análisis de este primer argumento (que constituye la esencia de la discrepancia del recurrente con la sentencia impugnada) conviene precisar, con carácter previo, que no es función de los órganos jurisdiccionales resolver en Derecho las pretensiones que ante ellos se suscitan acudiendo a disquisiciones filosóficas o a argumentos no estrictamente jurídicos sobre todo si, como sucede con las cuestiones que aquí se suscitan, no puede afirmarse que exista un estado de opinión unánime e indiscutido sobre el *thema decidendi*. Por eso entendemos que el debate sobre la conformidad o disconformidad a Derecho de la Ordenanza municipal recurrida no puede centrarse exclusivamente en determinar si el nudismo constituye una verdadera ideología o si, por el contrario, nos hallamos ante prácticas, actitudes o formas de relacionarse con la naturaleza más o menos admitidas o discutidas socialmente.

Para centrar adecuadamente la cuestión litigiosa hemos de partir de los términos de la Ordenanza en los particulares impugnados, constituidos por el artículo 9.2 de la misma (a cuyo tenor «*las playas del municipio de Castell-Platja D'Aro son de uso familiar y no se permiten las actividades naturistas y otras actividades que fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo a menos que el Ayuntamiento lo indique expresamente*») y por su artículo 37.3.n), que tipifica como infracción grave «*el nudismo en las playas donde no esté autorizada expresamente esta práctica*».

El recurrente hace especial hincapié en el inciso del primero de estos preceptos que se refiere a la prohibición de actividades que fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo, de cuyo tenor literal extrae la consecuencia de que la Ordenanza «*prohíbe la propia ideología nudista y su difusión, recordándonos tristemente la reciente prohibición de la promoción de la homosexualidad por parte del gobierno ruso*».

No compartimos el argumento expresado, ni, desde luego, nos parece afortunada la comparación que se utiliza para reforzar la tesis de la demandante en la instancia. Entendemos que el precepto recurrido debe interpretarse en los términos propuestos por la sentencia impugnada: lo que realmente prohíbe la Ordenanza es «estar desnudo» en esas playas, pues no en vano la propia resolución recurrida, cuando se refiere a las infracciones administrativas, solo tipifica como falta grave «*el nudismo*». Quiere ello decir, por tanto, que el discutido artículo 9.2 solo puede ser interpretado en el sentido de que la limitación, la restricción o la prohibición de las actividades a las que se refiere, o de su favorecimiento, fomento o difusión, únicamente pueden anudarse a que los interesados las realicen desnudos, pues este es el exclusivo comportamiento que el Ayuntamiento considera verdaderamente reprochable. Y, desde luego, no cabe entender que la necesidad de que el Ayuntamiento autorice esas prácticas afecte, derogue o deje sin efecto en las playas de su municipio el régimen general de los derechos de libre expresión de las ideas u opiniones, de reunión y de manifestación tal y como aparecen configurados en la Constitución y en las Leyes Orgánicas de desarrollo.

Dicho de otro modo, no puede interpretarse que los preceptos discutidos por la actora condenen, restrinjan o limiten las creencias o las opiniones de los ciudadanos en relación con el naturismo; ni siquiera que les impidan su defensa, fomento o desarrollo. Lo que hace la Ordenanza en este particular es mucho más limitado: prohíbe la desnudez en las playas de su municipio y tipifica como infracción grave el incumplimiento de esa prohibición.

Desde esta perspectiva, no entendemos que el derecho a la libertad ideológica contenido en el artículo 16.1 de la Constitución resulte propiamente afectado en el supuesto que analizamos ni, por tanto, que la Ordenanza en estudio afecte a la dimensión externa de tal derecho fundamental (es decir, al *agere licere* o facultad de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción, compulsión o injerencia de los poderes públicos), pues no puede compartirse la idea de que «estar desnudo» en cualquier espacio público, como las playas, constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público.

Y por eso mismo no puede defenderse con éxito que resulten de aplicación al caso los argumentos contenidos en la sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 4118/2011), pues en el supuesto analizado por la Sala en dicha sentencia estaba en cuestión el uso de una determinada vestimenta (el velo), que fue considerada expresión directa e indubitada de un determinado sentimiento religioso, claramente conectada con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa y, por ello, inmune a la limitación, restricción o prohibición de uso que una Ordenanza municipal había establecido, al considerar que solo la ley, respetando el núcleo esencial de ese derecho, podía establecer alguna regulación sobre la materia.

Por consiguiente, el motivo de casación que denuncia la infracción del artículo 16.1 de la Constitución debe rechazarse, pues la Sala no considera que la prohibición de estar desnudo en las playas municipales y la previsión de una infracción por su incumplimiento conculquen los derechos fundamentales recogidos en aquel precepto constitucional.

TERCERO. En el siguiente motivo de casación, también amparado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se imputa a la sentencia la infracción de los artículos 14 y 103.1 de la Constitución. La vulneración de esos preceptos constitucionales estaría constituida, según la parte recurrente, por la afirmación de la sentencia,

sin soporte probatorio alguno, de que la práctica del nudismo «*despierta igualmente el rechazo o, cuando menos, la desaprobación de una parte de la población*». Además, se defiende en el escrito de interposición que los jueces *a quo* incorporan «*un concepto de familia entendido de modo exclusivo y excluyente*» y que, al admitir que la Ordenanza recurrida se ajusta al Ordenamiento Jurídico, «*sediscrimina negativamente tanto a un sector de la población como a la persona en sí, como sujeto de derechos y libertades, presuponiendo que un nudista está creando un problema de convivencia allí donde no lo hay*».

Tampoco este motivo de casación puede prosperar. Con independencia de la opinión que puedan merecer a la parte recurrente las expresiones contenidas en la sentencia relativas al criterio social mayoritario sobre el nudismo y con independencia también de su legítima discrepancia con los razonamientos de esa misma sentencia, es lo cierto que la *ratio decidendi* de la resolución recurrida no se sustenta en «*la opinión de los miembros del Tribunal*» sobre el rechazo que la desnudez provoca en la sociedad. Menos aún puede afirmarse que los jueces *a quo* sustenten su decisión desestimatoria en un concepto exclusivo y excluyente de familia o que desconozcan, como también se señala en el escrito de interposición, la evolución de las costumbres.

Lo que la sentencia dice es que el carácter familiar de las playas del municipio (al que la propia Ordenanza se refiere) no ha sido propiamente puesto en cuestión por el demandante y que no puede afirmarse que exista una opinión unánime sobre la práctica del nudismo en lugares públicos. Por eso, y por considerar que el ordenamiento jurídico habilita a la Corporación municipal a adoptar medidas «*para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local*», concluye que la Ordenanza podía establecer las limitaciones referidas, a las que no considera desproporcionadas o arbitrarias.

Sin perjuicio de lo que diremos más adelante en relación con el título competencial que autoriza al Ayuntamiento a aprobar una Ordenanza como la que nos ocupa, no podemos olvidar que las Entidades Locales tienen potestad para «*la ade-*

cuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y el uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos» (artículo 139 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), sin que pueda negarse, por obvio, que las playas pertenecen al término municipal correspondiente y que el Ayuntamiento puede ejercitar en relación con tales espacios las competencias que el ordenamiento le otorga para garantizar aquellas relaciones de convivencia.

Dicho esto, parece evidente que ha de reconocerse a la Corporación municipal, integrada por los representantes que los ciudadanos han elegido democráticamente, la capacidad de acotar el concepto *«relaciones de convivencia»*, estableciendo para ello las medidas que impidan su perturbación con la finalidad última de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos. Ese es el mandato contenido en la ley al que debe atemperarse la actuación municipal, ajustándose en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo perseguido (artículo 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local). Desde esta perspectiva, no puede afirmarse que el artículo 9.2 de la Ordenanza defina o se asiente en un modelo único de familia por el solo hecho de calificar a las playas del municipio como *«de uso familiar»*, expresión de la que no cabe deducir, como parece pretender la actora, que se esté restringiendo la utilización de las playas a quienes formen parte de un determinado tipo de familia. Y tampoco cabe admitir que la sentencia recurrida, en cuanto no pone objeción a aquella expresión, defiende un *«modelo de familia exclusivo o excluyente»*, aunque solo sea porque ni siquiera se dice en el recurso cuál de esos modelos posibles es el tenido en cuenta en la resolución que se recurre. Las playas son, obvio es decirlo, de uso público general, y ni aquel precepto de la Ordenanza, ni el fundamento jurídico cuarto de la sentencia defienden un concepto excluyente que impida o limite el acceso a usuarios no integrados en grupos familiares.

Ha de entenderse, por tanto, que con la expresión *«uso familiar»* se está haciendo referencia a la diversidad de personas que utilizan las playas, a la presencia de niños o jóvenes y a las distintas sensibilidades que esas personas pueden eventualmente representar. Lo relevante, en cualquier caso, es que la prohibición de «estar desnudo» en esas playas, que es lo que verdaderamente combate el recurrente, no se conecta a una idea única de familia, ni alcanzamos a entender en qué términos puede ser contraria a derecho una disposición municipal que se refiere, genéricamente, a ese *«uso familiar»*.

Por lo demás, tampoco puede aceptarse que la Ordenanza o la sentencia se entrometan ilegítimamente en la evolución de las costumbres o que las limitaciones referidas contravengan el artículo 14 de la Constitución. Insistimos en lo dicho más arriba: el concepto de convivencia pacífica puede y debe ser acotado por el órgano que expresa la voluntad democrática de los residentes en un determinado municipio, de modo que ha de reconocerse su potestad legítima de adoptar medidas proporcionadas y necesarias para asegurar la tranquilidad de los ciudadanos en el libre ejercicio de sus derechos. Para que pudiera aceptarse que la prohibición de estar desnudo en la playa supone desconocer la evolución de las costumbres, la parte debería haber acreditado mínimamente que existe una generalizada aceptación de la práctica del nudismo, es decir, que las costumbres han evolucionado en el sentido propuesto. Es curioso, sin embargo, que el recurso de casación reproche a la sentencia que manifieste una mera opinión carente de soporte probatorio alguno y que, correlativamente, defienda que el rechazo a la desnudez *«es residual en la sociedad española»* porque así lo corroboran acontecimientos tales como la experiencia fotográfica de Spencer Tunick en Barcelona en 2003, las concentraciones anuales de ciclonudistas o las manifestaciones animalistas, o determinadas encuestas que avalarían la general aceptación del nudismo. Ni qué decir tiene que ni los acontecimientos aludidos, ni la encuesta referida (efectuado, según se afirma, sobre una

población de diez mil personas) permiten dar por acreditada, en modo alguno, aquella afirmación. Y tampoco cabe considerar discriminatoria la Ordenanza recurrida o la sentencia que declara su conformidad a Derecho. La resolución municipal se limita a fijar un espacio concreto (la playa) en el que no se puede practicar el nudismo teniendo en cuenta el uso mayoritario de dicho espacio y la necesidad de preservar la convivencia pacífica. También prohíbe otras prácticas, condicionándolas a la correspondiente autorización expresa, como el reparto de propaganda, o el acceso con animales domésticos, o la acampada, o la práctica de ciertos deportes, o el uso del fuego. En todos estos casos (incluido el nudismo) no se «discrimina» al ciudadano por sus circunstancias personales o porque se quiera impedir el ejercicio legítimo de un derecho sino que, simplemente, se restringen ciertas actividades con un objetivo claramente vinculado al aseguramiento de la pacífica convivencia y que está acertadamente recogido en la sentencia recurrida: el de «establecer un mínimo común denominador que haga posible el uso compartido de los espacios públicos sin que una parte de la población pueda sentirse perturbada por la práctica de una actividad que, en este momento histórico, no es mayoritariamente compartida».

No hay, pues, infracción del artículo 14 de la Constitución, ni la Administración ha vulnerado la necesaria objetividad en el servicio a los intereses generales o el obligado sometimiento a la ley y al derecho (artículo 103.1 del texto constitucional).

CUARTO. Los motivos tercero y cuarto deben ser tratados conjuntamente en la medida en que se defiende en ellos que la Administración municipal carecía de competencia para regular, condicionando y limitando su ejercicio, el derecho fundamental a la libertad ideológica.

Aunque el argumento ha sido ya rechazado más arriba cuando hemos afirmado que «estar desnudo» en cualquier espacio público no constituye, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias recogida en el artículo 16 de la Constitución, conviene añadir que los preceptos de la Ley Reguladora de las Ba-

ses de Régimen Local que la recurrente entiende infringidos por la sentencia son, sin embargo, los que justifican el ejercicio de la competencia municipal al constituir habilitación legal suficiente para aprobar una Ordenanza como la que nos ocupa. En efecto:

1. El artículo 84 de la Ley de Bases habilita a las entidades locales para «*intervenir la actividad de los ciudadanos*» mediante, entre otras actuaciones, las «*Ordenanzas*», que deben ajustarse en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad.

2. El artículo 139 de dicho texto legal permite a los entes locales, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas respecto de las «*relaciones de convivencia de interés local*».

3. Las infracciones graves o leves (artículo 140 de aquella norma) deben clasificarse en atención, entre otros aspectos, a la intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o en el uso de los espacios públicos por parte de quienes tienen derecho a utilizarlos.

Pues bien, descartada la conexión de la prohibición de estar desnudo en las playas con el artículo 16.1 de la Constitución, la determinación de qué debe entenderse por convivencia pacífica y en qué medida debe protegerse y asegurarse la tranquilidad, el ejercicio de los derechos y el buen uso de los espacios públicos corresponde al órgano democrático que tiene atribuida la correspondiente potestad, con las limitaciones que se siguen de aquellos preceptos legales, constituidas fundamentalmente por el respeto al principio de igualdad y por la proporcionalidad de la medida en relación con el objetivo que se pretende conseguir.

Rechazada en el fundamento anterior la infracción del principio de igualdad, resta por determinar si la prohibición contenida en la Ordenanza impugnada (practicar el desnudo en la playa) y la infracción contemplada en su artículo 37 (que califica el nudismo en dicho espacio público como

falta grave) resultan conformes con el principio de proporcionalidad.

A juicio de la Sala, tales previsiones han de considerarse respetuosas con este último principio, en cuanto se atemperan tanto a las exigencias del uso general de dichas playas (en cuanto destinadas al disfrute de todo tipo de personas), como a la intensidad de la perturbación que la Corporación municipal ha considerado a efectos de calificar como grave el comportamiento. Es más: la propia Ordenanza ha dejado abierta la puerta a la posibilidad de practicar el nudismo en ciertas circunstancias, al prever eventuales autorizaciones, pues solo se sanciona dicha actividad en los lugares (de esas mismas playas) en los que no esté autorizada expresamente. De esta forma, la propia Corporación municipal ha tenido en cuenta que puede autorizarse, mediante los sistemas que los representantes municipales entiendan convenientes, la actividad que analizamos, lo que pone de manifiesto que ha contemplado como posible una solución que permita a los defensores del naturismo su ejercicio en los lugares públicos situados en el territorio municipal.

QUINTO. El último motivo de casación está nuevamente conectado con el artículo 16 de la Constitución, pues se defiende en el mismo que *«en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, no puede ser penalizada ni sancionada administrativamente»* la práctica del nudismo, ya que, desaparecido el escándalo público de nuestro ordenamiento jurídico tras la reforma del Código Penal de 1988, la admisión de una disposición como la recurrida supondría la *«reintroducción de un ilícito penal de manera solapada, pero real»*, pues lo que en realidad sucede con los preceptos impugnados es que *«terminan en un proceso penal por desobediencia o en una detención con acusaciones de resistencia o atentado a la autoridad»*, ya que, en la práctica, *«al nudista no se le permite seguir disfrutando de la playa en desnudez una vez notificada la sanción, sino que se le conmina a vestirse y a abandonar el lugar»*. La totalidad de las alegaciones contenidas en este último motivo ha sido ya contestada en sentido desestimatorio en los fundamentos anteriores, que debemos dar ahora por reproducidos en

relación con la inexistencia de un derecho fundamental (a la libertad ideológica) a estar desnudo en la playa y a la procedencia de la intervención del ente local mediante una Ordenanza, proporcionada y no discriminatoria, que prohíbe tal conducta y la sanciona administrativamente.

En contra de lo afirmado en el escrito de interposición, la infracción administrativa prevista en la Ordenanza no supone reinstaurar en nuestro ordenamiento jurídico el delito de escándalo público, ni penalizar una conducta que es expresión de un derecho. Insistimos en los argumentos anteriores: si la prohibición y la consiguiente infracción no cercenan el derecho a la libertad ideológica, el Ayuntamiento ostenta competencia, en los términos previstos en los preceptos de la Ley de Bases de Régimen Local, para intervenir de manera proporcionada y no discriminatoria esta actividad (la de ir desnudo en el espacio público de su territorio) y para establecer tipos infractores con el objetivo de preservar las relaciones de convivencia, la tranquilidad de los ciudadanos y el pacífico ejercicio de sus derechos.

Y si ello es así, es claro que la Corporación demandada no solo no ha vulnerado los principios de legalidad y tipicidad, sino que tampoco *«ha creado un nuevo derecho consistente en no ver lo que a uno no le gusta (...), como forma eufemística de referirse al escándalo público»*, como se sostiene en el recurso, pues la Ordenanza que nos ocupa ni califica la desnudez como «escandalosa», ni restringe indebidamente el ejercicio de un derecho fundamental pues, como ya hemos razonado reiteradamente, el acto personal consistente en la desnudez pública no puede considerarse, en los términos propuestos, una manifestación de la libertad ideológica.

SEXTO. Procede, en definitiva, desestimar el recurso de casación al no incurrir la sentencia impugnada en ninguna de las infracciones de las normas estatales o de la jurisprudencia alegadas por la parte recurrente.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, la desestimación del recurso de casación lleva aparejada la imposición de las costas procesales a la parte recurrente. Haciendo uso de la facultad prevista

en el apartado tercero del mencionado precepto legal, quedan las costas fijadas para la parte recurrente en un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLO:

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Rebeca Fernández Osuna, en nombre y representación del CLUB CATALÀ DE NATURISME, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 11 de febrero de 2013, dictada en el procedimiento ordinario núm. 444/2009, sobre Ordenanza municipal de uso de

las playas de Castell-Platja D'Aro y S'Agaró, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales en los términos expresados en el último fundamento de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Segundo Menendez Perez D.ª Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas D. Ramon Trillo Torres **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; certifico.

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

SOCIAL

JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho
Universidad de Valencia. Estudio general*

(Tol 4851997)

Cabecera: Indemnización por despido objetivo al amparo del apartado c) del artículo 52 ET. Es contrario a la exigible igualdad que el convenio colectivo disponga 40 días/año de indemnización para toda extinción acordada en despido colectivo y que al despido objetivo por las mismas causas se le aplique el importe legal de 20 días/año. El supuesto es diverso al contemplado en la STS 05/07/07 [Rcud 1194/06], referida a diferente convenio colectivo, porque en éste la mayor indemnización corresponde a los supuestos de acuerdo en el ere siempre que suponga sin más trámites de autorización de la reducción pretendida.

Jurisdicción: Social

Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 26/01/2015

Tipo resolución: Sentencia

Número Recurso: 401/2014

I. EL CONFLICTO PLANTEADO

La sentencia objeto de este comentario culmina el proceso iniciado por el actor ante el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao por despido improcedente, como consecuencia de la actuación extintiva de la empresa, que tuvo lugar el 19 de diciembre de 2012, basada en el art. 52.c del Estatuto de los Trabajadores.

La empresa, que se dedica al transporte marítimo y consignación de buques, alega en la carta de despido el fuerte descenso de la producción (causa productiva), con el consiguiente impacto en la situación económica de la empresa (causa económica), que ha sufrido a consecuencia de la incidencia de la crisis económica mundial en dicho sector y en el de la siderometalurgia en el que operan sus empresas clientes. Asimismo, se justifica la decisión en la necesidad de reorganizar al personal de la empresa (causa organizativa), lo que, tomando como referencia el descenso en la actividad productiva, conlleva la amortización de los puestos de trabajo que quedan vacíos de contenido o cuya carga de trabajo puede ser asumida por otros trabajadores. De esta manera, el puesto de Oficial Preferente administrativo

dentro del Departamento de Operaciones desempeñado por el autor, se ha visto directamente afectado por *«la disminución drástica del volumen de toneladas manipuladas»*, lo que conlleva su amortización y que sus funciones pasen *«a ser absorbidas por el resto del personal del Departamento, en la figura del Jefe de Equipo»*.

Por lo demás, la empresa cumplió con los requisitos formales establecidos en el art. 53 ET, poniendo a disposición del trabajador la indemnización de 20 días de salario por año trabajado, así como los días de salario correspondientes a la falta de preaviso, si bien *«el trabajador se negó a recibir el importe de la indemnización, liquidación y falta de preaviso puestos a disposición»*.

El Juzgado de lo Social admitió parcialmente la demanda del trabajador y condenó a la empresa a la readmisión del trabajador o al abono de la indemnización correspondiente. Señala el Juez en la resolución que no han quedado acreditadas las causas alegadas y que, además, debió ofrecerse al trabajador la indemnización de 40 días por año de servicio prevista en el artículo 37 del Convenio Colectivo para empresas consignatarias de Buques, Estibadores y Transitorios de Bizkaia (BOB 23/06/2008) de aplicación para el caso de despidos colectivos autorizados por la autoridad laboral.

La sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia de 26 de noviembre de 2013, RS 2001/2013 (*Tol 4287548*), estimó el recurso, revocó la sentencia de instancia y declaró la procedencia del despido del trabajador y la adecuación de la indemnización de 20 días.

Por un lado, la Sala entendió que la valoración llevada a cabo por el Juez de los datos acreditados en la memoria económica justificativa del despido no ha sido correcta, pues de los hechos probados en la sentencia y de las adiciones fácticas instadas por la empresa se desprende que concurren las causas invocadas por la empresa.

Por otro lado, respecto de la indemnización aplicable, no se apreció la vulneración del principio de igualdad por el tratamiento diferenciado al que se somete a los trabajadores que son despedidos por causas objetivas conforme al art. 52.c ET, con una indemnización de 20 días, frente a los despedidos mediante un despido colectivo, por las mismas causas, para quienes el art. 37 del CC aplicable prevé una indemnización superior de 40 días. Para alcanzar esta conclusión, la Sala se basa en la doctrina de su Sentencia de 12 de septiembre de 2006, RS 951/2006 (*Tol 1077946*), que, ante una pretensión similar, validó la diferencia de trato que implicaba el pago de una indemnización mejorada de 45 días de salario para los casos de despido colectivo con acuerdo. Por el contrario, el Juez de Instancia, invocando la STSJ del País

Vasco, de fecha 23 de septiembre de 2003, RS 1709/03 (*Tol 322442*), entendió que esta diferencia de trato conculcaba el principio de igualdad.

Frente a esta sentencia se formuló el recurso de casación para la unificación de doctrina, cuya resolución es objeto de este comentario, presentándose como contradictoria, precisamente, la recién mencionada STSJ del País Vasco, de fecha 23 de septiembre de 2003, RS 1709/2003 (*Tol 322442*).

II. LA DISPUTA JURÍDICA Y LOS FUNDAMENTOS USADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La disputa jurídica y los fundamentos usados por el Tribunal supremo

Pues bien, a estas alturas ya no se discute la existencia de las causas alegadas para justificar el despido. Las mismas han quedado probadas y se entienden suficientes para provocar la extinción del contrato. El objeto del proceso se reduce, en consecuencia, a determinar el importe de la indemnización, esto es, si deben tomarse como base para el cálculo los 20 días previstos legalmente o los 40 días previstos en el art. 37 del CC aplicable.

En este sentido, el debate jurídico se centra en el alcance del principio de igualdad, en relación con la diferente indemnización establecida para los despidos objetivos individuales y los colectivos basados en causas empresariales, que la normativa de referencia establece de forma idéntica en 20 días de salario por año trabajado; y en si procede confirmar la sentencia de suplicación o por el contrario adoptar la doctrina de la sentencia que se aporta como contradictoria que, *«en supuesto idéntico al de autos, aplicando el mismo Convenio Colectivo, aunque en previa versión pero de idéntico contenido en la materia de que tratamos, llegó a la conclusión de que la diferencia de trato establecida en Convenio para los despidos colectivos y los objetivos carece de justificación, por lo que a ambos debe dársele el mismo tratamiento indemnizatorio»*.

Para resolver ese conflicto, la Sala basa su argumentación, por una parte, en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad y no discriminación. Se recuerda que, para poder entender infringido el principio de igualdad del art. 14 CE, es necesario que la norma trate de forma diferente dos situaciones iguales sin atender a una justificación objetiva y razonable (STC 22/1981, de 2 de julio; STC 49/1982, de 14 de julio; y, recientemente, STC 156/2014, de 25 de septiembre). Y que *«lo propio del juicio de igualdad es “su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una dife-*

rencia de trato entre grupos o categorías de personas” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que “las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; STC 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 3)”».

Y, por otra parte, la Sala también tiene en cuenta el modo en que dicho principio de igualdad y no discriminación se proyecta sobre las relaciones laborales, recordando:

- a) Que los convenios colectivos en cuanto que dotados de eficacia normativa se integran en el sistema de fuentes y están sujetos a él [entre otras, la STC 177/1988, de 10 de octubre; la STC 36/2011 de 28 de marzo; y, en la doctrina del Tribunal Supremo, por ejemplo la STS de 18 de junio de 2012, RC 221/2010 (Tol 2596756); y la STS de 22 de octubre de 2013, RC 110/2012 (Tol 4065682)].
- b) Que la aplicación de estas exigencias en la relación laboral individual ha de matizarse en cuanto que debe asimismo reconocerse el derecho de la contraparte, esto es que «*deben armonizarse con otros principios o valores constitucionales y fundamentalmente el de la libertad (arts. 1 y 10 CE), que se proyecta no sólo en la libertad de empresa (art. 38 CE), sino en la autonomía privada en el ámbito de la ordenación de los intereses privados* [entre otras, la STS de 14 de mayo de 2014, RCU 2328/2013 (Tol 4330640)]; y con mayor motivo si se atiende a la consideración de que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando las implicaciones presentes y futuras de los pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría provocar» [con cita de la doctrina constitucional, STC 36/2011, de 28 de marzo; y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS de 21 de octubre de 2014, RC 308/2013 (Tol 4563578)].
- c) Y que «*en todo caso, la autonomía de empresarios y trabajadores a la hora de fijar colectivamente el contenido de la relación laboral no puede prescindir de que un Estado social y democrático tiene por valores superiores la igualdad y la justicia*» [STC 31/1984, de 07 de marzo; y STC 27/2004, de 04 de marzo; y, entre otras STS de 18 de julio de 2011, RC 175/2010 (Tol 2240382)], «*de tal forma que ni la autonomía colectiva puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que se ajusten al art. 14 CE, ni tampoco en ese juicio pueden marginarse las circunstancias a las que hayan atendido los negociadores, siempre que*

resulten constitucionalmente admisibles» [STC 27/2004, de 4 de marzo; STC 36/2011, de 28 de marzo; y en la jurisprudencia ordinaria la STS de 20 de febrero de 2012, RC 189/2011 (*Tbl 2496334*); y la STS de 11 de octubre de 2011, RC 163/2010 (*Tbl 2509442*)].

Tomando como base estos argumentos lo que el Tribunal pretende esclarecer es si es establecimiento de una indemnización diferenciada en el convenio colectivo aplicable atenta contra el principio de igualdad, para lo que se debe determinar si se trata de supuestos «equiparables» que han sido objeto de un tratamiento diferenciado sin una justificación objetiva y desproporcionada en cuanto al fin perseguido con dicho tratamiento diferenciado.

III. EL FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La homogeneidad entre ambos preceptos aparece clara para el propio Tribunal. Se acepta que, tras la reforma introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, se estableció, en relación con las extinciones por causas empresariales, un régimen jurídico diferenciado basado exclusivamente en el número de trabajadores afectados por la decisión empresarial, pues hasta ese momento todas se sometían a un expediente de regulación de empleo y a la autorización administrativa. Esta identidad sustancial ha sido puesta de manifiesto por, entre otras, la STS de 30/06/99, RECU 2003/1998 (*Tbl 47803*) y la STC 103/2002, de 6 de mayo, al hilo de la responsabilidad del FOGASA por indemnizaciones por despido. Se niega por tanto la existencia de una razón objetivamente razonable para establecer un tratamiento jurídico distinto entre dos supuestos extintivos que son equiparables, por lo que no admiten un trato diferenciado.

También se justifica la decisión en la desproporción de la medida puesto que, aunque ciertamente el objetivo pretendido por la mejora convencional no se puede proyectar sobre los despidos individuales ni plurales, al no requerir negociación, por lo que cabría incentivar el acuerdo para los despidos colectivos mediante un cierto incremento de la indemnización no se entiende proporcional doblar su cuantía.

De esta manera, se atiende a la petición del trabajador y, conforme a la doctrina de la «*equiparación en lo favorable*», que impone que en los supuestos de tratamiento diverso constitucionalmente se aplique al colectivo discriminado el tratamiento más beneficioso —STC 145/1991, de 1/julio; y

STC 286/1994, de 27/octubre—, se le concede la indemnización de 40 días. Pese a ello, el Tribunal reconoce que esa equiparación puede afectar al «equilibrio interno del convenio», pero al tiempo señala que, *«por encima de esta situación de equilibrio interno producto del pacto, están las normas de Derecho necesario, y muy señaladamente los principios y derechos constitucionales que constituyen un límite infranqueable a la transacción colectiva»*, como recoge la STC 189/1993, de 14/junio; y también la STS de 21 de enero de 2014, RECURSO 1194/2013 (ToI 4103017); y la STS de 21 de octubre de 2014, RC 308/2013 (ToI 4563578).

IV. COMENTARIO Y CRÍTICA

En principio, el Tribunal Supremo parece que, aparentemente, lleva a cabo una correcta aplicación de la doctrina elaborada en sede constitucional y también de una consolidada jurisprudencia de numerosas sentencias del propio Tribunal Supremo.

Sin embargo, creo que deben plantearse ciertas cuestiones con el fin de comprobar si dicha apariencia es real, pues, a mi juicio, existen ciertos elementos que pueden poner en entredicho tanto las argumentaciones, como la propia solución alcanzada.

En esta labor se debe partir, como hace el propio Tribunal, de la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y no discriminación recogido en el art. 14 CE.Y, en relación con ello, debe advertirse, conforme a la doctrina constitucional anteriormente señalada, que el principio de igualdad ante la ley (que también incluye el de igualdad en la ley) ampara no conlleva una igualdad absoluta, pues cabe establecer diferencias cuando las situaciones reguladas no sean sustancialmente iguales; y que, fuera de este supuesto, la única forma de establecer desigualdades es mediante motivos racionales y suficientemente motivados, no arbitrarios. Por otro lado, la discriminación tendría un alcance mayor, pues se refiere a aquellas desigualdades de trato que son injustas o arbitrarias por basarse en unas concretas razones que, por suponer la negación de la propia igualdad entre los hombres, no pueden más que rechazarse. De esta manera, mientras que el principio de igualdad vincula a los poderes públicos y puede afectar tanto a individuos como a sociedades, empresas o productos, la prohibición de discriminación vincula a los poderes públicos y a los sujetos privados e impone la igualdad de trato absoluta, a diferencia del principio de igualdad que, como se acaba de señalar, admite también la disparidad de trato.

Por tanto, el convenio colectivo cuando fija condiciones laborales está sometido a ambos principios, a diferencia del empresario que sólo queda vinculado por la obligación de no discriminar con sus decisiones. Así, hay que valorar si mediante la autonomía colectiva se han infringido alguno de estos derechos, teniendo en cuenta la aplicación matizada del principio de igualdad a las relaciones privadas, entre las que el convenio colectivo se incardina, por la necesidad de respetar *«otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica»* (STC 177/1988, de 10 de octubre). De hecho, *«el principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación, global y genérica, del principio de igualdad, en la medida en que da pasó al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector o de cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación de condiciones de trabajo (...) Pero, además, el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses, pues sólo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios para regular»*.

1. La aplicación del principio de igualdad a las cláusulas convencionales que incrementan la indemnización para los despidos colectivos

La aplicación del principio de igualdad a las cláusulas convencionales que incrementan la indemnización para los despidos colectivos

Con estas referencias, para determinar la validez de la medida convencional, hay que partir de la base legal sobre la que se establece la diferencia de trato, esto es sobre la homogeneidad de las decisiones extintivas previstas en los artículos 51 y 52.c ET. Pues bien, debe señalarse que, como el propio Tribunal recuerda, *«antes de la reforma operada por la Ley 11/1994, todas las extinciones contractuales basadas en causas económicas, técnicas u organizativas, habían de realizarse al amparo del art. 51 ET y mediante ERE en el que la extinción contractual se sometía a la correspondiente autorización administrativa; y que la citada reforma escindió este tipo de extinciones contractuales colectivas en dos grupos, atendiendo a la entidad numérica de los trabajadores afectados, de forma que los que sobrepasan los umbrales establecidos en el art. 51 ET siguen precisando autorización administrativa, y los*

que no alcancen tal número, pueden ser decididos directamente por el empresario, con el consiguiente control jurisdiccional posterior». Ahora bien, a partir de la modificación que en esta materia trajo consigo la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, cabía entender, con base en ciertos matices en la redacción de ambos preceptos que la situación de ineficiencia empresarial que posibilitaba extinguir una o varias relaciones laborales no tenía la misma gravedad que la que permitía proceder a un mayor número de las mismas, esto es, pese a que el referente causal en el despido individual y el colectivo era el mismo, no lo era el grado de intensidad con que debía manifestarse, lo que se entendió como un llamamiento al Poder Judicial para flexibilizar el despido objetivo —el Tribunal Supremo recogió el guante y reconoció esta mayor flexibilidad del despido objetivo individual [STS de 23 de mayo de 2005, RCUUD 38/2004 (ToI 675558)]. Sin embargo, esta diferenciación desapareció a raíz de las sucesivas reformas laborales que se iniciaron con el RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, al objeto de adaptar el mercado de trabajo y la legislación laboral a la crisis económica, por lo que, siendo esta la normativa aplicable al caso de autos, es cierto que la única diferencia entre un régimen extintivo y otro viene exclusivamente referida al número de los trabajadores afectados, lo que justifica que el trato indemnizatorio sea el mismo en ambos casos.

Pese a ello, el procedimiento a seguir en uno y otro caso es distinto y, pese a haber desaparecido el trámite administrativo de aceptación en los despidos colectivos, se mantiene la obligación de llevar a cabo un procedimiento de consultas con la representación de los trabajadores, con el fin de llegar a un acuerdo sobre la medida adoptada y sus consecuencias. En mi opinión, esta diferencia avalaría que en la negociación colectiva se establecieran medidas cuyo fin fuera facilitar dicho acuerdo, de manera que se alcance consensuadamente una solución global a la situación de la empresa que implique un beneficio para el conjunto de los trabajadores de la empresa, aunque algunos de ellos individualmente se vean perjudicados. No hay que olvidar además que la posibilidad de establecer durante el periodo de consultas una indemnización superior a la legalmente establecida ha sido ampliamente aceptada e incluso fue recogida legalmente. De hecho, aunque el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, a diferencia de sus antecesor ya no lo recoge, estos pactos tienen un respaldo legal expreso en el art. 64.6 de la Ley 22/2003, de

9 de julio, Concursal, en relación con el expediente judicial de regulación de empleo para las empresas en concurso.

De hecho, la doctrina judicial y el propio Tribunal Supremo han aceptado el establecimiento por la negociación colectiva de una indemnización superior en relación a estos supuestos. Al respecto se pueden traer a colación algunas de las sentencias que los órganos judiciales implicados en la solución de este conflicto han utilizado como base de sus argumentos.

En este sentido, la STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006, RS 951/2006 (*Tol 1077946*), determina que, cuando el convenio colectivo prevé distintos regímenes indemnizatorios en función de la existencia o no de un expediente de regulación de empleo, establece de forma razonable una *«diferenciación de trato que no constituye una discriminación en el sentido constitucional pues el factor de diferenciación hace primar con la mejora indemnizatoria la necesidad de acuerdos extintivos globalizados, siendo cauce normativo específico el Convenio Colectivo para refutar cualquier tipo de segregación o inclusión de elementos de diferenciación que no desconozcan los valores constitucionales. Por ello la diferenciación habida tiene justificación objetiva y razonable en la situación presentada y como el Convenio Colectivo surge de la autonomía colectiva con valor normativo y eficacia general al ser razonable los valores e intereses que predica en ese ámbito de necesidad de acuerdo social no descubre la Sala un diferente trato que lleve aparejada discriminación alguna que permita aplicar la jurisprudencia que mencionan los recurrentes»*.

Siguiendo esta doctrina, la STSJ del País Vasco, de 26 de noviembre de 2013, RS 2001/2013 (*Tol 4287548*), objeto del Recurso ante el Tribunal Supremo, justifica *«esa diferencia entre las indemnizaciones previstas para los supuestos de despido objetivo individual y para los supuestos de despidos colectivos, pues el propio Convenio Colectivo de Consignatarias de Bizkaia regula en su artículo 37 los Expedientes de suspensión temporal o extinción de contratos por causas tecnológicas o económicas o de fuerza mayor, para los que se prevé que “la indemnización en el supuesto de ser autorizada la extinción por la Autoridad Laboral, será de cuarenta días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de cuatro anualidades, sin que el número de días a indemnizar pueda exceder de 55, siempre con el dicho límite de cuatro años”. En su artículo 38 bajo la rúbrica de Despido improcedente dispone que “En los supuestos de despido improcedente o nulo declarado por el Juzgado de lo Social, cuando la Empresa no proceda a la readmisión, la indemnización mínima será, en todo caso, de dos meses de salario por año de antigüedad, con un máximo de cinco anualidades de salario”. Entendemos que siguiendo la doctrina antes expuesta*

en este caso se ha distinguido en el propio Convenio colectivo las situaciones de expediente de despido autorizado por la autoridad laboral, para los que se ha previsto una indemnización diferente que para los supuestos de despido improcedente o nulo y esa diferencia de regulación justifica que se otorgue distinta indemnización».

Sin embargo, en realidad, la STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006, RS 951/2006 (*Tol 1077946*), también alude a la cláusula del Convenio, y lo hace precisamente para justificar su revocación por la ya aludida STSJ del País Vasco, de 23 de septiembre de 2003, y la STSJ del País Vasco, de 1 de junio de 2005, las cuales *«dan cabida a una interpretación con reconocimiento de que el despido individual objetivo por causas económicas y el despido colectivo son esencialmente lo mismo, y su justificación en distinto trato a los trabajadores despedidos no puede ser concebida, cuando tal interpretación judicial se realiza respecto de la redacción de un concreto precepto de un Convenio Colectivo distinto al actual en el que no existe la distinción específica y detallada por Acuerdo de autonomía colectiva que se refleja aquí en el artículo 50 intitulado “despidos por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo”, que específicamente prevé ambas situaciones, las diferencia, y constata sus exigencias de manera singularizada con justificación razonable y objetiva que autoriza tal diferencia de trato».*

¿Cuál es entonces el sentido de la cláusula convencional objeto de esta controversia? ¿Se establece en ella un régimen diferenciado, justificado y razonable? Lo que expresamente se determina en el convenio es que, en los casos en que se presente algún expediente de extinción de contratos, *«la indemnización en el supuesto de ser autorizada la extinción por la Autoridad Laboral, será de cuarenta días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de cuatro anualidades, sin que el número de días a indemnizar pueda exceder de 55, siempre con el dicho límite de cuatro años».*

Lo primero que debe observarse es que para la aplicación de la mejora en la indemnización, no se exige, al menos expresamente, que se consiga un acuerdo en el trámite de consultas, lo cual ya implica una diferencia en relación con las previsiones convencionales a las que aluden las sentencias referidas anteriormente. Como se recuerda en la sentencia del Tribunal Supremo, el contenido de la norma convencional data de 1987, es decir, es anterior a la reforma legal de 1994 aludida, anteriormente, por lo que la mejora se aplicaba a todos los despidos basados en estas causas, independientemente del número de trabajos afectados, puesto que todos se tramitaban en el Expediente de Regulación de Empleo, *«de manera que muy posiblemente el incremento de la indemnización atendía a la finalidad de allanar el trámite,*

limitando la oposición de la representación de los trabajadores y propiciando la aprobación de la Autoridad laboral». Así, a juicio de la Sala, tras la reforma, se ha establecido una formal y artificial trato diferenciador, al quedar relegada su aplicación a los despidos colectivos, sin que en las sucesivas renegociaciones del convenio se considerase necesaria u oportuna su modificación, sin establecerse una justificación sobre la base de la existencia de un acuerdo.

De hecho, la Sala reconoce que *«pudiera ser comprensible que —en pos de facilitar el interés empresarial de adecuar la plantilla y el colectivo de la paz social— se pacte privilegiar los despidos de mayor repercusión numérica...»*. Y, de esta manera, se mantiene que no se entra en contradicción con la jurisprudencia sentada por la STS de 05 de julio de 2007, RCUD 1194/2006 (*Tol 1116635*), que entendió que el establecimiento por convenio colectivo de una mayor indemnización en los despidos colectivos, *«caso de acuerdo entre empresa y trabajadores afectados con el expediente de reducción de plantilla y siempre que dicho acuerdo suponga sin más trámites de autorización de la reducción pretendida»* (art. 25 del Convenio Colectivo del Comercio del Metal de Guipúzcoa), resultaba ajustado a derecho. Se observa que *«el incremento indemnizatorio no se establecía para todo despido colectivo, sino tan sólo para aquellos en que hubiese acuerdo y éste llevase “sin más trámites” a la autorización administrativa, con lo que respecto del supuesto ahora debatido añadía un plus redoblado —acuerdo y autorización— ahora inexistente...»*.

Lo que es cierto es que todas estas cláusulas convencionales han quedado obsoletas y requieren de una revisión por parte de los agentes sociales que aclare su sentido, pues todas ellas se refieren al expediente de regulación de empleo administrativo, hoy desaparecido, que requería que la medida extintiva se autorizase por la autoridad laboral competente. Aun así, su reinterpretación al hilo nueva normativa se explica por la persistencia de la obligación de llevar a cabo un periodo de consultas con los representantes de trabajadores en los despidos colectivos, con la finalidad de lograr un acuerdo sobre las *«posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad»* (art. 51.2 ET); y por el hecho de que estos acuerdos, si no están viciados, allanan el camino hacia la efectividad del ERE y coadyuvan a evitar que se eche atrás en sede judicial.

Así, aunque requiere un esfuerzo de reinterpretación mayor, la cláusula objeto de conflicto tampoco alberga tantas diferencias con el resto de las señaladas. También podría haberse entendido, respetando los criterios hermenéuticos de interpretación sobre las cláusulas convencionales, que el es-

píritu de la cláusula se mantiene, pese a no haber sido modificada. Así, tras la reforma, su contenido se proyectaba sólo a los supuestos de extinciones colectivas que seguían requiriendo de la autorización de la Administración Laboral, con ese mismo fin de facilitar un acuerdo que, salvo que se apreciase la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, la autoridad laboral debía convalidar; y, de acuerdo con la normativa aplicable hoy en día, habría que entenderlo aplicable sólo en caso de pacto sobre el alcance de la medida colectiva. Con esta interpretación la cláusula sería equiparable a otras que sí tienen el beneplácito del Tribunal Supremo, por entender que la diferenciación establecida (el incremento de la indemnización) tiene una justificación objetiva y razonable.

2. El juicio de proporcionalidad

En cualquier caso, aunque como se ha visto, con base en los argumentos asumidos por el Tribunal la diferencia de trato podría haber llegado a justificarse, lo que es absolutamente rechazado por la Sala es la proporcionalidad de la medida, lo que también lleva a considerar vulnerado el principio de igualdad.

De esta manera, expresamente se advierte que *«duplicar la indemnización frente a los (despidos objetivos) que no deben seguir el trámite colectivo parece privado de la debida proporcionalidad que impone el principio de igualdad cuya vulneración denuncia el recurso; una cierta diferencia sería admisible, pero no es constitucionalmente presentable —desde la perspectiva del art. 14 CE— cuando la diversidad alcanza los términos referidos»*. En este sentido, también llama la atención sobre las diferencias existentes con la cláusula que enjuicia la STS de 05 de julio de 2007, RCU 1194/2006 (ToI 1116635), en la que el diferente tratamiento entre los supuestos extintivos, *«además se traducía en un beneficio indemnizatorio menor al de autos [mes y medio], con lo que no solamente presentaba una muy superior justificación objetiva, sino que incluso guardaba una más adecuada proporcionalidad»*.

El problema, entonces, radica en la fijación del límite al incremento sobre la indemnización legal de 20 días, que en tanto que puede ser corregido por los órganos judiciales, con base a la aplicación del principio de igualdad, va a poseer un cierto componente de discrecionalidad.

Téngase en cuenta que para el Tribunal, doblar la indemnización, esto es pasar de 20 días a 40 días de salario por año trabajado es exagerado. Hay que pensar que esta indemnización está descontextualizada de la realidad actual. Efectivamente, para empezar si se atiende al tenor de la cláusula, los cuarenta días marcan un mínimo, fijándose el máximo en 55 días. Si se toma

como referencia la entonces vigente indemnización por despido improcedente de 45 días por año trabajado, cabría entender la empresa accedía a pagar aproximadamente entre un 89% y un 122% con el fin de facilitar el expediente extintivo y evitar los costes de los posibles procesos judiciales posteriores, lo cual no es descabellado y parece proporcional. Así, en la actualidad, la aplicación de estos porcentajes implicaría un arco entre 29,27 y 40,2 días de salario, por lo que los 40 días siguen estando dentro del rango.

Pero es que, además, el Tribunal entiende adecuado y proporcional el abono de un mes y medio de salario por año trabajado o, lo que es lo mismo, 45 días de salario, y aquí deja de tener sentido el razonamiento de la Sala. A la vista de lo expuesto anteriormente y de esta incongruencia creo que la solución alcanzada podría haber sido otra y que el recurso de casación en unificación podría haber convalidado la sentencia dictada en suplicación, manteniendo la indemnización de 20 días de servicio por año trabajado, al no haberse infringido el principio de igualdad.

Por último, me pregunto si, en otro orden de cosas, el juicio de proporcionalidad sobre el incremento de la indemnización también juega cuando, en lugar de fijarse en convenio, se logra en el propio pacto del periodo de consultas del despido colectivo, que también es una manifestación de la voluntad colectiva y cuyos efectos jurídicos son equiparables a los del convenio colectivo, y en relación con las propias ofertas empresariales para lograr rescisiones contractuales voluntarias con el fin de evitar o modular la adopción de otras medidas extintivas o para lograr la adscripción, igualmente voluntaria, de los trabajadores al Expediente de regulación de empleo. Desde luego, se trata de situaciones que participan de los mismo objetivos y, por tanto, comparables y, en consecuencia, los límites en torno a las cantidades a percibir por efecto de la resolución contractual tendrían que ser los mismos, con tal de no conculcar el principio de igualdad de trato. Así, todo el proceso de reorganización empresarial y regulación de empleo podría llegar a depender de una decisión judicial sobre estos aspectos, lo que de generalizarse, seguramente, limitará el juego de los pactos en estas controvertidas situaciones de ajuste empresarial.

Sentencia de 26 de enero de 2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA:

Presidente Excmo. Sr. D.: Jesús Gullón Rodríguez

Fecha Sentencia: 26/01/2015

Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA 401/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 20/01/2015

Procedencia: T.S.J. PAÍS VASCO SOCIAL

Ponente Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Reproducido por: OLM

Recurso Num.: /401/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Luis Fernando de Castro Fernández

Votación: 20/01/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

SENTENCIA NUM.:

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

En la Villa de Madrid, a veintiséis de enero de dos mil quince.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. JJ frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 26/noviembre/2013 [recurso de Suplicación nº 2001/2013], que resolvió el formulado por la representación procesal de MARÍTIMA CANDINA, SLU frente a la pronunciada en 22/marzo/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao [autos 140/13], sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ,

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 22 de marzo de 2013 el Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. JJ contra MARÍTIMA CANDINA S.L.U., GARALDE CAPITAL Y DESARROLLO S.L.U., BERGE Y CIA S.A., BERGE MARTIMA BILBAO S.L.U y FOGASA, sobre despido, declaro el impugnado como improcedente, condenando a la empresa demandada MARÍTIMA CANDINA S.L.U., a que, en el plazo de cinco días, a partir de la notificación de esta resolución, opte entre

readmitir al trabajador en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al despido o a indemnizarle en cuantía de 248.024,48 euros, así como al abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución en caso de opción readmisoria, absolviendo al resto de las demandas de las pretensiones deducidas en el presente procedimiento.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: «PRIMERO.- EL actor D. JJ, mayor de edad, con D.N.I. Nº 1492043T, ha venido prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa demandada MARÍTIMA CANDINA, S.L.U. con antigüedad del 22/2/1972, categoría de Oficial preferente y salario de 5.170,49 euros mensuales con pp pagas extras.- SEGUNDO.- Con fecha 20/12/2012 la empresa MARÍTIMA CANDINA S.L.U. hace entrega al demandante carta de de extinción contractual con el siguiente contenido: "Muy Sr. mío: Por medio de la presente la Dirección de MARÍTIMA CANDINA, S.L. (en adelante, 'MARÍTIMA CANDINA' o 'la Compañía') pone en su conocimiento la decisión de extinguir su contrato de trabajo con fecha de efectos del día de hoy, 19 de diciembre de 2012, por concurrir causas objetivas de naturaleza productiva, económica y organizativa, amparadas en lo dispuesto en el artículo 52 apartado e) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores ('ET').- Las razones principales que hacen obligatorio para la Compañía adoptar esta decisión son: i. La negativa situación productiva de la Compañía con el correspondiente impacto en su situación económica; y ii. La necesaria reorganización del personal adscrito a la Compañía.- Se explicarán por separado ambas causas que, si bien son de diferente naturaleza, confluyen en la necesidad de reducir la plantilla.- Situación productiva: La economía española participa con especial intensidad en la actual situación de crisis económica de ámbito mundial, en la que se ven afectados todos los sectores económicos y productivos, entre ellos el del transporte marítimo y el de la consignación de buques, actividades que suponen el principal campo de actividad de la Compañía. Esta difícil

situación económica generalizada ha afectado, pues, como a muchas otras empresas, a MARÍTIMA CANDINA.- De este modo, deben analizarse las dificultades generales por las que atraviesa la Compañía en estos momentos con un mercado en plena recesión, y con elevada tensión en precios, lo que hace imprescindible la adopción de medidas que ayuden a devolver a la Compañía a una situación de competitividad que contribuya a su viabilidad futura, y eviten la adopción futura de medidas más drásticas.- Como usted bien co-

noce, la actividad principal de la Compañía es la consignación y estiba de buques.- En los últimos meses, la actividad se ha visto fuertemente reducida, lo cual ha impactado directamente en los resultados de la misma, disminuyendo las ventas de sus distintas actividades de forma notoria.- De hecho, el volumen de toneladas facturadas en la actividad de transporte ha caído considerablemente respecto del año anterior en un 32,1% al cierre del mes de noviembre de 2012.

	Acumulado noviembre 2011	Acumulado noviembre 2012	VAR%
TONELADAS FACTURADAS EN TRANSPORTE (m.t.)	314.702	213.620	-32,1%

Y si atendemos a la previsión de la Compañía al cierre del presente año, se alcanzaría una cifra

acumulada de descenso del volumen de toneladas transportadas del 29,8% anual.

TONELADAS FACTURADAS EN TRANSPORTE ACUMULADO (m.t.)	Acumulado Primer Trimestre	Acumulado Segundo Trimestre	Acumulado Tercer Trimestre	Acumulado Cuarto Trimestre
2011	103.827	188.178	259.792	331.040
2012	59.529	112.966	168.534	233.040
VAR %	-42,7%	-39,9%	-35,1%	-29,8%

Del mismo modo, el descenso en el número de buques consignados ha sido drástico, situándose el acumulado de 2012 en el mes de noviembre del presente año en 154 buques, un 18,5% me-

nos que la cifra registrada en noviembre de 2011. El descenso del tráfico de mercancías condiciona un menor número de escalas de buques.

	Acumulado noviembre 2011	Acumulado noviembre 2012	VAR%
Nº BUQUES CONSIGNADOS	189	154	-18,5%

Asimismo, si atendemos a la previsión de la Compañía al cierre del presente año se alcanzaría una cifra acumulada de descenso del volumen de buques consignados del 17,2% anual. Estos da-

tos son debidos a que un descenso del tráfico de mercancías condiciona un menor número de escalas de buques.

Nº BUQUES CONSIGNADOS ACUMULADO	Acumulado Primer Trimestre	Acumulado Segundo Trimestre	Acumulado Tercer Trimestre	Acumulado Cuarto Trimestre
2011	67	119	157	203
2012	40	77	119	168
VAR %	-40,3%	-35,3%	-24,2%	-17,2%

En cuanto a las cifras alcanzadas en la actividad de almacén tampoco han sido esperanzadoras com-

putándose una caída acumulada en noviembre de 2012 del 33,3% respecto del año anterior.

	Acumulado noviembre 2011	Acumulado noviembre 2012	VAR%
TONELADAS ALMACENADAS (m.t.)	987.628	658.970	-33,3%

Si efectuamos una previsión de la Compañía al cierre del presente año, la cifra de descenso del volumen acumulado de toneladas almacenadas sería de un 31,9% anual.- El descenso del tráfico de mercancías y las medidas para reducir 'stocks' adoptadas por las empresas importadoras son los motivos del descenso del volumen de las toneladas almacenadas.

TONELADAS ALMACENADAS ACUMULADO (M.T.)	Acumulado Primer Trimestre	Acumulado Segundo Trimestre	Acumulado Tercer Trimestre	Acumulado Cuarto Trimestre
2011	255.275	524.558	839.021	1.056.378
2012	204.898	383.853	561.148	718.876
VAR %	-19,7%	-26,8%	-33,1%	-31,9%

En relación a las toneladas manipuladas en operaciones de estiba, una de las actividades principales de la Compañía, ésta registra en lo que va

de año una caída acumulada del 23,2% respecto del mismo período de 2011.

	Acumulado noviembre 2011	Acumulado noviembre 2012	VAR%
TONELADAS MANIPULADAS ESTIBA (m.t.)	1.071.570	822.683	-23,2%

A fecha presente, si atendemos a la estimación de la Compañía, el descenso del volumen acumulado de toneladas manipuladas en estiba caería un 21,5% anual respecto del cierre del año pasado. Las razones que explican el descenso

de las operaciones de estiba y desestiba están relacionadas con el importante descenso de las importaciones, muy especialmente de productos del sector siderometalúrgico.

TONELADAS MANIPULADAS ESTIBA ACUMULADO (M.T.)	Acumulado Primer Trimestre	Acumulado Segundo Trimestre	Acumulado Tercer Trimestre	Acumulado Cuarto Trimestre
2011	325.407	699.543	913.67	1.143.577
2012	210.679	442.093	643.775	897.472
VAR %	-35,3%	-36,8%	-29,5%	-21,5%

Como se ha señalado, han sido las empresas pertenecientes al sector siderometalúrgico las que han presentado un mayor descenso respecto de la actividad que tenían concertada con

nuestra Compañía respecto del año 2011.- Este dato corrobora lo apuntado por las Autoridades Portuarias de Bilbao (APB) que han analizado los datos comparativos al cierre de noviembre

de 2012 respecto de los datos del año anterior, observando una caída tanto de las importacio-

nes como exportaciones de productos siderúrgicos.

APB SIDERURGICOS (M.T.)	30/11/2011	30/11/2012	VAR%
IMPORT	1.352.685	1.112.300	-17,8%
EXPORT	0.808.313	0.694.783	-14,0%
TOTAL	2.160.998	1.807.083	-16,4%

De hecho, las empresas pertenecientes al sector siderometalúrgico suponían una parte importante del volumen de toneladas manipuladas por nuestra Compañía dentro de las actividades que realiza. En la siguiente tabla se muestra el peso de cada empresa respecto del volumen total de toneladas manipuladas en el año 2011, y la caí-

da que registran al cierre de noviembre de 2012 respecto del mismo período en el año pasado, prestando mayor atención las empresas ligadas al sector siderometalúrgico como TATL HOL, NETWORK, TRANSFESA, INCARGO O ACERALIA EXPORT, entre otras.

	Año 2011	% Peso total	30-nov-2011	30-nov-2012	VAR %
TATA HOL.	189.024	16,5%	177.445	160.191	-09,7%
TRAMP	178.584	15,6%	173.035	097.939	-43,4%
H.STINNES	082.789	07,2%	061.722	086.120	39,5%
NIRINT	114.462	10,0%	109.589	100.702	-08,1%
CCNI	098.929	08,6%	089.699	076.977	-14,2%
NETWORK	098.112	08,6%	089.934	056.789	-36,9%
SPLIETHOFF	068.685	06,0%	068.685	080.418	17,1%
THYSSENDUIB	041.365	03,6%	037.972	042.091	10,8%
TATA UK	127.451	11,1%	119.283	046.708	-60,8%
TRANSFESA	054.107	04,7%	054.107	028.544	-47,2%
INCARGO	026.638	02,3%	026.638	020.675	-22,4%
MECHEL	029.941	02,6%	029.940	010.590	-64,6%
ACERALIA EXPORT	033.650	02,9%	33.650	008.992	-73,3%
STEMCOR	0	0%	0	005.947	100,0%
TOTALES	1.143.577	100%	1.071.699	822.683	-23,2%

Por otro lado, en cuanto al volumen acumulado de cargas levantadas ha caído considerablemen-

te respecto del año anterior en un 34,6% al cierre del mes de noviembre de 2012.

	Acumulado noviembre 2011	Acumulado noviembre 2012	VAR%
TONELADAS LEVANTADAS (m.t.)	0.738.773	483.444	-34,6%

Si atendemos a la previsión de la Compañía al cierre del presente año, se alcanzaría una cifra acumulada de descenso del volumen de toneladas levantadas del 31,7%.

TONELADAS LEVANTADAS ACUMULADO (M.T.)	Acumulado Primer Trimestre	Acumulado Segundo Trimestre	Acumulado Tercer Trimestre	Acumulado Cuarto Trimestre
2011	246.299	442.735	608.119	772.188
2012	129.370	257.248	383.950	527.393
VAR %	-47,5%	-41,9%	-36,8%	-31,7%

Lógicamente esta bajada en las actividades desarrolladas por la Compañía ha tenido un impacto directo en las ventas de la Compañía, registrándose un acusado descenso durante los últimos tres trimestres, respecto a los mismos trimestres

registrados en el año 2011. Concretamente, la cifra de ventas se ha visto reducida comparando el total de ventas de ambos trimestres en más del 13%.

VOLUMEN VENTAS ACUMULADO (M.T.)	Primer Trimestre	Segundo Trimestre	Tercer Trimestre	Cuarto Trimestre
2011	6.027.868	12.549.503	17.430.514	22.879.676
2012	4.964.234	10.268.835	15.001.547	20.002.062
VAR %	-17,6%	-18,2%	-13,9%	-12,6%

Esta disminución en las ventas deriva de una reducción en el volumen de toneladas manipuladas por la empresa como consecuencia del descenso del comercio marítimo dada la situación de la economía global, y muy especialmente la situación económica de nuestro país.- Así pues, durante los últimos tres trimestres se han venido reduciendo de forma acusada las cifras de ventas de la Compañía, fruto de un descenso importante en la demanda.- Junto a ello, las previsiones no parecen indicar que vaya a producirse un remonte en el corto o medio plazo. Es más, la previsión de cierre para el presente ejercicio 2012 sitúa a la Compañía en una cifra de 20 millones de euros que representa un descenso del 12,6% con respecto al año 2011.- Todo ello redundando en la necesidad de proceder a una reducción de los costes fijos (y entre estos los de personal) para permitir a la Compañía adaptarse a la situación presente respecto del volumen de actividad que registra la empresa.- Esta situación ha obligado a la Compañía a adoptar otras medidas de ahorro y de reorganización de la estructura, tendentes

a adaptarse a la situación económica actual.- En concreto, puede destacarse la Renegociación de contratos con diferentes proveedores de servicios varios (telefonía y comunicaciones, seguros de responsabilidad civil, ETTs, viajes, electricidad).- Sin embargo, estas medidas no han sido suficientes para equilibrar la situación. Por ello, en relación con las causas antes explicadas, nos vemos en la necesidad de adoptar la decisión de proceder a la rescisión, entre otros, de su contrato de trabajo, como medida tendente a reducir la estructura de gastos de la Compañía.- En efecto, la situación que sufrimos, hace necesaria la adopción de la decisión que por la presente le comunicamos, tras haber intentado la Compañía evitar efectuar reducciones de plantilla.- Tal y como puede apreciarse en la siguiente tabla, la plantilla de la Compañía en la que usted presta servicios se ha mantenido inamovible con respecto a los últimos dos años.- Simplemente las variaciones que se registran se han debido, en primer lugar, a las jubilaciones de algunos trabajadores portuarios, y en segundo lugar, al fallecimiento de dos empleados no portuarios.-

N° Trabajadores	2010	2011	2012
Plantilla RCL (Portuarios)	23	21	19,8%
Plantilla empleados (no portuarios)	32	31	-14,0%
TOTAL	55	52	-16,4 %

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, el descenso en las actividades de estiba y desestiba de buques, almacenamiento y operaciones de entrega y recepción de mercancías hace necesario adecuar el número de trabajadores que conforman la plantilla de la Compañía, pudiendo realizarse tales actividades contando con un menor número de personas dedicadas a las mismas.- Frente a esta situación, de manera conjunta al proceso de reorganización que se explica a continuación y ante la imposibilidad de encontrar otras medidas alternativas, la Compañía se ha visto obligada a extinguir su contrato de trabajo 1 con el objeto de no tener que adoptar medidas más traumáticas en el futuro.- La reorganización del personal adscrito a la Compañía: Como se ha dicho, junto con las causas productivas y su reflejo en la situación económica de la Compañía confluyen, a su vez, en la decisión que por la presente se le comunica causas de índole organizativa, que resultan del proceso de reorganización del personal adscrito a la Compañía como consecuencia de la extinción de su relación laboral.- Hasta la fecha, usted prestaba servicios para la Compañía como Oficial Preferente administrativo dentro del Departamento de Operaciones. Las funciones que ha desempeñado durante el tiempo que usted ha estado ligada a dicho puesto de trabajo han sido labores de confección de partes de trabajo y control de listas de carga.- De hecho, la amortización de su puesto de trabajo guarda directa vinculación con la disminución drástica del volumen de toneladas manipuladas de tales productos como consecuencia de la situación de crisis que se vive actualmente dentro del comercio marítimo.- De este modo, y ante una disminución sustancial del nivel de ventas, se hace necesaria la reducción de gastos fijos, y más concretamente de aquellos puestos sin contenido o cuya carga de trabajo puede ser asumida por otros trabajadores. En concreto, dentro del Departamento de Ope-

raciones dentro del cual se ubica su puesto de trabajo, sus funciones pasarán a ser absorbidas por el resto del personal del Departamento, en la figura del Jefe de Equipo.- Al efecto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores le comunicamos que:

a) Quedará extinguido su contrato de trabajo con efectos de fecha 19 de diciembre de 2012.-

b) Con la presente comunicación ponemos a su disposición la cantidad de 62.045,95 euros, correspondientes a la indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.- Dicha indemnización se ha calculado sobre su antigüedad laboral de 22/2/1972, y un salario mensual, con prorrata de pagas extraordinarias, de 5.170,49 euros. Esta indemnización se pone a su disposición en este mismo acto mediante el cheque nominativo del Banco BSCH núm. 6.837.865-5 (fotocopia del cual se adjunta a la presente carta).- c) En compensación por el incumplimiento del preaviso de 15 días que le corresponde en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1.c) ET, se abonará por medio de cheque nominativo del Banco BSCH núm. 6.837.865-5 la compensación correspondiente a dicho período, junto con la liquidación y finiquito correspondiente (fotocopia del cual se adjunta a la presente carta).- d) Por último, le comunicamos que se dará traslado de esta carta a la representación legal de los trabajadores del centro de trabajo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53.1.c) ET.- Rogamos firme la copia de la presente así como la fotocopia del cheque que se le entrega junto con la misma en concepto de acuse de recibo de los mismos.- Finalmente, le rogamos que devuelva en este momento todos los materiales, herramientas de trabajo y bienes propiedad de la empresa que tenga a su disposición así como que, a partir de la entrega de la presente, se abstenga de usar el correo electrónico y otros recursos informáticos de la empresa.

Le agradecemos los servicios prestados para la Compañía y deseamos los mayores éxitos en el futuro, poniéndonos a su disposición para cuantas gestiones precise como consecuencia de la decisión que ahora le comunicamos.- Atentamente".- El trabajador se negó a recibir el importe de la indemnización, liquidación y falta de preaviso puestos a disposición.- TERCERO.- Los resultados de los ejercicios 2009/2010 de la empresa MARITIMA CANDINA S.L.U. fueron los siguientes:

2011 2012

Volumen neto de cifra de negocios 21.062.396
19.185.422

Gastos de personal 04.056.261 04.396.239

Resultado de ejercicio (822.243) (1.316.372)

CUARTO.- La base imponible del IVA general de la empresa MARITIMA CANDINA, S.L.U. ha seguido la siguiente evolución: Año 2011: 5.830.949.- Año 2012: 4.828.299.- QUINTO.- Era de aplicación al actor y a la empresa empleadora MARITIMA CANDINA, S.L.U. lo dispuesto en el Convenio Colectivo para empresas consignatarias de Buques, Estibadores y Transitarios de Bizkaia (BOB 23/6/2008).- SEXTO.- Se dan por transcritas las cifras comparativas 2011/2012 en lo que se refiere al número de toneladas transportadas, almacenadas, levantadas Buques consignados, toneladas estibadas, incluidos datos de la operativa con TRANSFENNICA que se recogen en el documento nº 7 de la empresa MARITIMA CANDINA, S.L.U.- SEPTIMO.- La empresa MARITIMA CANDINA S.L.U., además de su propio personal de plantilla viene utilizando trabajadores de la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Bilbao. La evolución del personal adscrito durante los ejercicios 2011 y 2012 fue el siguiente: Año 2011: P. Portuario.- nº 23. Durante el año se producen 3 jubilaciones.- P No portuario.- nº 35. Durante el año se producen las siguientes bajas: 2 fallecidos, 1 despedido, 1 fin de contrato.- Año 2012: P Portuario.- nº 20. Durante este año se producen otras 3 jubilaciones.- P No portuario.- nº 31 (sin descontar los despidos objetivos).- OCTAVO.- La empresa MARITIMA CANDINA, S.L.U. forma parte de un grupo empresarial conformado entre otras por las empresas BERGE Y CIA

S.A., BERGE MARITIMA BILBAO S.L.U., GARALDE CAPITAL Y DESARROLLO S.L.U.- NOVENO.- El actor no ha ostentado cargo representativo de los trabajadores.- DECIMO.- Con fecha 8/1/2013 se presentó papeleta de conciliación previa, celebrándose acto de conciliación sin avenencia el 4/2/2013.»

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de MARITIMA CANDINA, SLU, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 26 de noviembre de 2013, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Se estima el recurso de suplicación interpuesto por MARITIMA CANDINA, SLU contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 Bilbao de fecha 22 de marzo de 2013, dictada en los autos 140/2013, seguidos a instancia de D. JJ, revocándose la sentencia de instancia, y declarando la procedencia del despido del trabajador, siendo adecuada la indemnización que la empresa ha puesto a disposición del trabajador. Sin imposición de costas».

CUARTO.- Por la representación procesal de D. JUAN JESUS BILBAO RODRÍGUEZ se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 23 de septiembre de 2003 (R. 1709/03).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de enero de 2.015, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La STSJ País Vasco 26/noviembre/2013 [rec. 2001/13] revoca la sentencia que en 22/marzo/2013 había pronunciado el J/S nº 7

de Bilbao [autos 140/13] y declara la procedencia del despido del trabajador por «concurrir causas objetivas de naturaleza productiva, económica y organizativa», al amparo del art. 52.c) ET, y la adecuación de la indemnización —20 días por año de servicio— que la empresa puso a disposición del trabajador.

2.- En este trámite el debate se limita exclusivamente al importe de la indemnización, que la parte recurrente sostiene debe ser —en aplicación del principio de igualdad— la de 40 días que el art. 37 del Convenio Colectivo para Empresas Consignatarias de Buques [BOB 23/06/08] establece para los despidos colectivos. Y al efecto: a) denuncia que la ha interpretado erróneamente el citado precepto, en relación con los arts. 51 y 52.c del ET, «bajo el prisma del principio de igualdad»; y b) refiere como contradictoria la STSJ País Vasco 23/septiembre/2003, que en supuesto idéntico al de autos, aplicando el mismo Convenio Colectivo, aunque en previa versión pero de idéntico contenido en la materia de que tratamos, llegó a la conclusión de que la diferencia de trato establecida en Convenio para los despidos colectivos y los objetivos carecer de justificación, por lo que a ambos debe dársele el mismo tratamiento indemnizatorio.

3.- Ni qué decir tiene —respecto de la exigible contradicción— que llegándose a opuesta conclusión en supuestos idénticos y en aplicación de la misma norma [el convenio es de diferente fecha, pero el texto a enjuiciar es exactamente igual], la referida contradicción entre las sentencias contratadas es incuestionable y procede examinar la cuestión de fondo suscitada.

SEGUNDO.- 1.- La lógica respuesta a los términos en que el recurso se plantea ha de partir —como primer paso— de algunas consideraciones en orden tanto al principio de igualdad cuanto a su proyección sobre las relaciones laborales.

2.- Sobre el primer aspecto —igualdad constitucionalmente defendida— han de efectuarse dos precisiones de la doctrina constitucional, clásicas desde la Sentencia de de 22/1981, de 2/ julio [entre las recientes, SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3; 160/2012, de 20 de septiem-

bre, FJ 7; 45/2014, de 07/abril, FJ 3; 51/2014, de 07/abril, FJ 3; 60/2014, de 05/mayo, FJ 3; y 156/2014, de 25/septiembre, FJ 4):

a).- Que «... el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello».

b).- Que lo propio del juicio de igualdad es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» [STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10] y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3]».

2.- En lo que se refiere al segundo aspecto —la igualdad en el marco laboral—, nuestro intérprete máximo de la Constitución ha declarado y esta propia Sala han indicado:

a).- Que como el convenio se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y una vez negociado adquiere eficacia normativa, incardinándose en el sistema de fuentes del Derecho e imponiéndose a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito, por tal razón ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación (así, las SSTC 177/1988, de 10/octubre, F. 4; 119/2002, de 20/mayo, F. 6; 27/2004, de 4/marzo, F. 4; 280/2006, de 9/octubre, FJ 5; y 36/2011, de 28/marzo, FJ 2.

Criterio que esta Sala ha reiterado en sentencias de 09/06/09 —rcó 102/08—; 08/07/10 —rcó 248/09—; 18/07/11 —rcó 175/10—; 18/06/12 —rcó 221/10—; y 22/10/13 —rcó 110/12—).

b).- Que a pesar de ello, ese obligado respeto a las citadas exigencias constitucionales no puede tener en el ámbito de las relaciones privadas el mismo alcance que en otros contextos, sino que aquí ha de aplicarse matizadamente, debiendo armonizarse con otros principios o valores constitucionales y fundamentalmente el de la libertad [arts. 1 y 10 CE], que se proyecta no sólo en la libertad de empresa [art. 38 CE], sino en la autonomía privada en el ámbito de la ordenación de los intereses privados [aparte de otras anteriores, SSTs 11/11/08 —rcó 120/07—; 21/09/10 —rcud 49/10—; 12/04/11 —rcó 136/10—; y 14/05/14 —rcó 2328/13—]; y con mayor motivo si se atiende a la consideración de que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando las implicaciones presentes y futuras de los pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría provocar (entre tantas, SSTC 119/2002, de 20/mayo, FJ 6; 27/2004, de 04/marzo; y 36/2011, de 28/marzo, FJ 2. Y también, entre las recientes, SSTs 08/07/10 —rcó 248/09—; 18/07/11 —rcó 175/10—; 11/10/11 —rcó 163/10—; 18/06/12 —rcó 221/10—; y 21/10/14 —rcó 308/13—).

c).- Que en todo caso, la autonomía de empresarios y trabajadores a la hora de fijar colectivamente el contenido de la relación laboral no puede prescindir de que un Estado social y democrático tiene por valores superiores la igualdad y la justicia (SSTC 31/1984, de 07/marzo; 119/2002, de 20/mayo; 27/2004, de 04/marzo. SSTs 26/11/08 —rcó 95/06—; 09/06/09 —rcud 1727/08—; 08/07/10 —rcó 248/09—; y 18/07/11 —rcó 175/10—), de tal forma que ni la autonomía colectiva puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que se ajusten al art. 14 CE, ni tampoco en ese juicio pueden marginarse las circunstancias a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles

(SSTC 27/2004, de 4/marzo, FJ 4; 36/2011, de 28/marzo, FJ 2. Y siguiendo criterio constitucional, en tiempos recientes, SSTs 27/12/10 —rcó 229/09—; 18/07/11 —rcó 175/10—; 20/02/12 —rcó 189/11—; y 11/10/11 —rcó 163/10—).

TERCERO.- 1.- Con lo dicho procede ya enjuiciar la cuestión debatida en el recurso, partiendo de la base —conforme a lo dicho— de que para que la diferencia de tratamiento —por parte del Convenio Colectivo de autos— en la indemnización de los despidos colectivo y objetivo atente contra el principio de igualdad, es preciso no solamente que ambos tipos de cese pueden calificarse de «equiparables», sino que la diferencia de tratamiento dada por la norma convencional carezca de una justificación objetiva y en todo caso sea proporcional al fin perseguido con el trato diferenciador.

2.- El primer requisito es innegable, pues es una obviedad normativa afirmar que las causas para proceder al despido objetivo del art. 52.c) ET y al despido colectivo del art. 51 ET son —en uno y otro caso— las mismas [económicas, técnicas, organizativas o de producción], pues así claramente lo refieren uno y otro precepto, de manera que tanto el despido objetivo como el colectivo operan por «causas objetiva» y no subjetivas, al no obedecer a imputación alguna de posible incumplimiento contractual por parte del trabajador, con quiebra de la confianza o la buena fe o que de alguna manera comprometiese el desarrollo de la relación laboral.

Precisamente por ello, ya en su momento la Sala afirmó que la extinción contractual que regula el art. 2.c) ET «es una variedad dentro del género de las extinciones colectivas, caracterizada por afectar a menor número de trabajadores que la regulada en el artículo 51»; recordando al efecto que antes de la reforma operada por la Ley 11/1994, todas las extinciones contractuales basadas en causas económicas, técnicas u organizativas, habían de realizarse al amparo del art. 51 ET y mediante ERE en el que la extinción contractual se sometía a la correspondiente autorización administrativa; y que la citada reforma escindió este tipo de extinciones contractuales colectivas en dos grupos, atendiendo a la entidad numéri-

ca de los trabajadores afectados, de forma que los que sobrepasan los umbrales establecidos en el art. 51 ET siguen precisando autorización administrativa, y los que no alcancen tal número, pueden ser decididos directamente por el empresario, con el consiguiente control jurisdiccional posterior. De esta forma —se concluye— «es evidente que la única diferencia sustantiva entre las extinciones del artículo 51 y las del artículo 52 c) se halla en el número de trabajadores afectados pues, siendo iguales las causas es, asimismo, idéntico el importe de las indemnizaciones» (SSTS 16/02/98 —rcud 2913/97—; y 30/06/99 —rcud 2003/98—). Doctrina recordada y reproducida por la STC 103/2002, de 6/mayo, FJ 5, oportunamente citada en el recurso, y en la que igualmente se afirma —si bien a efectos de aplicar el mismo régimen de responsabilidad subsidiaria del FOGASA— que «no cabe duda de la existencia de una identidad sustancial entre las situaciones comparadas» [despido objetivo/colectivo].

3.- Puesta de manifiesto la homogeneidad de los dos tipos de despido, en principio la Sala no alcanza a vislumbrar la razón que objetivamente pudiera justificar que se hubiera pactado para los despidos objetivos colectivos una indemnización que dobla la legalmente prevista y que no la extienda a los despidos objetivos no colectivos, siendo así que únicamente difieren —como dijimos— en el número de los trabajadores afectados; pero la explicación la encontramos en la génesis del precepto del convenio colectivo y más en concreto en el hecho, destacado en el recurso y no cuestionado en la impugnación, de que la norma data cuando menos de 1987, lo que significa que la mejora indemnizatoria se pacta por primera vez con anterioridad a la reforma ya aludida de la Ley 11/1994, de manera que conforme a la legislación entonces vigente el beneficio originariamente alcanzaba a todos los despidos objetivos, cualquiera que fuese el número de trabajadores afectados, porque todos ellos se hallaban sometidos a ERE y requerían autorización administrativa, de manera que muy posiblemente el incremento de la indemnización atendía a la finalidad de allanar el trámite, limi-

tando la oposición de la representación de los trabajadores y propiciando la aprobación de la Autoridad laboral. Ocurre que con aquella reforma se limita el ERE a los despidos objetivos propiamente colectivos, y al mantenerse la redacción inicial en los sucesivos Convenios Colectivos, tras la reforma laboral de 1994 el beneficio pasó formalmente a limitarse a los despidos objetivos colectivos [únicos sometidos al ERE que el precepto refiere], sin que los negociadores del Convenio considerasen necesario u oportuno modificar su redacción para alcanzar a los no colectivos —ajenos ya al ERE—.

Así las cosas, aunque en la actualidad el objetivo perseguido por la mejora no sea alcanzable en el despido no colectivo [ni existe un posible acuerdo con la representación social ni es necesaria una autorización administrativa que pudieran propiciarse con el pacto de una mayor indemnización], esta circunstancia no justifica que el posible logro de tal finalidad en el despido colectivo se traduzca en duplicar la indemnización respecto de idénticos supuestos de despido objetivo pero que cuenten con un menor número de afectados, de manera que aunque a la fecha presente pudiera ser comprensible que —en pos de facilitar el interés empresarial de adecuar la plantilla y el colectivo de la paz social— se pacte privilegiar los despidos de mayor repercusión numérica, sin embargo duplicar la indemnización frente a los que no deben seguir el trámite colectivo nos parece privado de la debida proporcionalidad que impone el principio de igualdad cuya vulneración denuncia el recurso; una cierta diferencia sería admisible, pero no es constitucionalmente presentable —desde la perspectiva del art. 14 CE— cuando la diversidad alcanza los términos referidos.

CUARTO.- 1.- Acreditada, pues, injustificable desigualdad en el tratamiento indemnizatorio de autos procede estimar la pretensión relativa al importe de la indemnización, fijando —como hizo la sentencia de instancia— el importe previsto en el Convenio Colectivo para los despidos colectivos, habida cuenta de que en los supuestos de tratamiento diverso constitucionalmente censurable se impone la llamada «equiparación

en lo favorable», de forma que la desigualdad ha de corregirse con la eliminación de la disposición que establece el trato peyorativo y la aplicación al colectivo discriminado también del tratamiento más beneficioso [SSTC 103/1983, de 22/noviembre, FJ 7; 104/1983, de 23/noviembre, FJ 7; 145/1991, de 1/julio, FJ 6; y 286/1994, de 27/octubre, FJ 6]; y aunque ciertamente esa equiparación puede afectar al «equilibrio interno del convenio», tal consecuencia no puede comportar que se inaplique la referida equiparación, porque «por encima de esta situación de equilibrio interno producto del pacto, están las normas de Derecho necesario, y muy señaladamente los principios y derechos constitucionales que constituyen un límite infranqueable a la transacción colectiva» [STC 189/1993, de 14/junio, FJ 7] (SSTS 21/12/07 —rco 1/07—; 14/01/08 —rco 143/06—; 21/01/14 —rcud 1194/13—; y 21/10/14 —rco 308/13—).

2.- En último término hemos de resaltar que la solución aquí acordada en nada se opone a la adoptada en la STS 05/07/07 [—rcud 1194/06—], por cuanto se trata de un supuesto en que si bien se refiere a la misma cuestión —previsión convencional sobre mayor indemnización en los despidos colectivos—, de todas formas median decisivas circunstancias que nos llevaron a rechazar concurriese vedada vulneración del principio de igualdad. Así, en concreto, la mayor indemnización únicamente se pactaba —art. 25 del Convenio Colectivo del Comercio del Metal de Guipúzcoa— para el exclusivo «caso de acuerdo entre empresa y trabajadores afectados con el expediente de reducción de plantilla y siempre que dicho acuerdo suponga sin más trámites de autorización de la reducción pretendida»; o lo que es igual, que el incremento indemnizatorio no se establecía para todo despido colectivo, sino tan sólo para aquellos en que hubiese acuerdo y éste llevase «sin más trámites» a la autorización administrativa, con lo que respec-

to del supuesto ahora debatido añadía un plus redoblado —acuerdo y autorización— ahora inexistente, y además se traducía en un beneficio indemnizatorio menor al de autos [mes y medio], con lo que no solamente presentaba una muy superior justificación objetiva, sino que incluso guardaba una más adecuada proporcionalidad. QUINTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar —oído el Ministerio Fiscal— que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que —en consecuencia— la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS]. Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don JJ y revocamos la sentencia dictada por el TSJ País Vasco en fecha 26/noviembre/2013 [recurso de Suplicación nº 2001/2013], y resolviendo el debate suscitado en Suplicación rechazamos el de tal clase formulado por «MARÍTIMA CANDINA S.L.U» y confirmamos en su integridad la sentencia —parcialmente estimatoria de la demanda— que en 22/marzo/2013 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Bilbao [autos 140/2013]. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

CONSTITUCIONAL

FERNANDO FLORES GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universitat de València*

(Tol 4775454)

Cabecera: Sentencia 32/2015, de 25 de febrero de 2015. Competencias sobre consultas referendarias: nulidad del Decreto autonómico que convoca una consulta referendaria general (STC 31/2015).

Jurisdicción: Constitucional

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 25/02/2015

Fecha publicación: 16/03/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Pleno

Número Sentencia: 32/2015

Número Recurso: 5830/2014

Supuesto de hecho: Impugnación de disposiciones autonómicas 5830-2014. Formulada el Gobierno de la Nación en relación con el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, así como de sus anexos, de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña.

I. PRESENTACIÓN

1. Los conflictos planteados

Este comentario analiza las dos sentencias del Tribunal Constitucional recaídas sobre el denominado «derecho a decidir» de Cataluña, es decir, sobre la capacidad de llevar a cabo por la Comunidad Autónoma un proceso de autodeterminación frente al Estado español. Ambas sentencias han sido resueltas en el Pleno del Tribunal por unanimidad. La 31/2015 resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno español contra varias disposiciones de la Ley del Parlamento de Cataluña, 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. La 32/2015, por su parte, se refiere a la impugnación por parte del Gobierno central de la disposición autonómica constituida por el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, así como de sus anexos, de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña.

En el primer caso, el recurso contra la Ley de consultas populares sostiene que ésta, a pesar de referirse a «consultas populares no referendarias», en realidad regula, entre otras cosas, el referendo, algo que está fuera del alcance del legislador autonómico (arts. 149.1.1, 18 y 32 CE); sostiene que requiere ley orgánica, por afectar al derecho de participación política (arts. 23.1 y 81.1); y sostiene que contraviene el art. 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). También se alega que varios de los preceptos de la Ley 10/2014 contravienen la legislación orgánica y la legislación básica estatal en materia de consultas populares locales, a saber, Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, y la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local (LBRL). Y en fin, se impugna el contenido material de algunos preceptos por su contradicción con varios artículos del EAC.

Por su parte, el Gobierno de la Generalitat y el Parlamento de Cataluña argumentan que la participación regulada por la Ley impugnada no entra en las consultas referendarias ni es desarrollo del art. 23.1 CE, sino del mandato constitucional a los poderes públicos para que promuevan la participación ciudadana en distintos ámbitos (art. 9.2 CE y arts. 29.1 y 6, 43 y 122 EAC), una participación dirigida a conocer la opinión de los ciudadanos en asuntos que interesen a la Comunidad Autónoma, y por eso competencia de la misma. Del mismo modo, defienden su capacidad estatutaria, vía arts. 122 y 160 EAC, de regular las consultas populares locales, tanto de ámbito municipal como de carácter supramunicipal.

En el segundo caso, la impugnación del Decreto de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña se fundamenta (además de en los mismos argumentos que justifican la impugnación de la Ley 10/2014) en el hecho de que dicha convocatoria «tiene como objeto que el pueblo catalán se pronuncie sobre si quiere que Cataluña sea un Estado independiente», algo que «afecta directamente a la unidad de la Nación Española y vulnera los arts. 1.2, 2, 9.1 y 168 CE».

Para la Generalitat, en cambio, el propio Tribunal Constitucional admite el «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña» (STC 42/2014), y en consecuencia cabe una consulta no referendaria sobre su futuro político. Ello siempre que no se plantee unilateralmente como un referéndum de autodeterminación, y que la consulta no ignore que la concreción efectiva del derecho a decidir debe realizarse siempre en el marco de los procedimientos de reforma constitucional; exigencias que, a su entender, respeta el Decreto 129/2014.

2. La decisión del Tribunal y sus argumentos

La sentencia 31/2015 estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014. En cuanto al Decreto 129/2014, de convocatoria de la consulta, es declarado inconstitucional y nulo por la sentencia 32/2015.

En cuanto a la Ley, la declaración de inconstitucionalidad se basa en la constatación de que parte de lo que regula es la consulta popular referendaria, y ello a pesar de que la norma no la denomine así. El Tribunal entiende que la Ley establece el régimen jurídico del referéndum para Cataluña porque concurren los dos elementos que caracterizan el referéndum: el cuerpo electoral y el procedimiento electoral. Es decir, la Ley regula, bajo la denominación de «consultas generales», una verdadera consulta referendaria, articulada como llamamiento al cuerpo electoral a través del voto. Siendo esto así, se concluye que el legislador autonómico ha ignorado los arts. 23.1 y 149.1.1 CE en relación con el art. 81.1 CE (regulación por ley orgánica del derecho fundamental de participación política en los asuntos públicos), el art. 92.3 CE (regulación por ley orgánica de las condiciones y el procedimiento de referéndum), y el art. 149.1.32 CE (en cuanto el Estado tiene la competencia exclusiva de regular, no solo autorizar, la figura del referéndum) (FJ.9).

El Tribunal descarta la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley que regulan las consultas sectoriales, pues estas no se refieren estrictamente al «cuerpo electoral»; en consecuencia, quedan bajo competencia autonómica. Asimismo rechaza la de aquellos relativos a las consultas de carácter local, pues si bien es cierto que el art. 149.1.18 CE establece la competencia estatal para regular los aspectos básicos de estas consultas, la realidad es que el Estado no ha ejercido dicha competencia (vía art. 71 de la Ley de Bases de Régimen Local), por lo que la Comunidad Autónoma es libre de implementarla. También descarta la posible contradicción del art. 6.3 de la Ley con el art. 18.4 CE en relación con la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, pues aunque la Ley autonómica prevé que la comunicación y actualización de los datos de los registros no requiere consentimiento del interesado, la limitación que al efecto impone la Ley 15/1999 se refiere exclusivamente a la comunicación a «otras Administraciones», y no es el caso. Por último, el Tribunal entiende que el deber de difusión institucional que ordena el art. 12.3 de la Ley, inmediato a la firma de ésta y anterior incluso a su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat, no supone establecer un efecto jurídico previo a dicha publicación, por lo que no contravendría lo establecido en el art. 68.5 EAC. (FJ.9 a 11).

En cuanto al Decreto de convocatoria, su inconstitucionalidad se deriva directamente de la de la Ley 10/2014. Al considerar que la consulta a la que convoca el Decreto impugnado tiene carácter referendario, la conclusión no puede ser otra que estimar que el mismo incurre en las mismas infracciones constitucionales en las que incurre la Ley, de la que es aplicación.

II. COMENTARIO

Para fundamentar la conclusión de las dos sentencias (en realidad la fundamentación es la misma para ambas, los fundamentos jurídicos citados aquí se refieren a la 31/2015), el Tribunal Constitucional argumenta sobre las tres cuestiones de fondo que sostienen su decisión final, a saber, las formas de participación ciudadana en el sistema político-constitucional español, el deslinde de la institución del referéndum como modalidad de consulta popular, y el régimen de distribución de competencias sobre la materia que se deriva del bloque de constitucionalidad.

1. Participación política y participación ciudadana en la democracia representativa española

La Constitución española consagra en su art. 23.1 el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, de dos maneras, directamente o a través de representantes elegidos libremente en elecciones periódicas por sufragio universal. Entre estas dos modalidades, el Tribunal Constitucional subrayó desde su primera jurisprudencia que la participación a la que se refiere este precepto constitucional es, «en primera línea, la que se realiza al elegir a los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el art. 66 de la Constitución...» (STC 51/1984, de 25 de abril, FJ.2), existiendo claramente una primacía de los «mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ.3), y considerándose «extraordinarios» los «llamamientos directos al titular de la soberanía» (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ.3). Esta es la línea básica de la que parte la sentencia aquí comentada, la de la consideración de España como un «régimen de Democracia representativa» (FJ.3) en la que los instrumentos constitucionales de democracia directa quedan reducidos al concejo abierto (art. 140 CE), la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE), y las distintas modalidades de referéndum (art. 92.1 y demás supuestos previstos en la Constitución).

Obviamente, tal y como recoge la sentencia 31/2015, las posibilidades a las que se refiere el art. 23.1 CE no agotan las manifestaciones del fenómeno participativo. Lo que sucede es que esas otras muestras de «participación ciudadana» —de ese *tertium genus* que no es ni democracia representativa ni democracia directa, y al que se denominada «democracia participativa»—, no son consideradas en modo alguno ejercicios del derecho fundamental de participación política en los asuntos públicos, con todo lo que ello significa.

Ciertamente, el texto constitucional prevé otros cauces «no fundamentales» de participación, y anima a los poderes públicos a facilitarla en lo común. Así, el art. 9.2 establece la obligación de éstos de coadyuvar a la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; el art. 48 insiste en la misma dirección para el ámbito de la juventud; y otros preceptos prevén formas de participación en espacio más concretos, como la educación (art. 27.5 y 7, participación en la programación de la enseñanza y en el control de los centros sostenidos con fondos públicos), las relaciones con la Administración (art. 105, audiencia de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de las disposiciones administrativas), la Justicia (art. 125, institución del Jurado), o la Seguridad Social (art. 129, participación en la empresa).

Otra cosa es que pueda decirse —como así hace la sentencia comentada— con rigor que «nuestro constituyente fue especialmente sensible» con el fenómeno participativo (FJ.4). Algo como mínimo discutible, sobre todo en el campo de lo político. En efecto, los instrumentos de participación política directa que recoge nuestra Constitución son claramente limitados, y en su desarrollo el legislador no ha demostrado precisamente una «convicción participativa». Más bien al contrario, de sus normas y silencios se desprende recelo y escepticismo. Probablemente el deseo del constituyente de fortalecer a los partidos y a la representación como elementos centrales de un sistema democrático frágil en su origen, unido a la resistencia posterior de aquéllos a compartir la centralidad política con la sociedad organizada, explican este estado de cosas.

Sea como fuere, y a los efectos de las sentencias aquí comentadas, la distinción constitucional entre «participación política» y «participación ciudadana» es relevante. La implementación legislativa de la primera, en todas sus manifestaciones (de democracia representativa o de democracia directa), es competencia exclusiva del Estado, y la de la segunda corresponde a las atribuciones de las Comunidades Autónomas. A partir de aquí, y como puede fácilmente suponerse, el *quid* de la cuestión es resolver si en el caso de la Ley catalana de consultas «no referendarias» estamos, más allá de

cuestiones nominativas, ante la regulación de instituciones de participación política o de participación ciudadana.

2. El referéndum y las consultas no referendarias, más allá de los nombres

Existen dos tipos de «consultas populares», las consultas referendarias o referéndums, y las consultas no referendarias. Las primeras son una manifestación del derecho fundamental de participación política reconocido por el art. 23.1 CE, y la autorización para su convocatoria forma parte, ex art. 149.1.32 CE, del listado de competencias exclusivas del Estado. Mientras que las no referendarias se consideran expresiones de la democracia participativa que, como principio ordenado por el art. 9.2 CE, deben promover todos los poderes públicos.

En principio, la Ley 10/2014 se dedicaba a regular las «consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana». Así lo aseguraba el mismo nombre de la Ley. Este planteamiento descartaba de inicio cualquier interferencia del Parlamento autonómico en materia exclusiva del Estado. De hecho, el Preámbulo de la Ley se atribuye el título competencial, de una parte, a partir del art. 122 EAC (competencia exclusiva de la Generalidad en materia de consultas populares de ámbito local, así como la competencia exclusiva para promover consultas populares en el ámbito de su competencia y otras formas de participación), y del artículo 29.6 EAC (derecho de los ciudadanos de Cataluña a promover la convocatoria de consultas populares por la Generalidad y los ayuntamientos). De otra, a partir de los principios que establece el art. 1.1 CE (que caracteriza el principio democrático) y el art. 9.2 CE (facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social).

Sin embargo, asevera el Tribunal Constitucional en acuerdo con el Abogado del Estado, el juicio sobre el verdadero contenido de las normas debe realizarse más allá de las denominaciones legales, atendiendo a la naturaleza de las instituciones reguladas, «de acuerdo con la configuración y estructura que reciban en el régimen jurídico a que vengan sometidas» (FJ.7). De modo que para saber si la Ley se entromete en materia referendaria es necesario identificar los rasgos que caracterizan el referéndum, y comprobar su encaje en lo dispuesto por la norma impugnada. Y a ello dedica el Tribunal varios fundamentos jurídicos de su resolución.

En cuanto a los rasgos básicos, se sirve de la sentencia 103/2008, de 11 de septiembre, para determinarlos. El referéndum es una especie de consulta popular que recaba la opinión del cuerpo electoral sobre asuntos pú-

blicos, un parecer conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado por garantías jurisdiccionales específicas (FJ.2). Así que los dos elementos que sirven de criterio al Tribunal para decidir la naturaleza de la consulta popular regulada por la Ley 10/2014 son el cuerpo y el procedimiento electoral.

a. El cuerpo electoral, sujeto de las consultas referendarias, expresa la voluntad del pueblo a través de los diferentes «cuerpos de electores», dependiendo estos de las diferentes adscripciones territoriales. Quizás su rasgo fundamental es que articulan «voluntades generales», algo que, en opinión del Constitucional, no puede decirse de las consultas no referendarias, las cuales recaban la opinión de un sujeto jurídico más restringido que el cuerpo electoral de la territorialidad de la que se trata, es decir, recaban el parecer de colectivos sectoriales o particulares. Así, en los referéndums el sujeto que participa lo haría en cuanto ciudadano, mientras que en las no referendarias intervendría como miembro de un colectivo, social, cultural, económico o de otra índole (FJ.5).

Debe decirse que esta distinción entre participación como «ciudadano» y participación como «miembro de colectivo» no es especialmente feliz, pues el ciudadano lo es en la medida en que participa cotidianamente en los asuntos públicos, es decir, mayormente por vía de los instrumentos no recogidos en el art. 23.1 CE. Pero es que, además, cabe la posibilidad de que, en determinados casos (por razón de la materia consultada), el sujeto llamado a opinar en una consulta no referendaria coincida exactamente con el cuerpo de electores que participa en unas elecciones locales o en una encuesta a nivel autonómico. Resulta extraño pensar que en el primer caso no participen como ciudadanos sino como «miembros de un colectivo», y en el segundo sea al revés. Es como si la condición plena de ciudadano viniera atribuida exclusivamente por la del ejercicio de la condición de elector.

Sea como fuere, la conclusión de este argumento constitucional es que no cabe distinguir, tal y como hace el art. 3.3 de la Ley impugnada, entre consultas populares no referendarias de carácter general y consultas populares no referendarias de carácter sectorial. Sólo son admisibles y acordes al título competencial atribuido por el art. 122 EAC, las segundas, las dirigidas por su objeto a un determinado colectivo de personas, siendo las primeras inconstitucionales. Así que si la Ley 10/2014 prevé (art. 5.1) la convocatoria a las urnas al cuerpo elector de Cataluña (acrecido por los mayores de 16 años y los extranjeros que cumplan determinadas condiciones), por mucho que lo haga bajo la invocación de consultas populares no referendarias, el

propio sujeto convocado (el cuerpo electoral), avisa dicha consulta es un referéndum y que, en consecuencia, la Ley autonómica sobrepasa sus competencias al respecto.

b. El procedimiento electoral es el segundo de los elementos caracterizadores de las consultas referendarias. En este tipo de consultas la opinión del cuerpo electoral se expresa mediante el sufragio emitido en el curso del un proceso específico, un proceso con garantías que pueda justificar la atribución de esa opinión a la voluntad general.

Por su parte, la Ley 10/2014 establece un procedimiento electoral para llevar a efecto las consultas populares no referendarias (Título II, Capítulo II). Los elementos fundamentales de ese procedimiento son la convocatoria (detallada en la forma y plazo en que debe realizarse, los términos de las preguntas a formular, el contenido del decreto...), el sistema de garantías (la comisión de control, las comisiones de seguimiento y las mesas de consulta, su composición y funciones...), la campaña previa a las consultas (delimitación del período en que pueden realizarse, utilización de espacios públicos e informativos en los medios de difusión de titularidad pública...), y las normas del voto (voto anticipado, personal o por medios electrónicos, criterios de recuento de sufragios...).

Para el Tribunal lo cierto es que, independientemente de que este procedimiento no sea idéntico al previsto en la legislación electoral estatal, su «regulación pormenorizada» y su alto grado de formalización de la opinión de la ciudadanía configura un procedimiento que tiene la naturaleza de electoral. Esta constatación, junto a la de que el sujeto convocado por la Ley es el cuerpo electoral y no un conjunto de personas caracterizadas por intereses particulares o sectoriales, acabaría de definir como referéndums o consultas referendarias las denominadas por la Ley 10/2014 como «consultas generales», y determinaría su inconstitucionalidad.

En fin, lo que subraya reiteradamente el Constitucional es que no cabe la «desfiguración legislativa» con el objeto de eludir la competencia estatal en materia de referéndum (ex art. 149.1.32 CE), ni cambiando el nombre a la institución que se regula pero no su caracterización normativa, ni siquiera introduciendo variantes en alguno de los elementos del procedimiento electoral (FJ.8).

III. COROLARIO

Para concluir este comentario podrían destacarse algunas ideas que surgen tanto de la argumentación jurisprudencial que determina la incons-

titucionalidad parcial de la Ley y la nulidad del Decreto de convocatoria, como del conflicto político-constitucional no resuelto por las resoluciones del Tribunal.

1°. Es importante hacer notar que el Tribunal Constitucional no llega en ningún momento a analizar el componente sustantivo de la consulta catalana. En la sentencia 31/2015 no lo hace porque su objeto es una Ley, de carácter general por definición; pero tampoco en la sentencia 32/2015, cuyo objeto es el Decreto de «esa consulta» específica, es decir, la que pregunta sobre si se desea que Cataluña sea un Estado, y si se desea que ese Estado sea independiente. El Tribunal no entra en dilucidar si con dicha convocatoria nos encontramos ante una «decisión de especial trascendencia», el Constitucional se dedica a comprobar si, con carácter general, la Ley 10/2014, regula consultas referendarias o no, y su conclusión es afirmativa. Este solo hecho implica la inconstitucionalidad de las consultas generales que regula aquélla y anula la validez del Decreto 129/2014 de convocatoria, sin necesidad de mayores consideraciones.

2°. El Tribunal insiste, siguiendo su doctrina previa (STC 119/1995), en la intangibilidad y prioridad absoluta de la democracia representativa y sus mecanismos de implementación tal y como se concibieron en el momento constituyente, hace más de treinta y cinco años. No incorpora matiz alguno que puede siquiera ser el inicio de un debate sobre el mayor alcance que los instrumentos de participación no recogidos en el art. 23.1 CE pueden llegar a tener en democracias consolidadas.

3°. Los elementos que sirven al Tribunal para despejar la incógnita sobre la constitucionalidad de la Ley impugnada son la concurrencia en ella de dos elementos ajenos a su competencia, el cuerpo electoral y el procedimiento electoral. Siendo estos rasgos característicos y exclusivos del referéndum, su incorporación a la regulación de las denominadas por la Ley «consultas no referendarias» delatan en cambio (y por mucho que se hayan variado algunos de sus elementos) su naturaleza de referéndum. Los artículos 92 y 149.1.32 de la Constitución, y su interpretación por el Tribunal (SSTC 103/2008 y 31/2010), sólo permiten la convocatoria de referéndum consultivo por el Gobierno central, previa autorización por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, por lo que debe declararse la inconstitucionalidad de la Ley en ese extremo.

4°. En cualquier caso, con ambas sentencias, con la constatación de que la consulta catalana vía referéndum autonómico vulnera el ordenamiento constitucional, no se aporta mucho al problema político en ciernes, permitiendo o al menos apuntando alguna salida que posibilite el pronunciamien-

to claro de los ciudadanos catalanes. Quizás porque no es esa la función del Tribunal Constitucional.

Sentencia 32/2015, de 16 de marzo

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la impugnación de disposiciones autonómicas (título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) núm. 5830-2014, promovida por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno, contra el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, así como de sus anexos, de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña publicado en el anexo al «Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña» de 27 de septiembre de 2014. Han comparecido y formulado alegaciones en representación del Gobierno de la Generalitat los Abogados don XXXX, doña XXXX y don XXXX. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 29 de septiembre de 2014, el Abogado del Estado, en representación del Gobierno, al amparo de los arts. 161.2 CE y 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), im-

pugnó el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, así como sus anexos, de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, publicada en el anexo al «Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña» de 27 de septiembre de 2014.

En el escrito se hace expresa invocación del art. 161.2 CE y del segundo inciso del art. 77 LOTC, a los efectos de que se acuerde la suspensión de la disposición recurrida.

2. La impugnación se funda en los motivos que a continuación, sucintamente, se resumen.

El Abogado del Estado, tras exponer el contenido del Decreto impugnado y de su anexo I, aduce como fundamento preliminar de su impugnación que la convocatoria por la Generalitat de un referéndum en el ámbito territorial de Cataluña que tiene como objeto que el pueblo catalán se pronuncie sobre si quiere que Cataluña sea un Estado independiente es una cuestión que afecta directamente a la unidad de la Nación Española y vulnera los arts. 1.2, 2, 9.1 y 168 CE. Junto a ello alega que el Decreto recurrido, dictado en desarrollo de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, incurre en las mismas infracciones constitucionales en las que, a su juicio, incurre la referida Ley, al recoger materialmente la regulación de un referéndum sobre el futuro político de Cataluña.

El representante del Gobierno considera que el Decreto impugnado intenta encubrir la convocatoria de un referéndum sobre una cuestión que afecta a la unidad de la Nación española. A su juicio, el Decreto 129/2014 pretende dar cobertura constitucional a lo que es materialmente un referéndum de reforma constitucional, pues entiende que, según se deduce de su exposición de

motivos, la consulta sobre el futuro político de Cataluña constituye una fase o trámite previo al ejercicio por parte de la Generalitat de Cataluña de las competencias estatutarias y constitucionales para promover una reforma constitucional al amparo del art. 61 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) y los arts. 87 y 166 CE. En opinión del representante del Gobierno de la Nación, este trámite previo se concreta en una especie de iniciativa popular catalana vía referéndum para la reforma constitucional que considera, conforme a la doctrina establecida en la STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 5, constitucionalmente vedada.

Se alega además que el Decreto impugnado es contrario a la Constitución al convocar un referéndum sobre una cuestión que afecta al conjunto del pueblo español en el que solo pueden participar los ciudadanos de Cataluña.

Efectuadas las anteriores consideraciones preliminares, el Abogado del Estado se refiere a los requisitos de admisibilidad y entiende que estos requisitos se cumplen. En relación con los motivos de impugnación, señala que si bien el Tribunal ha admitido principalmente el uso de esta vía cuando se alegan infracciones constitucionales no competenciales, también ha aceptado que se pueda tramitar por cauce impugnaciones basadas en la infracción de normas (STC 184/1996, de 14 de noviembre). Por ello considera que el procedimiento regulado en el título V LOTC es el que debe seguirse en un supuesto como el que plantea el Decreto impugnado, que incurre en infracciones constitucionales tanto competenciales como no competenciales, pues de otro modo no existiría un proceso constitucional que permitiera impugnar las disposiciones normativas autonómicas de rango infralegal cuando incurriesen en ambos tipos de infracciones.

Una vez puesto de manifiesto que la impugnación cumple los requisitos procesales, el representante del Gobierno de la Nación expone con detalle las vulneraciones constitucionales en las que, en su opinión, incurre el Decreto impugnado. Se refiere, en primer lugar, a las infracciones constitucionales de carácter no competencial:

a) Se aduce la vulneración del art. 1.2 CE en el que se establece que «la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado». Según se alega, esta infracción de la Constitución se produce porque el Decreto impugnado considera soberano al pueblo catalán o a una parte del mismo atribuyéndole la capacidad de ser consultado de manera autónoma y diferenciada sobre cuestiones que afectan a la unidad de la nación española (la independencia de Cataluña, art. 3 del Decreto impugnado). Esta alegación la fundamenta en la doctrina constitucional establecida, entre otras, en las SSTC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4; 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 8 a 11, y 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.

b) Se considera también que el Decreto 129/2014 es contrario al art. 2 CE, en el que se establece que «[l]a Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles». Esta alegación se fundamenta en la doctrina establecida en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4.

c) Se aduce la infracción del art. 168 CE, que regula el procedimiento de reforma constitucional. Se alega que el reconocimiento de un nuevo sujeto soberano en el pueblo catalán requiere una previa decisión constituyente políticamente imputable al soberano constitucional («el pueblo español», art. 1.2 CE). Así se deriva, según sostiene el Abogado del Estado, de la doctrina establecida en las SSTC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4 y 31/2010, de 28 de junio, FJ 12. A su juicio, si bien nuestra Constitución no prohíbe el paso de la «Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles» al «Estado de varias naciones» cada una con derecho a decidir o autodeterminarse, este paso ha de ser el producto de una decisión del pueblo español, titular de la soberanía nacional, lograda con la estricta y rigurosa observancia de cuanto dispone el art. 168 CE, aplicado con el más absoluto respeto a los principios de la propia Constitución que se quiere cambiar. Por ello, considera que el reconocimiento de un nuevo sujeto soberano en el pueblo catalán —sujeto con capacidad para

autodeterminarse políticamente— requiere una previa decisión del constituyente, políticamente imputable al soberano constitucional («el pueblo español», art. 1.2 CE) y ha de encauzarse a través del procedimiento del art. 168, sin que pueda dilucidarse en un referéndum en el que solo participan los ciudadanos de la Comunidad Autónoma catalana.

d) También se sostiene que el Decreto 129/2014 infringe el art. 9.1 CE. El Abogado del Estado considera que este Decreto es un acto de visible insumisión a la Constitución Española. Según sostiene esta parte procesal, la libertad de un Parlamento o de un Gobierno autonómico para elegir políticas está jurídicamente limitada por la Constitución y el Estatuto de Autonomía. Todo ello sin perjuicio de que a través de los procedimientos adecuados y por quien esté legitimado pueda iniciar un proceso de reforma constitucional.

e) Por último, en relación con las vulneraciones de carácter no competencial, se imputa al Decreto impugnado la lesión de los arts. 1 y 2.4 EAC, en los términos que han sido interpretados por la STC 31/2010, FFJJ 8 y 9. El Abogado del Estado sostiene que no es acorde con los referidos preceptos estatutarios considerar soberano al pueblo de Cataluña, pues el art. 1 EAC que establece que Cataluña «ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica» y el art. 2.4 EAC, que dispone que los poderes de la Generalitat «emanan del pueblo catalán y se ejercen de acuerdo con este Estatuto y la Constitución», traen causa de la Constitución y, en consecuencia, es contrario a los mismos crear un sujeto jurídico que entre en competencia con el soberano pueblo español (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 9). El Abogado del Estado entiende que sin el acto de soberanía del pueblo español que reconoció el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (arts. 2 y 137 CE) no existiría un pueblo catalán como sujeto jurídico y político del derecho a la autonomía.

Por lo que se refiere a las infracciones de orden competencial, el Abogado del Estado considera

que el Decreto impugnado, al contener la convocatoria de un referéndum, vulnera, por una parte, los arts. 149.1.18 y 149.1.32 CE y, por otra, la reserva de Ley Orgánica contenida en el art. 81 CE en relación con los arts. 13, 18, 23, y 92.3 CE. El Abogado del Estado, además de remitirse a las consideraciones expuestas en el escrito por el que interpuso recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre de consultas populares no referendarias y participación ciudadana (recurso de inconstitucionalidad núm. 589-2014), aduce que la consulta convocada es un referéndum porque supone el ejercicio del derecho de participación política consagrado en el art. 23 CE. A su juicio, esta consulta, tanto por la enorme trascendencia de las preguntas formuladas, de carácter puramente político y cuyo alcance es una cuestión esencial —la independencia de Cataluña respecto de España—, como por trascender claramente del ámbito de las competencias autonómicas no puede encajarse en el ámbito del derecho a la participación ciudadana ordinaria o administrativa. En su opinión, el objeto de la consulta es una manifestación del derecho de participación política consagrado en el art. 23 CE y constituye una manifestación clara de democracia directa por transferirse al pueblo catalán una función propia, en nuestro sistema de democracia representativa, de los representantes políticos. Por ello considera que, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, no cabe la menor duda de que la consulta convocada no puede considerarse amparada por el art. 122 EAC, ya que se trata de un auténtico referéndum, cuya regulación y convocatoria corresponde exclusivamente al Estado en virtud de los arts. 23, 92 y 149.1.32 CE, sin que quepa sobre esta materia ninguna competencia implícita. Estas consideraciones llevan al Abogado del Estado a entender que los arts. 1, 2 y 3 del Decreto 129/2014 son contrarios a la Constitución. En su opinión, el art. 1 es inconstitucional al convocar el Presidente de la Generalitat una consulta de carácter referendario sin tener competencias para ello. El art. 2, que se refiere al objeto de la

consulta, y el art. 3, que establece la pregunta que se formula, infringiendo también, a su juicio, la Constitución, pues considera que someter a consulta si Cataluña quiere ser un Estado independiente, que es, en su opinión, el verdadero objeto de la misma (conocer la voluntad de los votantes sobre el futuro político de Cataluña, es, a su juicio, su finalidad), es, por el contenido de la cuestión consultada, una materia que, por su especial trascendencia, es propia de una consulta referendaria. A esta conclusión se llega igualmente, según aduce el representante del Gobierno, aunque se considere que lo que se está preguntando a los ciudadanos de Cataluña es si quieren que el Parlamento, a través de los cauces constitucionales, inicie el proceso de reforma constitucional que permita a Cataluña ser independiente, pues aunque así se entendiera la cuestión planteada seguiría siendo referendaria dada la trascendencia de la misma.

Se aduce también que la consulta convocada reúne las demás características definitorias del referéndum según la jurisprudencia constitucional (STC 103/2008, de 11 de septiembre). El Abogado del Estado pone de manifiesto que, de acuerdo con esta doctrina, las consultas de carácter referendario se caracterizan porque el sujeto consultado es el cuerpo electoral, la consulta se lleva por la Administración electoral y a través de los procedimientos y garantías electorales; características todas ellas que cumple el Decreto 129/2014. El art. 5 de este Decreto, que desarrolla los arts. 23 a 29 de la Ley 10/2014, regula las modalidades y periodos de votación; el art. 6 se refiere a la participación de las organizaciones y sociales y profesionales interesadas y a la comisión de control, como órgano autónomo de Administración electoral, cuya composición y funciones regula la Ley 10/2014 y en el art. 7 del Decreto se establecen unas reglas específicas de la consulta, que se incluyen como anexo I de este Decreto. En este anexo se detalla la regulación contenida en la Ley 19/2014 sobre la difusión institucional de la consulta, la campaña y debate público, el régimen jurídico de la utilización de los espacios públicos e informativos en los medios de comunicación (arts. 1, 2 y 3

de dicho anexo), también prevé las modalidades de votación y sus respectivas reglas de validez y funcionamiento (arts. 10 a 14 del anexo 1); las sedes de la comisión de control y de la comisión de seguimiento, reproduciendo algunas de sus funciones establecidas en la Ley 10/2014 y determinando los recursos humanos y materiales de los que van a disponer estas Comisiones. Junto a ello establece la designación y constitución de las mesas de consulta y la designación de sus miembros (arts. 4, 5, 6, 7 del anexo 1). Las reglas establecidas en tales preceptos y las previstas en los artículos siguientes del anexo 1 del Decreto 129/2014 (arts. 15 a 26 del anexo 1) desarrollan, según aduce el Abogado del Estado, el procedimiento electoral establecido en la Ley 10/2014.

Por otra parte, se alega que aunque la consulta no se lleva a cabo por la Administración electoral general, se va realizar mediante una estructura administrativa propia que se asemeja mucho a aquella y que tiene también unas funciones similares. Por ello se considera el Decreto impugnado incide en la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. El Abogado del Estado sostiene también que el art. 4 del Decreto impugnado y el art. 9 del anexo 1, que lo desarrolla, vulneran las competencias del Estado, pues, por una parte, otorga el derecho de participación en un proceso electoral a categorías de personas (mayores de dieciséis años y extranjeros) que no coinciden con las previsiones de la Ley Orgánica del régimen electoral general y, por otra, crea un registro de participación paralelo al censo electoral, que también vulnera las competencias del Estado para configurar el censo electoral.

También se sostiene que la creación de este registro de participación conllevaría, además, una vulneración del derecho a la protección de datos que garantiza el art. 18.4 CE. En su opinión, la ampliación de la utilización de otros datos contenidos en otros registros públicos a fines electorales, sin consentimiento de los interesados es contrario al régimen establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, al vulnerar el prin-

cipio de finalidad en la utilización de los datos, establecido para el caso de transmisión de datos entre Administraciones públicas en su art. 21.

Por último se afirma que la participación política de los extranjeros en consultas referendarias infringe también el art. 13.2 CE, pues este precepto solo reconoce el derecho de participación política de los extranjeros en el caso de las elecciones municipales.

El Abogado del Estado concluye su escrito de alegaciones solicitando del Pleno del Tribunal la admisión de esta impugnación y que tras los trámites legales dicte en su día Sentencia por la que se declare inconstitucional y nulo el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, del Presidente de la Generalitat de Cataluña de convocatoria de una consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña así como sus anexos. Por otro sí, habiendo invocado expresamente el art. 161.2 CE, solicita, de conformidad con lo previsto en el citado art. 161.2 CE y 77 LOTC, que se declare suspendida la disposición impugnada así como sus anexos y las restantes actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la convocatoria de dicha consulta, así como de cualquier actuación vinculada a la referida consulta desde la fecha de interposición de esta impugnación, comunicándose al Presidente de la Generalitat de Cataluña como «órgano autonómico correspondiente» en tanto que autor del acto que es objeto de este proceso constitucional (art. 64.1 LOTC en relación con el primer inciso del art. 77 LOTC) y ordenando publicar la suspensión en los periódicos oficiales autonómico y estatal para que alcance conocimiento y eficacia general respecto de cualesquiera terceros (art. 64.4 LOTC, en relación con el primer inciso del art. 77 LOTC).

3. El Pleno del Tribunal, por providencia de 29 de septiembre de 2014, acordó admitir a trámite la impugnación; dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, al objeto de que, en el plazo de veinte días, pudiera personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimase convenientes; tener por invocado por el Gobierno el art. 161.2 CE, lo que, a su tenor y conforme dis-

pone el art. 77 LOTC, produjo la suspensión de la resolución impugnada para las partes desde la fecha de interposición del recurso, que fue el día 29 de septiembre de 2014, y para los terceros desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», que fue 30 de septiembre de 2014. Por último se acordó comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la providencia y publicar la incoación del proceso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya».

4. El 1 de octubre de 2014 la Generalitat de Cataluña presentó un escrito por el que solicitaba que se la tuviera por comparecida y parte en el presente proceso constitucional y que acordase el inmediato levantamiento de la suspensión del Decreto impugnado así como de las restantes actuaciones de preparación de convocatoria la referida consulta o vinculadas a ella con el fin de que recuperasen su plena eficacia y aplicación.

Esta petición se fundamenta en que el Tribunal Constitucional puede acordar el levantamiento automático de la suspensión aunque no hayan transcurrido los cinco meses desde que se acordó. Se alega, por una parte, la presunción de legitimidad de las leyes y, por otra, los intereses perjudicados por la suspensión. Entiende la Generalitat que el mantenimiento de la suspensión del Decreto 129/2014 debe ser excepcional y para que proceda sería preciso que la parte actora acreditara que la vigencia de los preceptos produciría unos perjuicios muy graves e irreparables al interés general o a tercero, por lo que considera que, salvo que esos graves perjuicios se produjeran, debe acordarse el levantamiento de la suspensión acordada en virtud del principio de presunción de legitimidad de las normas.

Según sostiene la Generalitat, la eficacia del Decreto impugnado no causaría ningún perjuicio ni al interés general ni menoscabaría otros preceptos, valores, principios, intereses o bienes constitucionalmente protegidos. En su opinión, tanto la Ley de Cataluña 10/2014, como el Decreto ahora impugnado —dictado en desarrollo de la referida Ley— pretenden dar efectividad al principio democrático y establecer cauces de participación de ciudadana y de este modo aten-

der al clamor masivo de la ciudadanía catalana que pide ser consultada sobre el futuro político de Cataluña. Según se aduce, la gran mayoría de los Estados existentes con regímenes políticos de democracia liberal cuentan con instrumentos legales para llevar a cabo consultas referendarias y no referendarias. A juicio de la Generalitat, las consultas populares constituyen un instrumento a través del cual se permite el ejercicio de derechos individuales de los ciudadanos y sirven a los valores de libertad, igualdad, pluralismo político así como al principio democrático. También se sostiene que en los sistemas federales y estados compuestos este tipo de consultas pueden servir a los principios igualitarios e inclusivos y a los derechos colectivos de los ciudadanos y se citan estudios en los que se pone de manifiesto que en tales países (Alemania, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia Irlanda, Italia, Reino Unido, Suiza y Suecia) se han realizado más de noventa y nueve consultas sobre cuestiones de alcance institucional o constitucional, y en cuarenta y cinco de ellas ha tenido como consecuencia la realización de reformas del diseño institucional del Estado, una redistribución territorial de las competencias o una cesión de soberanía. Entre estas consultas se hace una expresa referencia al referéndum celebrado en Escocia el pasado 18 de septiembre. De todo ello deduce el Gobierno de Cataluña que tales prácticas ponen de manifiesto que la celebración de consultas no puede conllevar perjuicios graves. De ahí que entienda que, como no existe en la Constitución ningún precepto que de forma explícita impida la celebración de consultas populares, mantener que en el ámbito autonómico es constitucionalmente inviable la celebración de este tipo de consultas denota solipsismo y parece un puro ejercicio de autoridad carente de razón y fundamento y fuera del contexto de muchos otros Estados democráticos de nuestro entorno.

Se pone de manifiesto, por otra parte, que, de acuerdo con los datos que ofrecen los análisis del Centro de Investigaciones Sociológicas, en los últimos diez años el grado de valoración satisfacción y funcionamiento de la democracia en España ha bajado mucho y tales datos denotan

una gran desafección hacia las instituciones. Por ello, considera la Generalitat que es preciso establecer cauces a través de los cuales los ciudadanos puedan manifestar sus aspiraciones. Se alega, además, que diversas instancias europeas han recomendado reforzar las instituciones democráticas con mecanismos de democracia directa y que el art. 10.3 del Tratado de la Unión Europea reconoce el derecho de todo ciudadano a participar en la vida democrática de la unión y que en los apartados 1,2 y 3 del art. 11 consagra el denominado «diálogo civil» y en el apartado 4 de este artículo reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión de instar de la Comisión la adopción de una iniciativa legislativa.

Se invoca también la Decisión del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998 en la que, según sostiene la Generalitat, se puso de relieve la necesaria interacción, entre la primacía del Derecho y el principio democrático y apeló a la libre expresión de ideas en el debate público. Junto a ello se cita, además, la STC 42/2014, de 25 de marzo, al considerar el Gobierno de Cataluña que, en esta Sentencia, el Tribunal reconoció la conformidad con la Constitución de la referencias al «derecho a decidir» contenidas en la resolución 5/X del Parlamento de Cataluña si se interpretaba de acuerdo con lo declarado en sus fundamentos jurídicos 3 y 4.

Alega, por otra parte, la Generalitat que la Ley 10/2014 y la convocatoria de la consulta que efectúa el Decreto 129/2014 refuerzan las instituciones democráticas con instrumentos de participación ciudadana que dan cauce a la expresión de su opinión política, de manera que pueda ser recogida por sus representantes para, en su caso, emprender las iniciativas legislativas por los procedimientos constitucionalmente previstos. También se aduce que la convocatoria de la consulta no impide a otros ciudadanos ejercer sus propios derechos ni a otros poderes públicos convocar las consultas que estime oportunas sobre las cuestiones de especial relevancia que afecten a sus intereses.

Se afirma, además, que dada la naturaleza y objeto de la consulta, su realización no conllevaría perjuicios irreparables, ya que no tiene carácter

vinculante. También se alega que el pronunciamiento, que de acuerdo a lo previsto en el art. 8 de la Ley 10/2014, debe efectuar el Presidente de la Generalitat sobre la incidencia que vaya a tener en la actuación pública sometida a consulta en los dos meses siguientes a su celebración no puede producir perjuicio alguno, puesto que tal pronunciamiento no será sino la exteriorización de su criterio que deberá, en su caso, traducirse en la adopción de las actuaciones que estime oportunas; actuaciones que serán independientes de la consulta y que, en el supuesto de que se consideraran contrarias a la Constitución, podrían ser objeto de los controles que prevé el art. 153 CE. Además se aduce que los perjuicios que pudieran causar tales actuaciones, serían perjuicios hipotéticos, por lo que, al no ser reales ni efectivos no pueden fundamentar el mantenimiento de la suspensión.

Junto a tales consideraciones, se sostiene que el mantenimiento de la suspensión de la Ley 10/2014 como del Decreto 129/2014 determinaría un claro perjuicio tanto para la ciudadanía de Cataluña, que se vería privada de este cauce legal para la expresión de sus opiniones y aspiraciones políticas, como para los poderes públicos de Cataluña, que tampoco podrían realizar consultas no referendarias. En opinión de la Generalitat, el mantenimiento de las suspensiones produciría, además, el perjuicio de no avanzar en la democracia, impediría la incorporación de instrumentos de participación ciudadana en un momento en el que la ciudadanía valora peyorativamente la situación política y la actuación de las instituciones y los poderes públicos y en el que las movilizaciones masivas de todo el Estado han manifestado no sentirse representados políticamente. También se pone de manifiesto que en Cataluña se están produciendo movilizaciones masivas de ciudadanos que reclaman poder manifestar su opinión sobre el futuro político. Según se afirma, la persistencia de las expresiones populares demandando la celebración de la consulta ha llevado al Parlamento de Cataluña a adoptar la Resolución 776/X, de 17 de septiembre de 2014, en cuyo apartado I se pone de manifiesto la necesidad de celebrar la

consulta sobre el futuro político de Cataluña e insta al Presidente de la Generalitat a convocarla de acuerdo con los marcos legales y a destinar los recursos y medios necesarios para que se lleve a cabo con todas las garantías.

Las anteriores consideraciones llevan a la Generalitat a solicitar el levantamiento de la suspensión del Decreto 129/2014 por el que se convoca la consulta popular sobre el futuro político de Cataluña así como de las restantes actuaciones de preparación para la convocatoria de dicha consulta o vinculadas a ella a fin de que de recuperar su plena eficacia y puedan dar cobertura a la consulta convocada.

5. Por providencia de 8 de octubre el Pleno acordó incorporar a los autos el escrito presentado por los Letrados de la Generalitat de Cataluña, en representación del Gobierno de Cataluña y oír al Abogado del Estado para que, en el plazo de cinco días, exponga lo que estime procedente sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión del Decreto impugnado en este procedimiento.

6. El 10 de octubre de 2004, los Abogados de la Generalitat de Cataluña evacuaron el trámite de alegaciones conferido por la providencia de 29 de septiembre de 2014, oponiéndose a la demanda de impugnación de disposiciones autonómicas promovida por el Gobierno del Estado. Alegan, en primer lugar, que la consulta popular convocada mediante el Decreto 129/2014 es una consulta no referendaria, tal y como su propio nombre indica. En su opinión, esta es la conclusión que se deriva de la doctrina constitucional, pues entienden que, de acuerdo con la STC 103/2008 (FJ 2), el referéndum es la consulta dirigida al cuerpo electoral para pronunciarse sobre una cuestión de especial relevancia política a través del ejercicio del derecho de voto en el marco de un procedimiento electoral y con unas garantías de orden jurisdiccional específicas; elementos que determinan que a través de este tipo de consultas se ejerza el derecho de participación política que garantiza el art. 23.1 CE. Sostienen los representantes del Gobierno de Cataluña que, de acuerdo con la doctrina expuesta, la consulta convocada por el Decreto 129/2014 no

reúne los elementos para considerarla como una consulta referendaria, pues de sus preceptos no se infiere que la participación ciudadana se fundamente en el ejercicio del derecho fundamental que consagra el art. 23.1 CE, ni que esa participación se articule mediante un procedimiento electoral, ni que el colectivo llamado a participar coincida con el cuerpo electoral ni que se le presten las garantías jurisdiccionales.

Se aduce, también, que, como se afirma en el preámbulo del Decreto 129/2014, la consulta convocada se efectúa al amparo de la competencia asumida por la Generalitat de Cataluña en virtud del art. 122 EAC, que esta consulta se convoca al amparo de lo dispuesto en la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de consultas populares no referendarias y de participación ciudadana y que tiene como finalidad que los ciudadanos de Cataluña puedan participar en los asuntos públicos en ejercicio del derecho que les reconoce el art. 29 EAC. Se sostiene, además, que el objeto de la consulta se encuentra dentro del ámbito competencial de la Generalitat, pues se considera que este ámbito no queda limitado a las materias competenciales en sentido estricto, esto es, las tasadas en el capítulo II del título IV del EAC, sino que abarca también el conjunto de funciones y facultades de iniciativa e impulso político, que, tanto en la Constitución como en el Estatuto, se recogen como potestades atribuidas a las instituciones de Cataluña.

Por todo ello, consideran los Abogados de la Generalitat que la interpretación del art. 122 EAC, en su vertiente competencial relativa a las consultas no referendarias, comprende tanto las competencias de la Generalitat sobre las diferentes materias y sectores a las que se refiere el citado capítulo II del título V, como el haz de facultades, funciones y capacidad de iniciativas de las que, constitucional y estatutariamente, dispone la Generalitat. En consecuencia, entienden que la Generalitat, en virtud del art. 122 EAC, ha asumido competencia para convocar una consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, ya que su celebración tiene como finalidad conocer la opinión ciudadana sobre el ejercicio, en su caso, de la potestad que le reconocen los

arts. 87 y 168 CE y el art. 61 EAC de iniciar formalmente ante las instituciones del Estado la reforma constitucional en un sentido determinado. A juicio de los Letrados de la Generalitat, esta interpretación tiene un claro apoyo en la doctrina establecida en la STC 42/2014, FFJJ 3 y 4 en la que se ha admitido que las referencias «al derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña» contenidas en la Resolución 5/X no son inconstitucionales y la posibilidad de una consulta sobre el futuro político de Cataluña si se respetan dos límites: primero, que esta consulta no se plantee unilateralmente como un referéndum de autodeterminación y, segundo, que la consulta no ignore que la concreción efectiva del derecho a decidir debe realizarse siempre en el marco de los procedimientos de reforma constitucional; requisitos que, según alega la Generalitat de Cataluña, la consulta convocada respeta.

La Generalitat de Cataluña sostiene, por otra parte, que la impugnación formulada debe ser parcialmente inadmitida, pues las alegaciones por las que se aducen infracciones de carácter competencial deben formularse a través de la vía de los conflictos positivos de competencia, no por el cauce regulado en el título V LOTC.

En relación con los infracciones constitucionales que se imputan al Decreto 129/2014, los representantes de la Generalitat ponen de manifiesto que, como muchos de los motivos en los que se fundamenta esta impugnación son los mismos que los que se aducen en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5829-2014, por el que se impugnó la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, exponen sucintamente estas alegaciones y se remiten a lo alegado en el referido recurso.

Por lo que se refiere al Decreto 129/2014, se pone de manifiesto, en primer lugar, que toda la impugnación parte de una premisa errónea: que la consulta convocada es un referéndum encubierto. Según se afirma, el Decreto impugnado tiene como objeto una consulta no referendaria, como se deduce del propio título del Decreto. También se alega que el objeto de esta consulta es conocer la opinión de los participantes «con la finalidad de que la Generalitat pueda ejercer

con pleno conocimiento de causa la iniciativa legal, política e institucional que le corresponde», por lo que se considera evidente que la consulta es un instrumento de opinión, no de decisión, y que se vincula al eventual ejercicio por la Generalitat de la potestad a la que se refieren los arts. 87 y 166 CE y el art. 161 CE, por lo que la consulta encaja dentro del ámbito competencial de la Generalitat, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 122 EAC. Respecto del art. 3, en el que se establece la pregunta (pregunta que son dos, la primera sobre Cataluña como Estado, y la segunda como Estado independiente) se considera que aunque por el alcance político que tiene esta pregunta pudiera formularse a través de una consulta referendaria, ello no es obstáculo para que también pueda plantearse a través de consulta que no tienen este carácter, pues no existe una reserva material de referéndum.

Por lo que respecta a las personas llamadas a participar, se sostiene que, al poder participar en la consulta no solo quienes integran el cuerpo electoral sino también otros colectivos no incluidos en el mismo (jóvenes entre 16 y 18 años y determinados extranjeros), los resultados de esta consulta nunca se podrían homologar a los que tendría una consulta referendaria.

En relación con los demás preceptos del Decreto impugnado, se considera que esta regulación es lógica y necesaria para el desarrollo de la consulta convocada y se vuelve a señalar que las impugnaciones de carácter competencial no pueden efectuarse por el cauce utilizado por el Gobierno —el procedimiento regulado en el título V LOTC— para impugnar este Decreto.

También se rechaza que el registro de participantes que crea el art. 9 de este Decreto vulnere las competencias del Estado para la configuración del censo electoral y lesione el art. 18 CE por infringir el principio de finalidad en la utilización de los datos personales al crear un censo electoral. Según sostienen los Abogados de la Generalitat, no puede apreciarse la lesión competencial porque la consulta que este Decreto convoca no tiene carácter referendaria y tampoco puede considerarse contrario al principio de finalidad en la utilización de datos entre Administraciones

públicas, pues, por una parte, la transmisión de esos datos está prevista en una norma de rango de ley; y por otra, entienden, que, como sostuvo el Consejo de Estado en el dictamen que efectuó sobre la Ley 10/2014, que la ley que aplica el Decreto 129/2014, el registro de población de Cataluña es gestionado por el organismo autonómico Instituto de Estadística de Cataluña, por lo que no hay comunicación de datos entre Administraciones públicas, que es el presupuesto de la cesión de datos, que es también lo que sucede en el caso del registro de catalanes en el exterior. La Generalitat concluye su escrito sosteniendo que, aunque la jurisprudencia constitucional ha mantenido una posición cautelosa sobre la participación directa, al considerar que la Constitución ha establecido un sistema de participación en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de democracia directa, esta doctrina no incide en la consulta convocada, ya que la consulta convocada por el Decreto 129/2014, al no ser referendaria, no constituye una manifestación de democracia directa, sino de democracia participativa, y por ello es conforme con la Constitución, pues los valores de democracia y de pluralismo que contiene el art. 9.2 CE y 4.3 EAC permiten que el legislador regule y el ejecutivo aplique sistemas participativos que no sean referendarios.

Estas consideraciones llevan a la Generalitat a solicitar que se dicte Sentencia por la que se inadmita las impugnaciones que tiene carácter competencial y que se desestimen los demás motivos de impugnación.

7. El 10 de octubre de 2014, el Abogado del Estado planteó incidente de ejecución de la providencia de 29 de septiembre de 2014, en relación con el Decreto de la Presidencia de la Generalitat de Cataluña 133/2014, de 6 de octubre, de nombramiento de los miembros de las comisiones de seguimiento de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña. El Pleno, por providencia de 14 de octubre de 2014, acordó tener por recibido el referido escrito y dar traslado de copia del mismo al Ministerio Fiscal, y a la representación de la Generalitat de Cataluña, otorgándoles un plazo de quince días

para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes.

8. El 15 de octubre de 2014 se registró en este Tribunal el escrito presentado por don. XXXX en la Agrupación de Secretarías de Juzgado de Paz núm. 1 de les Borges Blanques por el que solicitaba que se le tuviera por comparecido y parte adherida en el presente procedimiento. El Pleno, por providencia de 15 de octubre de 2014, acordó no haber lugar a dicha solicitud al no estar legitimado para ser parte.

El 5 de noviembre se recibió por el mismo cauce otro escrito del Sr. XXXX por el que recurría en súplica la anterior resolución. Este recurso fue inadmitido por providencia del Pleno de 18 de noviembre de 2014 por haber sido interpuesto fuera de plazo.

9. El 16 de octubre de 2012 el Abogado del Estado, dentro del plazo otorgado por la providencia de 8 de octubre de 2014, presentó su escrito de alegaciones en relación con la solicitud de levantamiento de la suspensión del Decreto impugnado formulada por los Letrados de la Generalitat. El representante del Gobierno del Estado, tras ponderar los intereses concernidos y los perjuicios de imposible o difícil reparación que podría originar la eficacia del Decreto impugnado, solicita que se deniegue el levantamiento de la suspensión y se acuerde el mantenimiento de la suspensión durante toda la pendencia del recurso.

En su opinión, el interés público que subyace en el mantenimiento de esta medida cautelar es impedir que se movilice a los electores de una Comunidad Autónoma para que decidan sobre una cuestión que no les corresponde, ya que, a su juicio, la cuestión consultada concierne a todo el pueblo español. Por ello entiende que el interés que salvaguarda el Estado con la pretensión del mantenimiento de la suspensión se manifiesta en los siguientes aspectos: a) el interés en la defensa de la unidad de España y en la residencia de la soberanía nacional en el pueblo español, que, según sostiene, son los fundamentos mismos de la Constitución (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4); b) el interés general o público en evitar que la consulta sirva de instrumento de presión del Gobierno y deslegitimación de su

voluntad y c) el interés en evitar que el cuerpo electoral se vea implicado en un proceso electoral litigioso, dada la sospecha de inconstitucionalidad que recae sobre el mismo.

Se alega, por otra parte, que el mantenimiento de la suspensión no genera perjuicio alguno al interés público invocado por la Comunidad Autónoma, pues, según se aduce, como el ordenamiento constitucional dispone de cauces adecuados, ordinarios y eficaces para dar efectividad y plena virtualidad al principio democrático y para facilitar la participación de todos los individuos en la vida política no es perentoria ni imprescindible la celebración de la consulta el día 9 de noviembre de 2014 para que tal principio tenga plena y absoluta eficacia. No obstante, considera también a efectos dialécticos, que, aunque se entendiera que el principio democrático y el mandato contenido en el art. 9.2 CE solo pudieran atenderse mediante la celebración de una consulta sobre la independencia de Cataluña, esta consulta solo podría celebrarse si el Tribunal desestima el fondo de la impugnación, pues, a su juicio, solo entonces podrá celebrarse con todas las garantías.

Junto a ello se sostiene que la celebración de la consulta ocasionaría un perjuicio irreparable al interés general, pues conllevaría una quiebra del principio de seguridad jurídica para todos los actores que en ella participan bajo la duda o sospecha de inconstitucionalidad del Decreto de convocatoria; quiebra que, según sostiene el Abogado del Estado, se proyecta en una alteración del índice de participación, en una adulación del resultado y en la sombra duda que introduciría en el proceso de la consulta.

Por último se alega que la cuestión sometida a enjuiciamiento del Tribunal está dotada de singular relieve constitucional; criterio que ha sido utilizado por el ATC 156/2013 de 11 julio como justificación para el mantenimiento de la suspensión.

10. Los Abogados de la Generalitat, por escrito presentado el 21 de octubre de 2014 en el Registro de este Tribunal Constitucional, y dentro del plazo otorgado por la providencia de 16 de octubre de 2014, formularon alegaciones en el

incidente de ejecución de la providencia de 29 de octubre de 2014 en relación con el Decreto de la Presidencia de la Generalitat de Cataluña 133/2014, de 6 de octubre, promovido por el Abogado del Estado y solicitaron la desestimación del incidente planteado.

11. El 24 de octubre de 2014, el Fiscal presentó en el Registro de este Tribunal su escrito de alegaciones en el incidente de ejecución de la providencia de 29 de octubre de 2014 en relación con el Decreto de la Presidencia de la Generalitat de Cataluña 133/2014, de 6 de octubre, promovido por el Abogado del Estado. El Fiscal considera que procede dictar resolución apreciando la contravención de la providencia de este Tribunal de 29 de septiembre de 2014 por el Decreto de la Presidencia de la Generalitat de Cataluña 133/2014, de 6 de octubre, de nombramiento de los miembros de las comisiones de seguimiento de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña acordando su declaración de nulidad.

12. El 27 de octubre de 2014, los Abogados de la Generalitat presentaron un escrito en el Registro de este Tribunal Constitucional adjuntando un conjunto de documentos, referidos a acuerdos adoptados por distintas entidades locales de Cataluña, en los que, mediante fórmulas diversas, se manifiesta el apoyo a la celebración de la Consulta convocada por el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, del Presidente de la Generalitat.

El Pleno, por providencia de 28 de octubre, acordó unir a las actuaciones los anteriores escrito y tener por efectuadas las manifestaciones contenidas en el mismo, entregando copia al Abogado del Estado.

13. Los Abogados de la Generalitat de Cataluña, el 3 de noviembre de 2014, presentaron un escrito en el Registro de este Tribunal Constitucional por el que ponían de manifiesto que, según constaba en la página web de la Moncloa, el Gobierno había adoptado el acuerdo de impugnar ante el Tribunal Constitucional, con invocación del art. 161.2 CE, las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria del denominado «procesos de participación ciudadana» recogido en la página web [\[pa2014.cat/es/index.html\]\(http://pa2014.cat/es/index.html\), así como los restantes acto o actuaciones de preparación, realizados o precedentes, para la celebración de dicha consulta, y a cualquier actuación, aun no formalizada jurídicamente vinculada a la referida consulta. Según se aduce, dada la falta de precisión del comunicado no les resulta posible conocer el procedimiento a través del cual el Gobierno del Estado tiene previsto formalizar la impugnación de las actuaciones relativas del referido proceso participativo. No obstante, consideran que la argumentación que puede utilizar el Gobierno es que el proceso de participación ciudadana es un referéndum encubierto y que se ha instrumentalizado para sortear la suspensión dictada por el Tribunal Constitucional sobre el Decreto 129/2014.](http://partici-</p></div><div data-bbox=)

Ante esta situación los Abogados de la Generalitat manifiestan que el empleo de cualesquiera de los cauces de impugnación ante el Tribunal Constitucional de las actuaciones autonómicas, con la subsiguiente suspensión de las mismas y, previsiblemente, de las que en un futuro deban efectuarse para materializar el proceso participativo previsto, no solo reviste de una imposibilidad material de tramitación, sino que implica también una quiebra de las reglas de la buena fe, que, conforme al art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), deben presidir todo proceso jurisdiccional y un uso desproporcionado y abusivo del derecho a la tutela constitucional en la medida en que todas ellas persiguen, sin necesidad de justificación ni de ratificación mediante resolución jurisdiccional motivada, la suspensión de unas actuaciones referidas a un proceso participativo destinado a facilitar la libertad ideológica (art. 16 CE) y la libertad de expresión (art. 20 CE) de los ciudadanos de Cataluña.

Las consideraciones anteriores llevan a los Abogados de la Generalitat a solicitar que se tenga por manifestado que la Generalitat no ha incumplido la suspensión de la convocatoria efectuada mediante el Decreto de 129/2014, de 27 de septiembre y, en consecuencia, acuerde la inadmisión de la impugnación acordada por el Consejo de Ministros el 31 de octubre de 2014 de la actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas

a la convocatoria de participación ciudadana prevista para el 9 de noviembre de 2014.

14. El Pleno, por providencia de 12 de noviembre, acordó unir a las presentes actuaciones el escrito presentado por los Abogados de la Generalitat el 3 de noviembre de 2014, tener por efectuadas las manifestaciones contenidas en el mismo y entregar copia al Abogado del Estado.

15. Por providencia de 25 de febrero de 2015 se señaló el mismo día para deliberación y votación de la presente Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno, ha impugnado el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, así como sus anexos, de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, publicado en el anexo al «Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña», de 27 de septiembre de 2014. Esta impugnación se efectúa al amparo de los arts. 161.2 CE y 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

Como con más detalle se ha expuesto en los antecedentes, el Abogado del Estado considera que el Decreto impugnado es contrario a la Constitución, tanto por motivos de carácter competencial como por motivos no competenciales. Entiende el representante del Gobierno que la convocatoria por el Presidente de la Generalitat de un referéndum en el ámbito territorial de Cataluña que tiene como objeto que el pueblo de Cataluña se pronuncie sobre si quiere que Cataluña sea un Estado independiente es una cuestión que afecta directamente a la unidad de la Nación española y vulnera los arts. 1.2, 2 y 9.1 CE. Sostiene, además, que la consulta convocada es materialmente un referéndum de reforma constitucional y por ello considera que infringe el art. 168 CE. Junto a ello se alega que el Decreto impugnado es contrario a los arts. 1 y 2.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), en los términos que han sido interpretados por la STC 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 8 y 9.

Por lo que se refiere a las vulneraciones de carácter competencial, se aduce que el Decreto impugnado, al contener la convocatoria de un referéndum, es contrario a los arts. 149.1.18 y 32 CE y a la reserva de Ley Orgánica contenida en el art. 81 CE en relación con los arts. 13, 18, 23 y 92.3 CE.

Los Letrados de la Generalitat de Cataluña entienden, por el contrario, que el Decreto 129/2014, al convocar una consulta que no tiene carácter referendario, no incurre en las vulneraciones constitucionales que se le imputan. A juicio de esta parte procesal, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2, la consulta convocada no puede considerarse un referéndum al no estar dirigida al cuerpo electoral. Se alega también que el Decreto 129/2014 ha sido dictado en virtud de la competencia que el art. 122 EAC atribuye a la Generalitat de Cataluña en materia de consultas populares, dentro del marco legal establecido por la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014 y constituye una forma con arreglo a la cual los ciudadanos de Cataluña puedan ejercer el derecho a participar en los asuntos públicos que le reconoce el art. 29 EAC.

La Generalitat sostiene, además, que la realización de una consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña encuentra un claro apoyo en la doctrina establecida en la STC 42/2014, pues el Tribunal, al apreciar que las referencias al «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña» contenidas en la Resolución 5/X no son inconstitucionales si se respetan las condiciones que esa Sentencia establece, está admitiendo la posibilidad de una consulta sobre el futuro político de Cataluña siempre que no se plantee unilateralmente como un «referéndum de autodeterminación» y que la consulta no ignore que la concreción efectiva del derecho a decidir debe realizarse siempre en el marco de los procedimientos de reforma constitucional; exigencias que, según se afirma, respeta el Decreto 129/2014.

2. Una vez expuestas sucintamente las posiciones de las partes debe analizarse, en primer

lugar, si concurre la causa de inadmisibilidad parcial de la demanda que invoca la Generalitat de Cataluña. Entiende esta parte procesal que a través del cauce impugnatorio regulado en el título V LOTC no pueden aducirse vulneraciones de carácter competencial, ya que, a su juicio, este tipo de alegaciones ha de efectuarse a través de la vía de los conflictos de competencias prevista en los arts. 62 a 67 LOTC. Por ello solicita que se inadmitan las alegaciones por las que se aduce que el Decreto impugnado es contrario al orden constitucional de competencias.

En relación con el tipo de vulneraciones que pueden alegarse a través de este específico proceso constitucional este Tribunal ha partido de considerar (STC 44/1986, de 17 de abril, FJ 1) que el artículo 161.2 CE, al establecer que el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, no limita la impugnación prevista en el mismo a los supuestos en que esté en juego la competencia y por esta razón el art. 77 LOTC dispone que la impugnación regulada en el título V se formulará y sustanciará por el procedimiento previsto en los arts. 62 a 67 de esta Ley «sea cual fuere el motivo en que se base».

No obstante, este Tribunal (SSTC 64/1990, de 5 de abril, FJ 1, y 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2 y ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 3) ha reconocido también que el procedimiento regulado en los arts. 76 y 77 LOTC, aunque coincidente en sus trámites con el conflicto positivo de competencias (por remisión del art. 77 a los arts. 62 a 67 de la Ley Orgánica), tiene sustantividad propia, precisamente en supuestos en los que la infracción constitucional en la que se fundamenta la impugnación de la disposición o resolución autonómica no tiene carácter competencial, pues en tales casos no podrá aducirse a través del recurso de inconstitucionalidad, que procede únicamente contra «disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley» [art. 2.1 a) LOTC], ni tampoco podrá alegarse, por el tipo de infracción constitucional que se denuncia, por la vía del conflicto positivo de competencias, al estar limitado este proceso constitucional a los

conflictos que se susciten entre el Estado y a las Comunidades Autónomas o a estas entre sí sobre la titularidad de las «competencias asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas» (art. 59 LOTC).

La circunstancia de que este proceso constitucional sea la única vía para que el Gobierno pueda impugnar las disposiciones o resoluciones de las Comunidades Autónomas que considere contrarias a la Constitución por motivos no competenciales llevó al ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 3, a sostener que, «en el proceso impugnatorio del título V LOTC, únicamente pueden hacerse valer, pese a la indefinición legal de los motivos impugnatorios que se recoge en el art. 77.1 LOTC, vulneraciones constitucionales por razones no competenciales».

Ahora bien, de tal declaración no cabe deducir, como pretende la Generalitat de Cataluña, que la impugnación deba ser inadmitida en la parte relativa a las alegaciones de carácter competencial, sino únicamente que cuando la impugnación se fundamente solo en ese tipo de vulneraciones, se estará, materialmente, ante un conflicto de competencias, incluso aunque se acuda por la vía prevista en el título V LOTC. Debe tenerse en cuenta que, en tales casos, aunque el Gobierno formule la impugnación invocando expresamente el procedimiento regulado en el citado título V LOTC, los requisitos procesales que debe cumplir para que la impugnación sea admitida a trámite son los mismos que los establecidos para que el Gobierno pueda plantear directamente el conflicto positivo de competencias: el plazo para recurrir es, en ambos supuestos, de dos meses (arts. 62 y 76 LOTC), y la impugnación, por expresa disposición del art. 77, «sea cual fuere el motivo en que se base» debe formularse y sustanciarse por el procedimiento previsto en los arts. 62 a 67 LOTC, que es por el que se tramitan los conflictos positivos de competencias. De ahí que la STC 184/1996, ante una impugnación formulada por la vía prevista en el título V LOTC que se fundamentaba únicamente en la infrac-

ción del orden constitucional de competencias, entendiera que «dada la remisión que el art. 77 LOTC efectúa a los arts. 62 a 67 también de la LOTC que regulan los conflictos de competencia, nada impide que resolvamos en este proceso la controversia planteada declarando la titularidad de la competencia controvertida».

En consecuencia, no procede apreciar la causa de inadmisibilidad parcial de la impugnación alegada por la Generalitat de Cataluña.

3. La resolución de la presente impugnación exige, en primer lugar, determinar si la consulta convocada por el Decreto 129/2014 es una consulta popular de carácter no referendario, tal y como el propio Decreto establece y alegan los Letrados de la Generalitat, o si la consulta convocada, a pesar de su denominación, tiene carácter referendario, como sostiene el Abogado del Estado.

Para resolver esta cuestión ha de estarse a la doctrina establecida en la STC 31/2015, de esta misma fecha, por la que se declaran inconstitucionales y nulos los incisos del art. 3.3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana que se refieren a las consultas generales, al considerar que este tipo de consultas tenía carácter referendario.

La declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 3.3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, en la parte que se refiere a las consultas populares de carácter general, por la STC de esta misma fecha conlleva que el Decreto 129/2014, al convocar, al amparo de esta Ley, una consulta de carácter general y, por tanto, de naturaleza referendaria, incurra en las mismas infracciones de la Constitución en las que incurrió esta norma.

En efecto, el Decreto impugnado, al llamar a participar a los mayores de dieciséis años que tengan la condición política de catalanes y a los extranjeros que sean también mayores de dieciséis años y cumplan los requisitos establecidos en su art. 4 b) y c), para que mediante el sufragio y a través del procedimiento y garantías establecidos en la Ley 10/2014 y en el propio Decreto

—normas que establecen un procedimiento y unas garantías de carácter electoral— expresen su opinión sobre la cuestión sometida a su consideración, está convocando una consulta referendaria y, por tanto, incurre, como se ha adelantado, en las mismas infracciones constitucionales en las que incurre la Ley 10/2014, de la que es aplicación, al regular las consultas generales.

El Decreto 129/2014, al convocar una consulta al amparo de lo establecido en la Ley 10/2014 y, en desarrollo de esta Ley, establecer la regulación específica por la que se rige la consulta convocada, vulnera las competencias del Estado en materia de referéndum, al haber convocado un referéndum sin la preceptiva autorización estatal, como exige el art. 149.1.32 CE, y sin seguir los procedimientos y garantías constitucionalmente exigidos, que, como declara este Tribunal en la Sentencia 31/2015, de esta misma fecha, solo pueden ser aquellos establecidos por el legislador estatal, que es a quien la Constitución ha encomendado regular el proceso y las garantías electorales (art. 149.1.1 CE en relación con los arts. 23.1 CE, 81.1 CE y 92.3 CE y art. 149.1.32 CE).

4. Las consideraciones anteriores determinan que el Decreto 129/2014 y sus anexos, al convocar una consulta de carácter referendario y establecer las reglas y previsiones específicas para su celebración, deban ser declarados inconstitucionales y nulos por los mismos motivos por los que la Sentencia de esta misma fecha, declara inconstitucionales y nulos los dos primeros enunciados del arts. 3.3, relativos a las consultas generales y los apartados 4 a 9 del art. 16 de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, de la que el Decreto 129/2014 es aplicación. Una vez estimada íntegramente la impugnación por estos motivos no procede examinar el resto de las alegaciones aducidas.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE

CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la impugnación de disposiciones autonómicas (título V LOTC) promovida por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno y, en consecuencia:

Declarar que el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos son inconstitucionales y nulos.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil quince.-Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.-Adela Asua Batarrita.-Luis Ignacio Ortega Álvarez.-Encarnación Roca Trías.-Andrés Ollero Tassara.-Fernando Valdés Dal-Ré.-Juan José González Rivas.-Santiago Martínez-Vares García.-Juan Antonio Xiol Ríos.-Pedro José González-Trevijano Sánchez.-Ricardo Enríquez Sancho.-Antonio Narváez Rodríguez.-Firmado y rubricado.