



Roj: **AAP IB 25/2017 - ECLI: ES:APIB:2017:25A**

Id Cendoj: **07040370022017200003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **2**

Fecha: **10/05/2017**

Nº de Recurso: **66/2017**

Nº de Resolución: **325/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN SEGUNDA PALMA DE MALLORCA

APELACIÓN PENAL ROLLO 66/17 AUTOS DPA 4092/10 Juzgado de Instrucción número 1 de Palma

A U T O NÚM. 325/2017

Ilmos. Sres.: Presidente

D. Diego Jesús Gómez Reino Delgado

Magistrados

D. Juan Jiménez Vidal

D. Alberto Jesús Rodríguez Rivas

En Palma, a 10 de mayo de 2017

ANTECEDENTES PROCESALES.-

ÚNICO.- Por la representación procesal de los CTA con servicio programado los días 3 y 4 de diciembre de 2010 e investigados en las presentes actuaciones representados por los Procuradores Sr. Socias Roselló, Sr. Cerdá Frías, Sra. Van Noolen, Sr. Colom Ferra, Sra. Muñoz Vivancos, se ha formulado recurso de apelación contra el auto del juzgado de instrucción número 1 de Palma que acuerda la continuación de las presentes actuaciones por los trámites del proceso abreviado, ante la posibilidad de que sus representados hubieran podido cometer un delito de sedición castigado en la Ley penal y procesal de Navegación Aérea de diciembre de 1964 y/o de un delito de abandono de servicio del artículo 409 del CP, a penar conforme a un concurso de normas resolviéndose el conflicto a favor del delito especial frente al general o común, recurso al que se ha opuesto el Ministerio Fiscal y las Acusaciones particulares personadas, verificado lo cual han sido remitidas las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia de Palma en fecha 20 de abril pasado, una vez se cumplimentó la petición de elevación de un índice o relación de los particulares señalados por las partes, siendo designado Ponente el Magistrado Diego Jesús Gómez Reino Delgado, quien tras la oportuna deliberación y anticipándose a la fecha prevista para la misma y señalada por motivos de organización interna para el día 7 de julio, expresa el parecer de esta Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

PRIMERO: *Decisión objeto de recurso.*

La resolución combatida es el auto de fecha 25 de octubre de 2016, dictado por el juez instructor Don José Manuel Sobrino Fernández, en virtud del cual en su parte dispositiva acuerda continuar las presentes actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado, contra un total de 84 controladores aéreos ante la posibilidad de que hubieran podido cometer los delitos de sedición, según la redacción dada por la Ley penal y procesal de navegación aérea de 24 de diciembre de 1964, concretamente en sus artículos 20 y 21.1 y/o de



abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave quebranto de éste o de la comunidad, previsto y penado en el artículo 409 del CP . Dicha resolución fue luego completada con el auto de fecha 1 de diciembre, que ratificaba el anterior y desestimaba varios recursos de reforma previos al de apelación sometido ahora a revisión en esta alzada.

Según se narra en el auto apelado con ocasión de una situación de conflictividad laboral existente en el año 2010 entre el colectivo de controladores aéreos y la entidad AENA, encargada de la gestión del tránsito aéreo, aunque se preveía la posibilidad de que existieran otros prestadores de estos servicios, que explota con ocasión de la aprobación del RD Ley 13/2010, de 3 de diciembre, el colectivo de controladores de los aeropuertos de las Islas Baleares tras la aprobación ese mismo día 3 de diciembre del RD Ley 13/2010 de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y creación de empleo, se habrían concertado mediante reuniones y envío de mensajes SMS para paralizar el tráfico aéreo, en venganza y represalia contra el Gobierno por la aprobación de esa normativa y otra precedente (la Ley 9/2010, de 14 de abril en virtud de la cual se regularía la prestación de servicios de tránsito aéreo y el RD 1001/2010, de 5 de agosto, en donde se fijarían normas de seguridad aeronáutica en relación con el tiempo de actividad y los requisitos de descanso de los controladores y cuyo artículo 5 fijaba en 1670 horas la actividad aeronáutica máxima, sin perjuicio de la posibilidad de ser incrementada con horas extraordinarias hasta un máximo de 80) y como medida de presión al estar en ciernes la elaboración del II Convenido Colectivo profesional; y a tal efecto se habría ideado y planeado que un número elevado de controladores se declarase indispuerto para realizar su función simulando o exagerando padecer incapacidad física o psíquica acudiendo al protocolo establecido en el artículo 34 de la Ley de Seguridad Aérea y que precisamente venía impuesto con ocasión de la aprobación del citado RD Ley que modificaba en su disposición adicional segunda la citada Ley , todo lo cual derivó en una situación de insuficiencia de controladores que provocó el cierre paulatino de sectores aéreos pasando de cinco a uno situación que se produjo a partir de las 17 horas del día 3 de diciembre, hasta que finalmente se produjo alrededor de las 21,30 horas la declaración de RATE 0, dando ello lugar a retrasos de los vuelos, falta de información, desconcierto de los numerosos pasajeros congregados para disfrutar de las vacaciones del puente de la constitución y cancelación sucesiva de vuelos, situación que se prolongó hasta que después de que el Gobierno decidiera ceder transitoriamente el control del espacio al ministerio de defensa y al ejército mediante la aprobación del Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre con efectos a partir de las 00,27 horas del día 4 de diciembre, se declarase posteriormente a las 12,30 horas del día 4 de diciembre el Estado de Alarma (Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, luego prorrogado por el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, autorizado por el Congreso de los Diputados), tras lo cual los controladores en situación de incapacidad se fueron presentado a sus puestos de trabajo y los que hasta entonces solo aceptaban controlar situaciones de emergencia se mostraron dispuestos a asumir que el tráfico aéreo se fuera restableciendo con total normalidad.

En el auto resolutorio del recurso saliendo al paso de las quejas de los recurrentes sobre la inexistencia de un relato pormenorizado de los hechos en cuanto a la individual participación de todos y cada uno de los controladores que estaban llamados a prestar servicios en los aeropuertos de baleares en las fechas indicadas, el juez explica que de ello no se deriva indefensión a los controladores recurrentes, pues se han indicado las distintas conductas ejecutadas por los varios investigados, quienes, unos en su condición de representantes sindicales que habrían intervenido o participado en las reuniones previas, a los que sí cita, y otros, bien por no haber acudido a prestar servicios o declararse en situación de incapacidad simulada a sus jefes respectivos o por no acudir y presentar luego informe médico justificando su inasistencia o por negarse a controlar aviones comerciales salvo en situaciones de emergencia, habrían podido incurrir en un delito de sedición o de abandono de un servicio público esencial, pues esa distinta actuación se explicaba a partir de la existencia de un acuerdo de voluntades derivado de un conflicto laboral, que con independencia de la connotación laboral que pudiera derivar en causa de despido, al ser una situación colectiva claramente abusiva y estar dirigida a causar un grave perjuicio a un servicio público esencial como es el tráfico aéreo, cabía la posibilidad que el dolo abarcase no solo a un conflicto laboral ilegal sino que pudiera constituir un ilícito penal, de ahí que en cuanto tal el enjuiciamiento de estos hechos correspondiera al ámbito penal y no al estrictamente laboral o administrativo sancionador.

SEGUNDO : *Posicionamiento de las partes recurrentes .*

2.1.- RECURSO DE Edmundo Y Fernando

Primer motivo : indefensión por falta de motivación, referida a la genérica atribución de responsabilidad, con infracción del artículo 779.1 4, en relación con el 757 de la Lecrim y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Se queja esta representación de que el auto recurrido acuerda la continuación de las actuaciones ante un total de 82 controladores ante la posibilidad de que los hechos imputados pudieran ser constitutivos de los delitos de sedición de los artículos 20 y 21, de la Ley penal y procesal de navegación aérea de 1964.



Habla de la finalidad del auto transformador y en especial de la delimitación objetiva y subjetiva. Se detiene en la delimitación subjetiva y critica que el auto contenga una atribución genérica de todos los controladores. Habla de ellos de una forma global y generalizada, como colectivo y no hace distinciones, lo que impide conocer la concreta conducta individualizada que se atribuye a los recurrentes.

Señala que esta atribución genérica no puede venir amparada en que la acusación se formalice por un delito de sedición. Primero, porque este delito no se cometió y no hubo un comportamiento colectivo y, segundo, porque las circunstancias personales de cada uno fueron bien distintas. El propio auto ya habla de que hubo conductas diferenciadas entre los controladores, pues no en vano trabajan en diferentes turnos.

Dice que hubo controladores:

En el turno de tarde que siguieron el procedimiento administrativo para declarar su indisposición - art. 34 de la Ley de Seguridad -. - ésta sería la situación predicable de los recurrentes -.

Otros no acudieron al aeropuerto y manifestaron vía telefónica su indisposición. Otros nunca abandonaron su puesto de trabajo. Otros detentan cargos sindicales.

Y Otros fueron a la asamblea informativa del hotel Palas Atenea o la que tuvo lugar en el Centro de Control de Palma.

En suma, la conducta de los controladores fue diferente en cada caso y exigía un trato diferenciado.

Todo esto, dice la parte apelante, le causa indefensión porque impide a los recurrentes defenderse: conocer que concreta conducta se atribuye al recurrente y por qué se les acusa de un delito de sedición.

Más adelante pasa a exponer la concreta conducta de sus clientes y su intrascendencia penal.

Segundo motivo : inexistencia de delito. Vigencia de los argumentos del auto de sobreseimiento de 27 de febrero de 2014 e inexistencia de nuevo material incriminatoria tras las pruebas practicadas en cumplimiento de lo ordenado por auto de esta Sala de 6 de octubre de 2014 .

En el auto de sobreseimiento se admite la existencia de un concierto previo de todos o de la mayor parte de los imputados para abandonar el servicio - pero concebido como abandono impropio o como obstaculización -, en el sentido de que siguieron el procedimiento establecido : avisaron a sus jefes inmediatos y acudieron al médico, rellenaron los formularios - y lo importante es que no abandonaron físicamente el Centro de Control o la Torre, no se negaron a controlar abiertamente el tráfico y no desobedecieron a sus Jefes o superiores inmediatos.

El auto admite que existió una antijuridicidad formal: admite una actuación concertada de los controladores para abandonar el servicio, pero que este abandono no produjo lesión al bien jurídico.

Dice que la Audiencia ordena practicar un informe forense a fin de determinar si esa suerte de epidemia colectiva respondía a una situación verdadera o estamos en presencia de una simulación y el forense ratifica y corrobora la credibilidad y coherencia de las patologías aducidas a tenor de la documentación médica aportada, tanto a cargo de médicos de empresa como médicos de la Seguridad Social o de centros privados.

Se remite y da importancia a los argumentos expuesto en la solicitud de sobreseimiento de Luis Manuel en sus escritos de 9 de enero de 2014 y 12 de agosto de 2016.

En concreto se dice que no existió abandono que se pueda considerar ilegal. La presentación del formulario de disminución de la capacidad físico-psíquica era un comportamiento debido en cumplimiento de un deber legal inexcusable.

El perjuicio del servicio público aéreo y daño a la comunidad no está causalmente relacionado con esta situación de enfermedades sino que responde a una decisión de AENA que decidieron de modo autónomo y voluntario el cierre del espacio aéreo, de ahí que considere que lo que se produjo fue un cierre patronal.

Dice que estamos ante un conflicto laboral. Entre los controladores en calidad de trabajadores y AENA, aunque esta sea una empresa pública.

Desde el punto de vista jurídico la parte recurrente considera que estamos ante un puro conflicto laboral, sin propósito de atentar contra el orden constitucional ni de mantener un pulso contra el Estado. Se trataría de una situación de enfrentamiento de tipo laboral entre los controladores y la empresa empleadora AENA, sin que el hecho de que la empresa sea pública y estatal - empresa mercantil estatal - convierta este conflicto laboral en una sedición. Se trataría de una interpretación desproporcionada y anacrónica. Esto es, en esencia, lo que han entendido otros juzgados del resto del territorio nacional.



En suma, a juicio de esta representación no existió delito, únicamente estamos ante un conflicto de orden laboral con responsabilidades exigibles en ese orden y no en el penal.

Como tercer motivo: inexistencia de participación en los recurrentes:

La sustenta en que no acudieron a la Asamblea en el Hotel Palas Atenea (Fernando) y El Sr. Edmundo , llegó tarde a la reunión del Centro de Control y que solo habló de la negociación del convenio.

Estos recurrentes tampoco eran representantes sindicales. Y por lo que respecta a su indisposición: El Sr. Edmundo comunicó al Jefe de Sala su indisposición. Rellenó el formulario y fue atendido por el médico de AENA - Jacobo - le recetó un Valium y descanso. Comunicó la prescripción al Jefe de control y se tomó el medicamento. Se quedó adormilado y su estado le impedía controlar - folio 736 y 140 a 143 del informe forense -.

El diagnóstico es de tos generalizada y temblor de hora y media. El tratamiento es sintomático. No cursó baja.

Por lo que hace al Sr. Edmundo la tarde del día 3 de diciembre se quedó solo en la torre por la baja de los demás compañeros y asumió todo el trabajo, encargándose de todo, pero esta situación de estrés unido a los rumores del cierre del espacio aéreo provocó un estado de inquietud y de ansiedad que hizo que se fuera al médico y el médico de AENA - doctor Damaso - le diagnostica crisis de ansiedad - continuó todo el tiempo del servicio en la torre de control y al día siguiente entró como supervisor y totalmente operativo - Nunca abandonó el servicio - folios 748 : crisis de ansiedad y nerviosismo. El tratamiento sintomático consistió en observación sin tratamiento sintomático prescrito

No hubo abandono sino ausencia justificada. En ningún caso los denunciados abandonaron su puesto de trabajo - El centro de control y la torre - en el turno de la tarde del día 3 de diciembre.

Cuarto motivo y referido a la calificación jurídica:

- Es desproporcionado considerar que estamos ante una sedición

- La LPPNA resulta inaplicable por inconstitucional ya que es anterior a la regulación constitucional del derecho de huelga 28.2 - AP de Barcelona de 2 de mayo de 2008 -

- La sedición exige un abandono en actitud activa de protesta y en el aeropuerto - aquí en el centro de control y la torre - Además el dolo queda excluido por la voluntad reivindicativa.

- CP regula la sedición propiamente dicha - rebelión en pequeño - y el abandono - sedición impropia - (delito contra la administración pública).

La sedición es un ataque a la seguridad del Estado y su finalidad es preservar el funcionamiento del orden constitucional, por lo que requiere un dolo especial de subvertir la seguridad del estado. Y cita la STC 11/81 .

Niega que hubiera habido abandono y sí que la indisponibilidad estuvo justificada.

Esta defensa termina su recurso suplicando que se ordene el sobreseimiento de las presentes actuaciones respecto de sus defendidos o en otro caso que se decrete la nulidad del auto recurrido por falta de motivación fáctica.

2.2 RECURSO DE APELACIÓN DE Josefina

Alega esta defensa la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y al no sufrir indefensión, en relación a la presunción de inocencia. El auto no imputa hecho punible alguno a la recurrente y no resulta posible conocer el proceso lógico jurídico seguido por el instructor para determinar de forma objetiva y subjetiva el objeto de enjuiciamiento en relación a mi defendida.

La única alusión que hace a la recurrente es en la parte dispositiva. No se la identifica como controlador que estuviera bien en la torre ni en el centro de control durante los días 3 y 4 de diciembre. No tenía turno asignado los días 3 y 4 de diciembre, ni era representante sindical.

Su representación reclama el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones.

2.3.-RECURSO DE APELACION DE Ofelia .-

El 3 de diciembre estaba prestando servicios como CTA sin habilitación para sector de aproximación. Al reajustarse los sectores se quedó sin plaza y fue luego cuando empezó a encontrarse mal. No prestó servicios por cuestiones técnico operativas. Y al encontrarse mal ya luego no pudo reincorporarse a sus funciones en caso de que fuera necesario. Luego su indisposición estuvo justificada - doctor Jacobo - le administró Valium y ya entonces no podía trabajar.

Esta representación impetra el sobreseimiento y archivo de la causa.



2.4 RECURSO PROMOVIDO POR LA PROCURADORA EN REPRESENTACIÓN

DE 62 CTA, que prestaban servicios tanto en el Centro de Control y en la Torre del aeropuerto de Palma, como en las Torres de los aeropuertos de Mahón y de Ibiza.

Hace referencia a diversos informes periciales que el auto recurrido no comenta y que considera esenciales:

- Sobre la capacidad operativa en el Centro de control de Palma los días 3 y 4 - de 19 de junio de 2013- realizado por Pelayo (Jefe de operaciones de AENA en la torre de Barajas, durante la apertura de la T-4 y con formación de ingeniero de caminos y controlador aéreo). A tenor de este informe si la decisión se hubiera basado en la operatividad ningún vuelo se hubiera cancelado. El servicio estuvo garantizado.
- Lo mismo sobre la operatividad en la torre de control de Palma - informe de 20 de junio: la cancelación se debió a la declaración de RATE 0, pero la torre de control estaba en condiciones de haber atendido el tráfico.
- Dictamen médico pericial de 20 de junio de 2013, emitido por doctor especializado en medicina aeronáutica y espacial Luis Pedro : la actuación de determinados controladores fue la correcta a la hora de seguir los procedimientos establecidos para alegar la disminución de sus capacidades.
- En fecha 9 de enero de 2014, se aportó informe pericial sobre la situación del colectivo profesional de los controladores aéreos en relación a los hechos acaecidos el 3 y el 4 de diciembre de 2010, elaborado por el Doctor Alejandro . El informe es del 29 de septiembre.-. El colectivo debido a la situación de conflictividad laboral y presión mediática padeció impacto psicológico importante como lo pusieron de manifiesto el estudio realizado por el CIMA (Centro de Instrucción médico Aeroespacial).

Desde el punto de vista fáctico afirma:

- No hubo comportamiento alguno de abandono. Se atendieron todos los vuelos.
- La presentación de partes de incapacidad por algunos de los controladores era un comportamiento debido.
- El cierre del espacio aéreo fue debido a una situación de cierre patronal.

Destaca toda una serie de precedentes de otras Audiencias archivando procedimientos seguidos contra controladores en otros aeropuertos. Con base a estos precedentes concluye: que si lo que se pretendía era una actuación coordinada de todo un colectivo de controladores no se entiende que en estas Audiencias se hubiera archivado y aquí se continúe.

- En opinión de esta representación siguen subsistiendo las razones que en su momento llevaron al sobreesimiento de las actuaciones por el juzgado instructor en el auto de fecha 27 de febrero de 2014.

En ese auto se apreció la existencia del elemento subjetivo consistente en el concierto previo de todos o de la mayor parte de los controladores para, en actitud de protesta, abandonar el servicio, a sabiendas de que lo iban a perturbar de modo grave, no solo por la propia evidencia de los hechos, sino por la magnitud de las indisposiciones y especialmente del contenido de las conversaciones mantenidas durante el desarrollo de la situación.

A pesar de ello allí se afirmaba que los hechos no eran típicos bien porque estamos ante un abandono impropio, dado que los controladores acudieron a su puesto pero no controlaron por encontrarse indispuerto, sin que se pueda afirmar simulación o por haber participado en una huelga ilegal, comportamiento que quedaría extramuros del derecho penal.

Señala que la Audiencia ordenó reabrir las actuaciones en solicitud de que se recabase un informe a cargo del médico forense - auto de 6 de octubre de 2014 - a fin de que explique si era posible una explosión epidémica de tal intensidad, que durante 24 horas, afectase a tal cantidad de controladores.

Hace referencia al informe forense de fecha 15 de junio de 2016, informe acerca de las incapacidades alegadas por los controladores y del cual se concluye que en la mayoría de los casos las patologías estaban justificadas en informes médicos y sus conclusiones eran compatibles con la sintomatología referida.

Señala que se ha tomado declaración a los controladores investigados y a pluralidad de testigos, como por ejemplo al Jefe de Operaciones en el Centro de Control del aeropuerto de Palma, al Jefe de flow en el Centro de Control de Palma, al Jefe Regional de Formación y Evaluación de Baleares, al Jefe de División Regional, al empleado encargado del control de afluencia, y se ha aportado a la causa un informe sobre situación síquica del colectivo confeccionado por el médico especialista en medicina aeronáutica Doctor Iván .

En cuanto a los motivos concretos se alegan:

- I. / Vulneración del principio de legalidad penal. El delito de sedición en la Ley de Navegación Aérea está derogado por inconstitucionalidad sobrevinida o en todo caso una interpretación conforme a la constitución



requiere que una intención específica de subvertir la seguridad del Estado (STC 11/81). No cualquier comportamiento ilícito o abusivo que pudiera ser considerado una huelga ilegal o abusiva podría ser considerado delictivo sería preciso que la intención fuera la pretender subvertir la seguridad del estado. Tal interpretación la realizó el TC en la interpretación del art 222 del CP , en la redacción que le concedió la disposición adicional cuarta del Decreto Ley 17/1977 regulador del derecho de huelga - aún vigente -, en cuya virtud se consideraban reos de delito a los funcionarios encargados de la prestación de servicios públicos, así como a los patronos y obreros que con el fin de atentar contra la seguridad del Estado suspendan o alteren la regularidad en el trabajo.

Lo que el TC analizó en ese motivo es que la participación de los funcionarios públicos en una huelga no podía ser considerada delito y era contrario al artículo 28 de la CE . La mera perturbación del servicio público no es delito.

La Ley de navegación castiga a los empleados o personas concertadas con ellos que en los aeropuertos - y por tanto en sus instalaciones (no en la Torre ni en el Centro de Control) - se alcen colectivamente para oponerse al cumplimiento de las órdenes que dice el comandante o el jefe del aeropuerto en relación con el tráfico aéreo. Aquí ese alzamiento colectivo no existió.

La misma pena, dice el artículo 20 in fine de la citada norma, se impondrá a los empleados que en número suficiente para perturbar el servicio abandonen colectivamente sus funciones en el aeropuerto en actitud de protesta, desobediencia coactiva o represalia contra el comandante o jefe respectivo - en ese caso el abandono habría tenido por causa presionar al Gobierno - y establece un tipo agravado (art. 21.1) si el hecho se comete con la intención de interrumpir la navegación y tampoco ello se produjo, dado que el cierre del espacio aéreo fue imputable a AENA y no a la disminución del número de controladores, que pudo suponer retrasos pero que eran asumibles con la disponibilidad existente.

En cuanto al delito de abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio del artículo 409 del CP , entiende que no se ha cometido al no darse la conducta típica. No hubo abandono. Simplemente algunos controladores por razones de estrés o de otro tipo psicofísicas no se encontraba en condiciones de controlar. Con todo solo es predicable de los funcionarios públicos que lo promovieran, dirigieran u organizaran o en todo caso los que participaren en ese abandono colectivo, pero no pueden ser sujetos activos de este delito los representantes sindicales.

II. / El segundo motivo que alega es la nulidad del auto: el auto ha prescindido del supuesto típico, esto es, si ha existido abandono como comportamiento individual. Mete a todos los controladores en el mismo saco: los que tenían servicio; los representantes sindicales; los que estaban de imaginaria - Marisa ni fue activada en esta situación -; los que siguieron los protocolos establecidos y no estaban en condiciones de controlar o que no pudieron controlar por estar ya cerrado el espacio aéreo. No describe la conducta de abandono realizada por cada uno de los controladores. Las diligencias evidencian que no hubo abandono. No se analiza de manera individualizada si hubo abandono y a cargo de quienes se produjo. Hay controladores que no participaron en reuniones. Ni son cargos sindicales - Luis o Sagrario - El Rate 0 no es consecuencia de abandono. El Rate 0 no fue producto de una situación de abandono del servicio.

No especifica el auto la conducta individualizada de cada controlador: si trabajó con normalidad. Si no lo hizo por encontrarse en situación de incapacidad. Si siguió los protocolos establecidos para estas situaciones. Si no obstante ello trabajó. Si quedó a disposición de sus jefes. Si era representante sindical. Si no pudo controlar por estar ya el espacio aéreo cerrado.

Ello pone de manifiesto el voluntarismo de una decisión judicial. Y se pregunta cómo es que pudieron abandonar su servicio aquellos que trabajaron con normalidad o los que quedaron a disposición de sus jefes o aquellos que no pudieron controlar por estar los sectores ya cerrados.

El auto contempla una suerte de responsabilidad colectiva.

Se ha olvidado de los expedientes administrativos: unos han sido suspendidos por prejudicialidad penal y otros han sido archivados - los del turno del día 4 - Los de la Torre y el Centro de Control del aeropuerto de Palma el día 4 de mañana y los de las Torres de control de Ibiza y de Menorca de la mañana del día 4. En definitiva, se pregunta: cómo es que si no hubo responsabilidad administrativa cómo va a haber responsabilidad penal. Al menos por abandono.

Junto a ello hay dos personas más - Don Teodoro y Carlos Alberto - documentos 21 y 22, exentos de responsabilidad en sede administrativa - documentos 21 y 22-.

Motivo tercero: inexistencia de indicios de criminalidad.



Para incardinar la conducta en el abandono colectivo ha de tratarse de funcionarios públicos o autoridad. Debe producirse un abandono colectivo del servicio. Y grave perturbación del mismo y conciencia y voluntad de que se produce perturbación. No se tipifica cualquier clase de abandono sino aquél que provoca una grave perturbación del servicio. Aquí el cierre del espacio aéreo no se produjo por conductas de abandono. Y cualquier comportamiento posterior es irrelevante para lesionar el bien jurídico. Ha de ser manifiestamente ilegal y, por tanto, no ha de estar amparado este ejercicio por una causa de justificación como el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho de huelga. No abandonaron su puesto de trabajo. Estuvieron a disposición de sus jefes. Sobre este punto ha de atenderse a los informes periciales. El cierre del espacio aéreo no fue por razones operativas. El cierre de sectores supuso una demora pero nunca la suspensión de vuelos.

Se admite que el informe pericial elaborado por el médico forense Doctor Antonio no es claro y rotundo, pero lo que procede en ese caso y de no aceptarse la nulidad invocada o el sobreseimiento es que se cite al médico forense a ratificar su informe a presencia judicial concediendo a las partes la contradicción, así como que dicho informe se extienda a los controladores no explorados, solicitando igualmente que se sometan a contradicción y ratificación judicial los informes de parte aportados referidos a la operatividad del servicio en los días 3 y 4 de diciembre y del estado psicológico en que se hallaba el colectivo de CTA en esas fechas.

2.5.- RECURSO DE Cipriano

Dice que tenía turno programado y acudió a su puesto de trabajo en el centro de control del aeropuerto de Palma. Tuvo turno el 3 por la mañana y el 4 por la mañana. Asumió estos turnos porque quería realizar horas extras. No tiene sentido que quisiera hacer horas extras si la problemática laboral venía motivada por esta razón. Tuvo intención del ir al hotel Palas, pero finalmente no acudió y el día 4 no realizó tareas de control por declaración de RATE 0

2.6.- Esmeralda

Se queja de la ausencia de motivación del auto combatido, de que lesionada su derecho a la tutela efectiva y a no sufrir indefensión al no haber tenido en cuenta el juez a quo el turno sustituido y la baja de larga duración que sufrió la recurrente.

El auto de transformación si bien no es una sentencia sí debe contener un relato con referencia a qué concreto acto individual realizó cada uno de los investigados, teniendo en cuenta en el caso de mi mandante que el turno le fue sustituido por el síndrome ansioso depresivo que se le diagnosticó y la baja de larga duración que se le concedió hasta el 4 de enero de 2011 - folios 3161 a 3168 -.

Esmeralda tenía servicio de guardia localizada la noche del 3 al 4 de diciembre. Desde las 00 horas hasta las 7 horas de la mañana. El aeropuerto estaba cerrado y solo se activa para emergencias. Esta programación consta al folio 2740. El citado servicio de guardia localizada viene definido en el convenio colectivo suscrito entre AENA y CTA de 18 de diciembre de 1998. - art. 37.2 -. Acudió la mañana del día 3 a urgencias y le dieron una baja por crisis de ansiedad con tratamiento por seis meses - Finalmente el alta el día 4 de enero de 2011.

Esta baja fue comunicada a ANEA el mismo día - Folios 55 Y 2827 -.

Hay informe psiquiatra de Iván - Diplomado en medicina aéreo- espacial - que acredita recaídas en agosto y septiembre de 2011 del síndrome depresivo.

2.7.- Leandro

El auto recurrido vulnera los derechos fundamentales del recurrente al principio de presunción de inocencia y al derecho a obtener una resolución motivada. El 3 de diciembre el recurrente estaba en Madrid. Estaba enfermo en Madrid desde el día 28 de noviembre de 2010. No tenía turno programado hasta el día 3 de diciembre. No pudo volar por el cierre del espacio aéreo. Consta que el día 4 de diciembre fue asistido en el hospital de la Milagrosa de Madrid y diagnosticado de contractura cervical y vértigos. Se le dio de baja por contingencias comunes desde el día 3 de diciembre hasta el 30 de diciembre. No se presentó porque ya estaba de baja.

2.8.-RECURSO DE Remigio -.- Se adhiere a lo alegado por la defensa de los otros 62 controladores - - 11 más -

2.9.- Jose María

Atipicidad de los hechos. El Sr. Jose María estuvo desarrollando su actividad profesional sin causar baja.

Los recursos han sido impugnados por el Ministerio Fiscal, la Federación Empresarial Hotelera de Mallorca y perjudicados como Agapito .

Todos ellos justifican las deficiencias del auto en que no se trata de exigir al Juez instructor el dictado de una sentencia y porque no han producido indefensión en los recurrentes. Insisten en la existencia de indicios de criminalidad en la actuación de todos los controladores programados y en los representantes sindicales y el



carácter típico de los hechos sometidos a investigación, bien como delito especial regulado en la Ley penal y procesal de Navegación Aérea o bajo la figura del abandono colectivo de un servicio público esencial con grave quebranto para el mismo o para la comunidad.

TERCERO.- *Decisión de la Sala.*

Sistemáticamente trataremos las siguientes cuestiones:

3.1 Apropósito del auto de transformación a procedimiento abreviado: su objeto, finalidad y exigencia de motivación fáctica. Nulidad o no del auto recurrido.

3.2 Existencia de indicios de criminalidad para justificar un juicio de acusación respecto de los CTA recurrentes y vigencia de tales indicios con posterioridad al auto de esta Sala de fecha 6 de octubre de 2014 .

3.3 Referencia concreta a los controladores que han cuestionado la existencia de indicios de delito en su contra.

3.3 Posible anclaje de los hechos objeto de enjuiciamiento en los delitos de sedición y/de abandono. Constitucionalidad del delito de sedición.

3.4 Conclusión de la investigación o necesidad de practicar las diligencias solicitadas por las defensas.

1. / Apropósito de la motivación y de la finalidad del auto transformador. La exigencia de que a partir de la versión judicial que contenga, en ocasiones por remisión a lo actuado, quepa realizar un juicio probable de acusación entendido como un juicio hipotético de condena para el caso de que el juicio llegase a celebrarse.

Debemos recordar, por ser necesario para la resolución del recurso, que la decisión judicial combatida no tiene otro objeto que verificar que existe un fundamento para formular una acusación contra los CTA recurrentes por hechos que, en principio, podrían constituir un delito de sedición de acuerdo con lo previsto en la Ley penal y procesal de navegación aérea, previsto y penado en los artículos 20 y 21.1 de dicha norma especial o de abandono de servicio, recogido en el artículo 409 del CP .

Se trata simplemente de una decisión que actúa a modo de filtro o de tamiz para evitar someter a juicio penal a una persona sin fundamento. No es una sentencia ni su dictado exige el grado de profundidad que requiere una decisión de este tipo. Y en cuanto a las pruebas personales su valoración por el órgano apelativo ha de ser muy limitada. No tiene otro alcance que verificar un juicio probable, que no certero, de acusación, entendido como la posibilidad de que hayan podido ocurrir unos determinados hechos antijurídicos (los que contenga la resolución transformadora: que en supuestos de escasa complejidad podrían ser contemplados por mera remisión a lo actuado) que a priori podrían ser constitutivos de infracción penal.

Como es lógico ese juicio de probabilidad comporta la exigencia de un inter argumental elaborado a partir de las diligencias de investigación llevadas a cabo. Se trata pues de un escalón de imputación superior a la denuncia e inferior a la sentencia, que comporta un juicio de certeza, explicando, aunque sea de modo sucinto, las razones de esa decisión, y la calificación jurídica de los hechos justiciables que conforman la versión judicial a fin de justificar su encaje delictivo, todo ello en evitación de que la persona o personas investigadas puedan ser juzgadas sin fundamento o base suficiente - ya fáctico o jurídico -, y se vean sometidas a lo que vulgarmente se ha dado en llamar "pena del telediario", pues en caso de no existir ese fundamento de acusación sí que la presunción de inocencia podría verse lesionada.

También es importante reseñar que conforme a la doctrina emanada por el TS el sobreseimiento de las actuaciones en esta fase intermedia constituye una decisión residual, de modo tal que operará la apertura de juicio oral cuando desde luego de modo inobjetable no proceda el sobreseimiento y que en supuestos de imputaciones dudosas la regla general es que las dudas suscitadas han de resolverse en el acto del juicio oral, y que solo allí una vez evacuada la prueba puede tener virtualidad el principio in dubio pro reo.

Esa misma regla de deferir la cuestión al acto del plenario opera en el ámbito del elemento subjetivo del delito, pues éste normalmente se obtiene por prueba indirecta y el juicio de inferencia, por la complejidad que exige su obtención y análisis, precisa de un debate extenso, serio, profundo y contradictorio propio del acto del plenario, de ahí que la constatación de dicho elemento, por lo general, se relegue al juicio oral.

El parámetro a seguir para deslindar las situaciones de insuficiencia de indicios, obviamente siempre que estemos en sede de hechos típicos o con apariencia de tipicidad, conforme a la forma de operar que sigue esta Sala y Sección es la siguiente: La apertura de juicio requiere que el juicio de probabilidad de condena sea mayor que el de absolución o que al menos ambas probabilidades tengan similar o parecida entidad y virtualidad jurídica, de modo tal que en supuestos de imputaciones dudosas la regla general ha de ser la de disponer la apertura de juicio oral al no resultar de aplicación en este estadio procesal el principio in dubio pro reo, solo aplicable como regla valorativa tras practicarse la prueba en el juicio con las debidas garantías



procesales y de fiabilidad probatoria. El sobreseimiento queda relegado, por consiguiente, a situaciones en las que de modo patente, incontrovertida e inobjetable, esto es, sin duda ninguna, la posibilidad de condena es baja o muy baja o inferior a la de absolución, pues si es semejante o parecida al no regir el principio in dubio pro reo - apreciable eso sí en el plenario - hay que decantarse por la apertura de juicio. De no operar de este modo el juicio de imputación que comporta la admisión de una denuncia - juicio de posibilidad - sería similar al de acusación - de probabilidad - y como hemos explicado se trata de momentos procesales diferentes y su tratamiento idéntico podría lesionar el derecho a la presunción de inocencia al dar lugar a acusaciones carentes del necesario fundamento y cuyo parámetro a seguir como hemos explicado es que de lo actuado quepa extraer un juicio provisorio de condena con cierto margen de seguridad o de probabilidad.

De otra parte, ha de precisarse que la decisión de continuar las actuaciones por existir fundamento para una acusación por delito a sustanciar por los trámites del proceso abreviado, en modo alguno compromete la presunción de inocencia, ya que esta solo se destruye a partir de la prueba a practicar en un juicio con las debidas garantías procesales. Se trata, más bien, de una garantía de la fase intermedia para permitir a todo sujeto imputado conocer los hechos de los que es acusado y ejercer en el juicio su derecho a la defensa. Con dicha resolución además se pone fin a la instrucción, de ahí que si la defensa discrepa de esa conclusión de cierre de la investigación es el momento para impugnarla y proponer nuevas pruebas, no cabiendo luego la alegación de indefensión al venir motivada y propiciada por la pasividad de la defensa.

La discrepancia en orden a la conclusión de la investigación y a la necesidad de practicar nuevas pruebas antes de pronunciarse sobre un eventual juicio de acusación ha de ponerse en relación con dicho momento procesal, pues según nos enseña la jurisprudencia el proceso de admisión de las pruebas se halla en función de la fase procesal en que nos encontremos, de manera que aún faltando pruebas por realizar, éstas, perfectamente, podrán ser relegadas para el acto del plenario, cuando su práctica no sea esencial y no se derive indefensión para los intereses de las defensas, esto es: cuando su realización, si bien puedan favorecer o contribuir a construir la tesis o la posición de la defensa, en este momento no tenga fuerza ni entidad bastante para anular o neutralizar el juicio de acusación, siendo así que el resultado de tales probanzas de llevarse a cabo no impedirían la celebración del acto del plenario.

Se trata simplemente de una regla de trabajo, aunque no de aplicación automática, porque en ocasiones, aunque determinadas probanzas carezcan de eficacia suficiente para neutralizar el juicio de acusación y a priori su práctica no revista un carácter esencial por este mismo motivo, sin embargo, resulta aconsejable que se lleven a cabo en la medida en que con su realización se pretende preparar el acto

del juicio. Nos referimos, por poner un ejemplo, a pruebas periciales que necesariamente comportan la realización de actuaciones previas típicas de la fase de instrucción: reconocimiento pericial, toma de muestras...etc.

Por lo que se refiere al alcance de ese juicio de acusación que ha de contener el auto transformador siguiendo en este punto al TS, no es más que una convicción judicial expresada de modo hipotético y provisorio y referida a que se ha podido cometer uno o varios delitos cuyo cauce de enjuiciamiento esté previsto en el proceso abreviado y que en dicho delito o delitos hayan podido participar de alguna manera los sujetos imputados.

Al denominado juicio de acusación no le incumbe establecer con certeza las afirmaciones fácticas que fundan la imputación. Le corresponde únicamente la determinación de una veracidad probable de las afirmaciones sobre los datos históricos, únicos verificables, y respecto de los cuales una valoración jurídica pueda concluir que son constitutivas de delito. Es decir, que procede dictar esta resolución cuando no concurren los supuestos de sobreseimiento previstos, por un lado, en los artículos 637 1.º y 641 1º y, por otro lado, en el artículo 637.2º, todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Con relación a la motivación fáctica que ha de contener el auto transformador y las consecuencias que su ausencia comporta, constituye una exigencia que viene impuesta en el artículo 779.1.4 de la Lecrim y cuya falta se sanciona en la Ley con la nulidad.

Ya hemos dicho hasta la saciedad y en reiteradísimas ocasiones al analizar la exigencia de motivación fáctica y jurídica del auto de transformación, que es circunstancial y que depende y está en función de la complejidad de las actuaciones y del contenido de la declaración que se haya recibido al investigado, pues es en dicho momento en el que se da verdadero traslado al sujeto pasivo del proceso penal de su imputación, siendo este el objeto y finalidad primordial del auto recurrido (así como también declarar conclusa la fase de investigación, cuestión esta que también y subsidiariamente es objeto de controversia), de tal modo que a través de ella pueda conocer la persona imputada en un proceso penal cuales son los hechos que se la atribuyen y ejercer desde ese momento su derecho a la defensa.



En cualquier caso y en lo atinente a la nulidad por falta de motivación del auto de transformación, la Jurisprudencia precisa que el defecto alegado efectivamente provoque indefensión en la defensa, efectiva y material, de modo tal que ante la falta de elementos argumentales se vea en la imposibilidad de impugnar dicha decisión al desconocer las razones por las que el juzgador ha considerado que existe base para una acusación por delito.

Por lo que se refiere a la calificación jurídica provisoria que contiene el auto de transformación, en todo caso debemos añadir que es jurisprudencia reiterada la que señala que el dictado del auto transformador no supone el ejercicio de la acción penal y, por ello el Juez instructor no está obligado a acertar a la hora de verificar la calificación jurídica de los hechos que contenga el auto de transformación, ya que se trata de una función, la de la calificación y acusación, que corresponde a las partes acusadoras y que para el Juez instructor tiene un objeto fundamentalmente dirigido a realizar una labor crítica a fin de concluir que los hechos investigados tienen o revisten en apariencia carácter punible y, sobre todo, que su subsunción jurídica en un determinado tipo penal supone la ordenación del procedimiento para que éste se sustancia por los trámites del proceso abreviado y no en cambio del sumario o del procedimiento previsto para el enjuiciamiento de los delitos leves.

A este respecto y en su sentencia núm. 1182/2006 de 29 noviembre RJ 2007\250 nuestro Alto Tribunal nos recuerda que el marco fáctico que el Tribunal sentenciador no puede sobrepasar, no es el que figura en el auto de transformación, sino el de las conclusiones definitivas de las partes acusadoras. Ha declarado la Sala Segunda del TS con reiteración que el auto referido es equivalente en el Procedimiento Abreviado al auto de procesamiento en el proceso ordinario, el cual no opera con efecto preclusivo de la calificación de las acusaciones en el ámbito del principio acusatorio, toda vez que si éste exige que el acusado tiene derecho a conocer la acusación de tal manera que pueda ejercer una plena defensa y contradecir los hechos que se le imputan, este derecho se ve satisfecho cuando las conclusiones provisionales de las

acusaciones ponen formalmente en su conocimiento las pretensiones de las mismas. Por consiguiente, ni el auto de procesamiento, ni el de transformación, tienen la finalidad de definir inflexiblemente el objeto del proceso - constituido por las pretensiones de la acusación y defensa - sino conferir al acusado ciertos derechos a partir de la determinación de su legitimación pasiva (SSTS de 23 de febrero de 2004 [RJ 2004, 2771] y 18 de octubre de 2005 [RJ 2005, 8129]). El Tribunal sentenciador, debe, pues, pronunciarse sobre las pretensiones que le demandan las partes procesales, entre las que no se encuentra el Juez de Instrucción, y del mismo modo que en el proceso ordinario la acusación se formalizará respecto de «los hechos punibles que resulten del sumario» (art. 650 LECrim [LEG 1882, 16]), no de los que figuren en el auto de procesamiento, sin establecer limitación alguna, igualmente debe suceder en relación con el Procedimiento Abreviado, máxime cuando la Ley ha previsto la posibilidad de que al Auto de Transformación no le siga de forma inmediata el escrito de acusación, sino que se practiquen nuevas diligencias a solicitud de las acusaciones que puedan aportar nuevos datos (art. 790.1 y 2) sobre los hechos investigados.

II. / Lesión a la tutela efectiva y nulidad del auto apelado:

Partiendo de cuanto acabamos de exponer, los diversos recursos planteados abarcan cuestiones comunes atinentes a la insuficiente motivación fáctica del auto recurrido, a la inexistencia de indicios de delito, así como a la atipicidad de los hechos narrados, siquiera genéricamente, tanto referidos al delito de sedición, como al de abandono del servicio.

Empezando por la primera de las cuestiones suscitadas, la referida a la insuficiente motivación fáctica del auto apelado con infracción de lo ordenado en el artículo 779.1.4 de la Lecrim y su consecuente nulidad con devolución de las actuaciones al juez instructor para que dicte una nueva resolución con una base fáctica que permita individualizar la conducta realizada por cada uno de los controladores a los que se atribuyen la comisión de una conducta típica con relevancia penal, ciertamente en buena técnica jurídica el auto recurrido debería de haber narrado y descrito la conducta individualizada de cada uno de los controladores investigados, toda vez

que, como el propio juez a quo reconoce y admite, existieron distintos comportamientos: unos controladores acudieron a su puesto de trabajo y controlaron, otros alegaron encontrarse indispuestos para realizar su función de controlador siguiendo el protocolo establecido a tal efecto y rellenando el formulario de incapacidad previsto al efecto en la Ley de Seguridad Aérea, otros ni siquiera acudieron, otros lo hicieron después de acudir a un médico, pero sin seguir el protocolo establecido, otros se encontraban de imaginaria o se activo el COS y otros eran representantes sindicales.

En nuestro auto de fecha 6 de octubre de 2014 , donde se revocó un anterior auto sobreseyente, dejamos dicho, entre otros extremos, como argumento para que la investigación prosiguiera, la necesidad de que el juez instructor individualizase la actuación de cada uno de los investigados. Esta exigencia no ha sido respetada, pero aún así no apreciamos que el auto recurrido, por padecer esa omisión, merezca ser anulado.



Nuestra conclusión contraria a la anulación del auto transformador se sustenta en dos consideraciones. La primera, porque el juzgador en el auto resolutorio del recurso de reforma interpuesto ya explica que la razón de esa genérica imputación y la referencia a distintos comportamientos, aunque sin llegar a nombrar o indicar qué concretos controladores han de ser incluidos en cada una de esas categorías, obedece a que según su entender se ha tratado de una acción conjunta y concertada de todos los controladores que, por una u otra razón, estaban programados para desempeñar su función los días 3 y 4 de diciembre de 2010 en el Centro de Control y en la Torre del aeropuerto de Palma y en las Torres de los aeropuertos de Ibiza y de Menorca o fueron requeridos para tal cometido ya fuera como imaginarias o a través del COS, así como los representantes sindicales que participaron en las reuniones que se celebraron en el Centro de control de Palma y en el hotel Palas con ocasión de las movilizaciones habidas en el colectivo a partir de la aprobación del RD Ley 13/2010, de 3 de diciembre y la normativa antecedente y porque en ese contexto se tenía que negociar el II Convenio Colectivo profesional, pues el primero era de marzo de 1999. Y, en segundo lugar, porque del contenido de los recursos y de la defensa articulada en los mismos fluye y se desprende que la imputación de la que se dio traslado en su momento a cada uno de los CTA investigados y de lo resuelto en auto anterior de esta misma Sección, cada uno de los recurrentes sabe y conoce cuales son los hechos que indiciariamente se les atribuye y cual ha sido su concreta e individual contribución fáctica y, de ahí, que haya recurrentes que en atención a sus conocidas circunstancias hayan demandado el sobreseimiento de las actuaciones y, si han alegado la deficiente motivación del auto, lo ha sido como argumento de refuerzo para estimar que en su caso concreto el juzgador ha quebrantado la presunción de inocencia, incluso en el recurso formulado por un número importante de controladores se hace alusión individualizada a algunos de ellos, como por ejemplo los que estaban programados una vez declarado el Rate 0 y respecto de los cuales el procedimiento administrativo sancionador ha concluido sin responsabilidad, o los que son representantes sindicales - a quienes se niega la posibilidad de ser sujetos activos del tipo - o aquellos otros que no han realizado la conducta típica - por haber controlado esos días - o los que encontrándose indispuestos para el servicio siguieron el protocolo establecido o los que aún no acudiendo a su puesto de trabajo justificaron luego su inasistencia por razones médicas, llegando incluso a ahondar en determinados casos, como por ejemplo en el de la Sra. Marisa , muestra palpable de que a pesar de la insuficiencia fáctica apuntada no se ha derivado efectiva y material indefensión en los recurrentes, pues a partir de la versión judicial contenida en el auto recurrido cada uno de los controladores investigados ha podido cuestionar el fundamento de las imputaciones que se ciernen en su contra y muestra de ello son las declaraciones que verificaron a judicial presencia.

Es verdad que los hechos investigados revisten complejidad, y conforme al criterio de esta Sección en tales situaciones no cabe suplir la inexistencia de un relato fáctico por la remisión a lo actuado y que es criticable la atribución genérica que el auto recurrido hace, sin referencia por nombre y apellidos, a cada uno de los controladores investigados, pues admite y reconoce que su papel no fue el mismo, pero también hay que entender que a priori y según el planteamiento que en el auto expresa nos encontraríamos ante un delito de sedición o de huelga ilegal a cargo de funcionarios públicos que parte como presupuesto de la participación de una colectividad de sujetos, delitos que comportan una actuación conjunta y que, incluso, dialécticamente sugieren la posibilidad de que en dicho delito, por existir acuerdo de voluntades, hubieran participado en el mismo sujetos en quienes en principio no se les pudiera atribuir una colaboración típica - abandonar su puesto de trabajo - en la medida en ese reparto de papeles al que el juez se refiere, dado que el propósito no era lograr que se produjera el cierre total y absoluto del espacio aéreo, sino perturbar o trastornar de modo importante el tráfico aéreo durante el puente de la constitución de los días 3 y 4 de diciembre de 2010, causando de este modo un grave perjuicio en el funcionamiento de un servicio público y esencial que afectaba a derechos fundamentales tan trascendentes como el de la libre circulación de viajeros y de aeronaves en nuestro espacio aéreo tanto nacionales como internacionales, y por ese motivo, una parte de esos controladores, de acuerdo con el reparto de papeles establecido, tenían que asumir la misión de acudir a su puesto de trabajo y realizar su función de controlador.

Tal es la importancia de este planteamiento y de la verosimilitud de la existencia de un acuerdo de voluntades entre los distintos controladores programados al margen de su papel: los que controlaron, los que se pusieron enfermos y lo justificaron o no y los que tuvieron un papel como representantes sindicales esos días, admitido incluso en el auto de sobreseimiento que se cita como fundamento para el sobreseimiento, que gran parte del contenido de los recursos se ha dirigido a cuestionar que, aún concurriendo ese acuerdo o pacto colectivo, los hechos puedan ser incardinados en un delito de sedición obviando que el delito de abandono de servicio o de huelga abusiva a cargo de funcionarios públicos, condición que si bien no tienen los controladores por ser empleados de AENA, si que desde el punto de vista penal ostentan esa cualidad al tratarse su actividad de una función de carácter pública y esencial como reconoce la normativa que los regula y el convenio por el que se rige el colectivo y que obviamente no pierden aquellos que son representantes sindicales, a menos que en los días indicados desplegasen tal función con conocimiento de AENA; parte de la exigencia de un alzamiento colectivo, y éste fluye y se desprende tanto del contexto en que se produjo la situación de huelga



abusiva - por llamarla coloquialmente así puesto que la huelga requiere la cesación voluntaria del trabajo como instrumento de presión legítimo frente al empleador para negociar las condiciones laborales y en este caso los controladores no dejaron de trabajar, sino que supuestamente un grupo numeroso de ellos se puso enfermo o presentaron incapacidad psíquica temporal para desempeñar su función -, dado que tuvo lugar justamente el mismo día en que se aprueba el RD Ley 13/2010 de 3 de diciembre, por el que se establece el número de horas en cómputo anual que venía obligado a trabajar el colectivo (dejando sin efecto el Convenio vigente que establecía 1.200 horas y que si bien se hacían hasta las 1.800 esa diferencia se cubría a través de horas extraordinarias), además de que se establecía cómo debían de computarse esas horas, como por el contenido mismo de la conversaciones que miembros del colectivo mantuvieron esos días en el centro de control, de las que se desprende de modo meridianamente claro - y aquí nos remitimos a las conversaciones transcritas en nuestro auto antecedente de 6 de octubre de 2014 -que todos ellos estaban de acuerdo en colapsar el espacio aéreo como medida para presionar al gobierno de la nación por los cambios normativos realizados y en venganza a la privatización de AENA, ya que tales cambios obedecían a la necesidad de abaratar costes laborales de cara a acometer esa privatización y con el objeto de ostenta una posición de fuerza a la hora de negociar la elaboración del II Convenio colectivo profesional que se tenía que aprobar, si bien para no llegar hasta el punto de que esa situación de conflicto laboral desembocase en una acción sin paliativos, abierta y patentemente delictiva ante la opinión pública, parte de los miembros del colectivo tenían que acudir a sus puestos de trabajo a realizar su función, mientras que otros manifestarían no encontrarse en condiciones psicofísicas de controlar alegando bien razones de tipo psíquico (crisis de ansiedad) o físico (gastroenteritis) o ambas a la vez y, en algunos casos, otras sumadas (problemas de espalda e incluso dentales), eso sí, todas ellas alegadas justamente en ese contexto de conflicto laboral, reconocido por las propias defensas y que habría desaparecido misteriosamente una vez declarado el estado de alarma, situación esta - la del cese de las hostilidades laborales - también comentada por miembros del colectivo a través de las grabaciones obtenidas y culpando de ello a sus representantes sindicales, pues algunos de los controladores estaban dispuestos a llegar hasta el final e incluso a acabar en la cárcel, afirmando que esto no quedaría así y que volverían de nuevo a la guerra.

En fin, pese a la insuficiencia fáctica de la que adolece el auto recurrido, formamos convicción de que cada uno de los investigados ha podido combatir su concreta participación en el abandono colectivo que el auto recurrido señala a partir de los distintos comportamientos a los que alude y de facto hay recurrentes que así lo han verificado y no han demandado la nulidad del auto recurrido y sí, en cambio, su revocación al considerar que los indicios de criminalidad que contra ellos vierte el auto transformador son insuficientes para formular un juicio de acusación, cuestión esta sobre la que más adelante nos referiremos.

En suma, aún admitiendo la insuficiencia fáctica del auto recurrido y a pesar de no compartirla, no apreciamos que a resultas de ese déficit de motivación se haya derivado efectiva y material indefensión en los recurrentes, en la medida en que los distintos CTA investigados han podido cuestionar su distinta participación en los hechos y algunos de ellos así lo han hecho y otros incluso lo han verificado a partir de la exclusión de los que hubieran de ser incluidos en algunas de las categorías a las que el juez se refiere: los que realizaron su función, los que se incorporaron al trabajo después de la declaración de RATE 0, aunque solo admitieran controlar situaciones de emergencia, los que alegaron hallarse indispuestos y esa situación se hallaba justificada su discapacidad temporal con base a un informe médico con o sin baja y los representantes sindicales por no poder ser sujetos activos del delito.

Baste precisar ahora que, con respecto a los controladores que prestaron servicios y que no abandonaron su puesto de trabajo, aunque objetivamente no realizaron la conducta típica que requieren los delitos de los se les acusa, existe ciertamente la presunción de indicio de que ese era precisamente su papel - las conversaciones constituyen presunción de indicio de ello - y aunque cupieran dudas de si alguno no se había sumado al pacto, lo cierto es que no hay constancia de que bien directamente - aquellos que eran jefes de sala o supervisores - o los que funcionalmente estaban a sus órdenes, instasen las medidas necesarias para que una vez manifestada esa situación de epidemia casi generalizada de indisposiciones sus compañeros, en situación de capacidad disminuida, fueran sustituidos por las imaginarias o mediante el COS o de otro modo, evidenciando con ello que no había propósito de evitar o de impedir la perturbación del tráfico aéreo, sino que, por el contrario, éste presumiblemente era el objetivo buscado o aceptado, siquiera tácitamente por todo el colectivo programado y, con tal finalidad, todos los controladores la misma mañana del día 3 se reunieron en el Centro de Control y los que estaban de servicio fueron luego al hotel Palas, dándose la coincidencia que las situaciones de incapacidad se manifestaron en cascada a partir de las 16:30 horas de la tarde de ese día - coincidiendo con el inicio del turno en las Islas Canarias -.

Otro tanto sucede con aquellos controladores que se hallaban en funciones cuando el espacio aéreo estaba en RATE 0, pues en tal situación sigue habiendo declaraciones de incapacidad, bien por los controladores programados o por imaginarias o COS y los controladores que acuden a sus puestos solo aceptan controlar



aviones de emergencia alegando que no sabían controlar aviones en situación militarizada, de lo que se colige que persiste el propósito de que se mantenga la situación de caos aéreo y de falta de colaboración para que el tráfico se normalizase, de facto las conversaciones apuntan en ese sentido, cesando cuando se declara por el Gobierno el estado de alarma, en clara referencia a que el RATE 0 venía motivado por la falta de controladores o porque aquellos, una vez cerrados los sectores y atribuidas las funciones de control al Ministerio de Defensa, se negaron a colaborar y solo se mostraron dispuestos a asumir el control de la situaciones de emergencia, declaración que provoca la milagrosa sanación de los controladores indispuestos, al parecer por petición de sus representantes sindicales, que en las conversaciones apuntadas salen mal parados, ya que es a ellos a los que en el colectivo les culpa del cese del conflicto del colectivo, lo que sugiere que ese estado de discapacidad temporal pudo ser simulado o exagerado y utilizado a modo de huelga salvaje como mecanismo de conflicto colectivo de presión o de venganza hacia el gobierno por la aprobación del RD Ley citado y hacia la propia AENA, como entidad con la que se tenía que pactar el convenio colectivo que tenía que sustituir el anterior y a la que hacían responsable de lo sucedido dado que su privatización precisaba como paso previo la reducción de los costes laborales incrementando el valor de la entidad.

Desde esta misma perspectiva pronto se comprende la intrascendencia que en estos momentos, por tratarse de una interina imputación, pueda tener el resultado de los expedientes administrativos que, concluidos sin responsabilidad, han recaído contra aquellos controladores programados o que prestaron servicios en situación de RATE 0, a los que las partes recurrentes atribuyen un papel inocuo o intrascendente dado que consideran que entonces no era posible lesionar el bien jurídico, pero, antes al contrario, su comportamiento incide en que persistieron en la situación de abandono colectivo, bien por simular su indisposición o por negarse a controlar aviones comerciales a salvo de situaciones de emergencia y so pretexto de que el espacio aéreo había sido militarizado y que no sabían realizar sus funciones en tales situaciones, cuando en verdad ambas eran las mismas.

III. / Persistencia de indicios de delito después de la actividad instructora desplegada tras el dictado de nuestro auto de 6 de octubre de 2014 y apoyados incluso en el contenido del auto de sobreseimiento antecedente de fecha 27 de febrero de 2014.

Los recurrentes estiman que tras el dictado de nuestro auto ha quedado evidenciada la inexistencia de indicios de delito. Básicamente las defensas estiman que el informe emitido por el médico forense pone de manifiesto que las situaciones de indisposición o de enfermedad, con o sin baja, documentada y soportada en informes médicos se hallaban justificada. Esto viene abonado a su vez en informes periciales que analizan la situación de estrés grupal sufrido por el colectivo de los controladores derivado de la presión mediática y del conflicto laboral existente con AENA y el Gobierno de la nación a raíz de la privatización de la entidad y por la modificación que suponía el régimen en cuanto al cómputo de las horas de trabajo, que a juicio de estos informes desencadenó y provocó una situación de agotamiento y estrés grupal que afectó a todo el colectivo. Finalmente los recurrentes con base a otro informe inciden en que el cierre del espacio aéreo no fue una decisión operativa sino una decisión de AENA entendida como cierre patronal.

La Sala discrepa de la anterior conclusión y ello por cuanto:

1.- En relación a los informe forense ordenado por esta misma Sección a fin de determinar si efectivamente la situación epidémica detectada fue o no simulada y provocada por los controladores como mecanismo de presión laboral a modo de huelga salvaje y para provocar el cierre del espacio aéreo, si bien en el citado informe se explica que el forense que ha realizado este peritaje no se halle en condiciones de emitir una opinión retrospectiva sobre la situación individualizada de cada uno de los CTA explorados - a salvo de algún caso aislado en el que la incapacidad disminuida o enfermedad no la estima justificada documentalente -, remitiéndose a lo apreciado por los facultativos que han suscrito la documentación médica, con o sin baja, y desechando por su falta de interés médico si en la mayoría de los casos se siguió o no el protocolo de disminución de capacidad establecido en la normativa aplicable, estimando por ello justificada la situación de incapacidad transitoria o con baja laboral en cada uno de los casos, sí que en cambio el doctor forense opina que es más difícil de explicar o justificar la situación de indisposiciones colectivas por su número, reparando en que la mayoría de ellas - las de tipo psicológico - se basan en referencias de los CTA y otras, las referidas a problemas gástricos, pudiendo haberse obtenido no vienen acompañadas de pruebas objetivas - en referencias a los problemas de tipo vírico y estomacal o intestinal -, llamando especialmente la atención sobre la circunstancia de que si los problemas de tipo psíquico por situaciones de estrés fueron alegados en muchos casos como motivo para la indisposición temporal o momentánea, en la exploración no se hubiera explicado que esa situación de estrés viniera propiciada por el conflicto laboral existente y agudizado el día mismo de los hechos por la aprobación del RD Ley 13/2010, de 3 de diciembre. De ello se colige que el perito judicial si bien admite que individualmente la situación de incapacidad con o sin baja de los controladores explorados - o la mayor parte - se hallaba justificada por venir amparado en una documentación médica que



el doctor informante no está en condiciones de cuestionar por no haber intervenido en esa actuación, ni poder situarse retrospectivamente en la fecha de los hechos, sin embargo no estima justificada o al menos dudosa la existencia de una situación de incapacidades en cascada y producidas en una misma coincidencia temporal y en solo 24 horas, conclusión esta que entra en contradicción con el informe aportado por las defensas sobre la situación psicológica del colectivo profesional de los controladores aéreos en relación a los hechos acaecidos los días 3 y 4 de diciembre de 2010.

En suma, sigue cabiendo la posibilidad de que la indisposición de los controladores que estaban de servicio programo o que fueron llamados para completar dicho servicio como imaginarias o COS los días 3 y 4 de diciembre, respecto de aquellos que presentaban situación de estrés o de crisis de ansiedad o de tipo intestinal fuera simulada o exagera o que incluso pudiendo ser parcialmente real y verdadera se hubiera visto provocada y motivada por el mismo colectivo al concertarse para, alegando sufrir indisposición momentánea que les impedía realizar sus funciones de control aéreo por tener disminuidas sus facultades bien físicas o psíquicas, dar lugar a una falta de controladores que provocase un paulatino cierre de los sectores aéreos ante la imposibilidad, por su menor número, de cubrir la afluencia de aviones en atención a la demanda existente. Dado que se pretendía generar una situación de caos generalizado y concretamente en unas fecha señaladas con gran afluencia de aviones y de pasajeros, es lógico pensar, o no es en absoluto descartable, que consciente el colectivo del trastorno y de las consecuencias que iban a comportar la insuficiencia de controladores en sus puestos, aunque esto fuera momentáneo, por el malestar y quejas en la opinión pública que ello iba a producir que generase en ellos una situación de estrés añadido, hasta el punto de que algunos controladores incluso reconocieron en las conversaciones grabadas que sabían que podían incurrir en responsabilidades penales y que estaban dispuestos si fuera preciso a acabar en la cárcel.

Aparece plenamente factible, por tanto, que las medidas de presión laboral adoptadas generase en el colectivo de los controladores una presión psicológica grupal, pero de lo que no parece haber duda es que fue provocada por ellos mismos y que si bien algunos controladores pudieron no haberse sumado expresamente al plan de abandono colectivo sí que cabe que su aportación al mismo fuera táctica o por adhesión posterior.

Sucedo, además, que como reconocen los apelantes el informe forense resulta poco claro y en verdad lo es, porque se llega al caso de que en determinados supuestos el perito judicial considera justificada la situación de capacidad disminuida a pesar de reconocer que en tal estado algunos de los controladores luego prestaron sus servicios o que por haberse auto-medicado su estado era compatible con la disminución de capacidad alegada.

Las recomendaciones terapéuticas indicadas en muchos casos consistentes en relajación y maniobras de respiración sin necesidad de otro tratamiento, cuestionan la bondad de los informes médicos en base a los cuales el forense estima justificada la disminución de capacidad para realizar funciones de control aéreo.

En suma, no solo sigue resultando difícil de explicar el insólito proceso patológico que se desencadenó entre el colectivo de CTA que, en pocas horas, llevó supuestamente a la incapacidad para el trabajo de la inmensa mayoría - en Palma de los 23 programados para trabajar la tarde del día 3 entre la Torre y el Centro de Control del aeropuerto, 18 de ellos alegaron estar indispuestos y en Ibiza y Menorca de los 6 programados solo dos estuvieron operativos, esto es, de un total de 30 controladores, 23 presentaron situación de incapacidad -, así cómo es que tras esa extraña e insólita patología colectiva no objetivada desapareciera por completo, recuperándose la totalidad de controladores su funcionalidad laboral con la publicación del RD 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaraba el estado de alarma. El fenómeno, reproduciendo lo dicho en el auto de 6 de octubre de 2014, afectó 24 horas remitiendo por completo sin dejar vestigio o secuela en ninguno de los afectados.

Por parte de las defensas de la mayor parte de los CTA investigados se aduce como argumento para sostener que no se cometió delito alguno el que los aeropuertos seguían siendo operativos pese a la reducción del número de controladores, afirmando que no fue la falta de operatividad lo que motivó el cierre del espacio aéreo sino que se trató de una decisión de AENA por otras razones, pero no por motivos operativos.

Para empezar ni el delito de sedición ni el de abandono del servicio exigen como presupuesto del tipo que se produzca el cierre del espacio aéreo, basta que se cause una perturbación del servicio público, perturbación que ha de ser, eso sí, importante con grave perjuicio de éste para diferenciar el ilícito penal del ilícito administrativo (artículo 4 de la Ley 9/2010 de 14 de abril), si bien el delito de sedición establece un tipo agravado cuando el hecho se cometa con intención de interrumpir la navegación (art. 21.1 de la Ley penal y procesal de navegación aérea).

No se cuestiona que la disminución del número de controladores por encontrarse indispuestos provocó un paulatino cierre de los espacios aéreos y que ello ocasionó cancelaciones de vuelos y demoras. Por tanto, a priori, resulta factible que el abandono colectivo de estas funciones por un gran número de controladores



alegando supuesta indisposición momentánea que, por la dimensión extraordinaria que tuvo y por haberse basado en sintomatología no objetivable en el contexto de conflicto laboral en que tuvo lugar pudo haber sido simulada o exagerada, pudo haber llegado a producir una grave o importante perturbación del servicio público con consecuencias de importantes restricciones del tráfico aéreo - esto mismo ya lo reconoce el auto de sobreseimiento que los recurrentes aplauden - y aún cuando por parte de las defensas se afirma la pena operatividad del aeropuerto de Palma, ha de precisarse que dicha operatividad estaba relacionada con la afluencia de aviones por hora y esa afluencia y demanda de vuelos había remitido por las cancelaciones previas que habían dispuesto las Compañías aérea al conocer, a través de EUROCONTROL en Bruselas, el cierre paulatino de sectores aéreos por falta de controladores, ya que al producirse retrasos derivados de la insuficiencia de controladores para atender toda la demanda y afluencia de aviones las compañías aéreas que tenían vuelos programados no disponían de dotaciones para atender esos vuelos fuera de determinados horarios. En esta situación si la demanda y afluencia de aviones se vio reducida por el anuncio del cierre de sectores aéreos por falta de controladores suficientes al haberse declarado en situación de capacidad disminuida para realizar su función, es perfectamente posible que dicha demanda pudiera ser atendida y que en verdad se pudiera operar, pero con ciertos retrasos, aunque ya para entonces la afluencia de aviones había disminuido notablemente y el perjuicio en el servicio ya se había causado.

Es en el contexto expresado, que se extrae del examen de las actuaciones, en el que ha de ser examinado el informe pericial de operatividad aportado por las defensas que, por lo expuesto, no resulta en modo alguno concluyente para determinar si la declaración de RATE 0 se produjo por motivos operativos. Lo que sí aparece constatado es que el número de sectores aéreos se vio reducido de 5 a 1 porque un número elevado de controladores manifestó encontrarse con sus facultades disminuidas para realizar su función y que esto provocó cancelaciones de vuelos y retrasos importantes. Qué sentido tiene entonces que los recurrentes sostengan que su actuación se enmarca en un derecho de huelga, eso sí posiblemente abusivo, pero no delictivo, si con ello no se pretendía originar un trastorno del tráfico aéreo durante un puente del día de la Constitución?.

Ese presupuesto fáctico es suficiente para estimar indiciariamente acreditado que la situación de discapacidad presuntamente simulada de un número importante de controladores que supuso su incapacidad temporal para realizar su función ocasionó una perturbación del servicio público de control del tráfico aéreo. Si la perturbación fue o no la que determinó el cierre del espacio aéreo y la declaración de RATE 0 habrá de ser examinado en el acto del plenario. En este momento basta saber que existió menoscabo del flujo aéreo y que este pudo ser importante.

El mismo auto sobreseiente de fecha 27 de febrero de 2014, que los recurrente invocan como precedente para justificar el archivo de las actuaciones, se expresaba afirmando la existencia de un concierto previo de todos o de la mayor parte de los controladores para, en actitud de protesta, abandonar el servicio, a sabiendas de que lo iban a perturbar de modo grave y esta perturbación se presume no solo por la evidencia de los hechos, sino por la magnitud de las indisposiciones y especialmente del contenido de las conversaciones mantenidas durante el desarrollo de la situación.

Desde el mismo instante en que las defensas justifican la cascada de abandonos y disposiciones en una situación de conflicto laboral, tal vez abusivo e ilícito pero no delictivo por no concurrir una intencionalidad de subvertir la seguridad del Estado, están admitiendo y reconociendo que pudo haberse producido una grave e importante perturbación del servicio de regulación y control del tráfico aéreo y de esa misma magnitud y entidad de la afectación del servicio público habla la apertura de expedientes administrativos a todos los controladores involucrado en el conflicto y que alegaron indisposición para el servicio por motivos físicos y psíquicos.

Con todo, el verdadero alcance del conflicto y si afectó o no de modo grave e importante al servicio será una cuestión que habrá de dirimirse en el plenario, por ahora basta y es suficiente con que existiera la posibilidad de que tal perturbación existiera.

Subsisten, pues, los indicios de criminalidad que ya apuntamos en el auto precedente de esta Sala de fecha 6 de octubre de 2014 (ponente Ilmo. Sr. Juan Jiménez Vidal) y que de algún modo ya se recogían y se asumían - de modo implícito - en el auto sobreseiente que se revocó, pues en él ya se afirmaba por la instructora la existencia de un concierto de los controladores, sino de todos, de su mayor parte, para colocarse en situación de indisposición, y si bien en el auto se dice que se trató de un abandono impropio, en verdad que el sobreseimiento no se produce, de modo fundamental y decisivo, apoyado en razones fácticas sino de orden típico - dado que la juzgadora entendió que la responsabilidad de los controladores sería de tipo laboral o administrativo y porque su indisposición estaba justificada en informes médicos - que no obstante bien podrían reputarse mendaces a la luz de un examen grupal - porque aunque se afirma que el abandono estuvo aparentemente justificado al mismo tiempo se expresan argumentos que ponen en duda la credibilidad de los



informes médicos que dan respaldo a la disminución de capacidad, pues en el contexto de conflicto colectivo de tipo social y a tenor de la magnitud de las indisposiciones al ser estas en su mayor parte de tipo psicológica y otras hacen referencia a problemas intestinales no objetivados, no cabe descartar la tesis del fingimiento o de la simulación colectiva del servicio de control aéreo y que pudiera revestir trascendencia penal, bien como delito especial previsto en la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea o en el CP.

IV. / Existencia de indicios de criminalidad respecto de los controladores que expresamente han cuestionado la presencia de un fundamento de acusación en su contra e innecesariedad de que se revoque el auto transformador por no haberse agotado la fase de investigación.

Por lo que a los indicios de criminalidad que gravitan contra los recurrentes que han cuestionado el fundamento de acusación cabe indicar:

a) En cuanto Edmundo : estaba de turno de tarde el día 3. Acudió a la reunión en el Centro de Control que tuvo lugar la mañana de ese día, aunque llegó tarde y se trató de la negociación del convenio. En el turno de tarde comunicó su indisposición rellenando el formulario al efecto en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de Seguridad Aérea . Alegó tener tos con ansiedad y temblor de extremidades. Se le pautó tratamiento farmacológico consistente en diazepam 5 mg y ya no se incorporó al trabajo. Las circunstancias expuestas, atendido el contexto de conflicto laboral existente, al carácter no objetivable de la indisposición y al momento en que esta se produce, tras haber asistido a la reunión en el Centro de Control y una vez ya se conoce la aprobación del RD Ley..., constituyen presunción de indicio suficiente de que su indisposición pudo ser simulada o fingida, de modo que pudo haber participado en la situación de abandono colectivo que describe el auto recurrido.

El fundamento de acusación en su caso se halla justificado.

b) Fernando : estaba de turno de tarde en la Torre de Control de Palma. Solicitó asistencia médica por el médico de empresa refiriendo disminución de capacidad para realizar su trabajo por ansiedad y estado de gran nerviosismo. Alegó por escrito estar enfermo y no encontrarse en condiciones de trabajar, ya que, en aplicación del artículo 34 de la Ley de Seguridad Aérea , deben de abstenerse los controladores en caso de disminución de capacidad física y psíquica. El médico le pautó observación sin tratamiento ni baja.

Resulta indiferente, al igual que en el caso de Edmundo , si siguió o no el protocolo establecido - por cierto vino impuesto por el RD Ley 13/2010, de 3 de diciembre, en cuya disposición adicional segunda se da una nueva redacción al apartado 4 del artículo 34 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea -, sino si su situación de indisposición estaba o no justificada o se simuló y pudo ser fingida, y cabe la posibilidad de que lo fuera atendido el tipo de indisposición que alegó, al momento en que tuvo lugar y al tratamiento prescrito.

En su caso está justificado el fundamento de acusación. Concorre una presunción de indicio de que se sumó al abandono colectivo o pudo haberlo hecho.

c) Josefina . Era representante sindical de USCA. Acudió a la asamblea informativa que tuvo lugar en el Centro de Control a pesar de que no tenía turno asignado y también fue al Hotel Palas la tarde del día 3. Se presentó también en el Centro de Control el día 4 por la mañana, aunque no le tocaba controlar, para informarse de cómo sería el trabajo una vez militarizado el servicio. Se negó a declarar en relación al contenido de la convocatoria y de sí el objeto de la misma era adoptar medidas de presión frente a AENA.

Su condición de representante sindical de USCA, sin que hubiera participado en las reuniones y convocatorias oficialmente con el carácter de tal, poniéndolo en conocimiento de la empresa, hace plausible que hubiera tomado parte a la hora de dirigir, organizar o promover el abandono colectivo de sus compañeros.

Subsiste frente a ella fundamento para que sea sometida a juicio.

d) Ofelia . La tarde del día 3 tenía turno programado en el Centro de Control. Se declaró indispuesta alegando tener ansiedad, nerviosismo e incapacidad de concentración cuando no estaba operativa por no disponer de la habilitación para actuar en el sector de aproximación y rellenó el formulario por disminución de capacidad psíquica para desarrollar sus funciones. Aunque estaba en funciones de control de ruta y podía luego reincorporarse al trabajo, pero ya no lo hizo porque el médico le administró un Valium. Al día siguiente se reincorporó a su puesto de trabajo. En su caso, al igual que sus compañeros, la sintomatología psíquica que presentaba la recurrente, en el contexto de abandono colectivo y de conflicto laboral suscitado, teniendo en cuenta que al siguiente día se incorporó al trabajo y realizó sus funciones, perfectamente pudo ser simulado o inventado. Dijo no haber asistido a las reuniones previas de otros controladores, pero sí su marido y su hermana. El juicio de acusación en su caso aparece igualmente factible y verosímil. Aún que fuera dudoso precisaría de un análisis propio del plenario.



e) Cecilia . Esta controladora tenía trabajo programado para la noche del día 3 y no se presentó. Tras acudir a la reunión del Centro de Control la mañana del día 3 se presentó en urgencias del PAC de Esporlas a las 22:30 horas alegando dolor abdominal y estado depresivo. La tarde del día 3 tenía cita médica para pruebas diagnósticas de H y no acudió. El médico le extendió baja hasta el 13 de diciembre.

Cierto que en el caso de esta controladora se le extendió una baja prolongada y al parecer presentaba una valvulopatía en estudio. Pero las circunstancias en que tuvo lugar su indisposición, la no presentación a su puesto de trabajo y la hora en que tuvo lugar la asistencia médica, coincidiendo con su turno y la sintomatología preferentemente subjetiva que refirió de tristeza desde la tarde de ayer y de dolor abdominal, sin diarrea ni vómitos y labilidad emocional no permite descartar que dicha sintomatología hubiera sido simulada, inventada o exagerada. Estamos es verdad ante una imputación tal vez dudosa y que en su momento pudiera determinar una conclusión absoluta, pero insuficiente para en este momento adoptar una decisión sobreseyente. Para despejar la duda en cuanto a si su incapacidad estaba o no justificada o podía ser inventada o fingida habrá que estar al resultado del plenario. En este momento los indicios justifican el juicio de acusación que contiene el auto recurrido.

f) Cipriano : trabajo la mañana del día 3 y la mañana del día 4 acudió a realizar sus funciones, pero solo asumió controlar aviones de emergencia (Declaración del Director Regional de AENA). Acudió a la reunión del Palas pero al parecer no llegó a entrar al quedarse con un amigo. Las conversaciones grabadas entre controladores de la torre y el Centro de Control y la continuidad de las indisposiciones sugieren que la situación de abandono colectivo persistió en situación de RATE 0. Esa circunstancia hace verosímil que el recurrente se negase a colaborar. Las dudas sobre su imputación en cuanto a si se sumó o no al concierto deben ser relegadas al acto del plenario. El juicio de acusación aparece justificado, o, aún siendo dudoso no avala en este momento un pronunciamiento de archivo.

g) Esmeralda . En la torre de Ibiza se activó un servicio de noche, denominado SGL (servicio de guardia localizada) que estaba asignado a la recurrente, la cual manifestó no encontrarse en condiciones psíquicas por padecer síndrome ansioso depresivo, presentando al día siguiente documentación médica relativa a una baja de enfermedad común por depresión. Estuvo de baja hasta el 4 de enero. En su caso estamos ante otra imputación dudosa en la medida en que se le concedió una baja de larga duración, pero las circunstancias temporales en que tuvo lugar la presentación de esa baja y el tipo de sintomatología psíquica admite, como en el caso de sus otros compañeros, mantener el juicio de acusación al no aparecer el mismo patente y manifiestamente erróneo, equivocado o contrario a las reglas de la lógica y de la experiencia.

h) Leandro . En su caso ocurre lo mismo que en el de Esmeralda tenía turno asignado la tarde del día 3 en la torre del aeropuerto de Palma. Tenía que volar desde Madrid para llegar al turno de tarde y no pudo viajar. Dice que por razones de disponibilidad le cambiaron el vuelo a las 17:30 horas, pero lo cierto es que reconoce que tenía tarjeta de embarque para un vuelo de la mañana. Con todo, los problemas de tráfico se produjeron a partir de las 16:30 horas. Al siguiente día acude al médico y junto a problemas de tipo cervical alega mareos de varios días de evolución y se le extiende parte de baja hasta el 30 de diciembre.

De nuevo el tipo de patología referida y el momento espacio temporal en que se produce su indisposición siendo que el día antes debía de estar realizando funciones de control en la torre del aeropuerto justifica un fundamento de acusación aún con dudas, las cuales habrán de ser despejadas en el acto del juicio oral.

i) Jose María : estaba de supervisor en el turno de la tarde del día 3 en el Centro de Control del aeropuerto de Palma. Esa mañana estuvo en la reunión del Centro de Control. Realizó su función, pero no consta que como supervisor requiera al jefe de Sala para que adoptase medidas ante la indisposición de sus compañeros.

Aparece factible que su papel en el abandono colectivo fuera del mantenerse en su puesto de trabajo dando apariencia de una cierta normalidad.

V. / Calificación jurídica y eventual subsunción de los hechos contenidos en el autotransformador.

En primer lugar, plantea la defensa que tratándose la Ley penal y procesal de navegación aérea, de una ley preconstitucional y además antidemocrática no se debería de aplicar por la derogación tácita que supondría la aplicación de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución .

Evidentemente la Ley de 1964 es una norma preconstitucional, como lo era el CP de 1973, pero no por ello significa que sea contraria a la constitución por inconstitucionalidad sobrevenida (STC 4/81). En ese caso todas las normas anteriores a la CE lo serían y el CP de 1973 estuvo vigente hasta la promulgación del CP actual de 1995.

El legislador ya se pronunció acerca de los aspectos de esta norma que consideraba inconstitucionales, como la previsión de la pena de muerte o de una jurisdicción especial, eliminándolos mediante LO 1/986, de 8



de enero, por la que se suprime la jurisdicción Penal Aeronáutica y se adecuan las penas por infracciones aeronáutica (BOE 12, de 14 de enero). Y la entrada en vigor del CP de 1995 implícitamente declaró la vigencia de dicha Ley al disponer la derogación de parte de ella.

La STS del TS 1087/2000 (número 183/2000, de 15 de febrero), revisando una resolución de esta misma Sección, expresa un resumen del origen de la Ley de 1964, para concluir afirmando su plena vigencia. Y al respecto dice que: "la mencionada Ley Especial es consecuencia de las Bases para publicar un Código de la Navegación Aérea aprobadas por la Ley de 27/12/47, desarrolladas en una primera fase por la Ley de 21/7/60, habiendo quedado sin regular los aspectos penal y procesal de la primera (Bases 21, 22 y 23) que constituyen el objeto de la Ley de 1964, que también tiene como finalidad sustraer al rigorismo de la legislación militar las actividades de la navegación aérea, con tipos delictivos y penalidades distintas acomodadas a sus especiales características. Posteriormente, la Ley de 26/2/72 modifica su artículo 85; el R.D.L de 21/12/78 , artículo 2º, incide en la misma modificando la pena máxima a imponer, sustituyendo la pena de muerte conforme al mandato del artículo 15 C .E.; la Ley Orgánica 1/1986, de 8/1, suprime la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecúa las penas por infracciones aeronáuticas, derogando el Libro II, la Disposición Transitoria y las Disposiciones finales de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24/12/64, el artículo 2º del R.D.L. de 21/12/78 y la Disposición final cuarta de la Ley de 21/7/60 ; por fin, la Ley Orgánica 10/95, de 23/11, del C.P., en su Disposición derogatoria única, apartado f, deroga expresamente los artículos 29 y 49 de la Ley de 24/12/64 y la Disposición Transitoria Undécima incide también en dicha Ley Especial " .

Por consiguiente, si el CP de 1995 mantiene la vigencia de la Ley Penal y Procesal de 1964, salvo determinados preceptos, es que la misma se halla en vigor y es perfectamente aplicable. Distinto es que haya de ser interpretada conforme a la Constitución (STC 4/81).

Sigue diciendo el TS que "el preámbulo de la L.O. 1/86 , ratifica la especialidad de la legislación aeronáutica, admitiendo que la "complejidad tecnológica que informa este campo, unida a las derivaciones que la misma origina, aconseja acometer el esfuerzo de actualización de una forma progresiva, que permita, en un plazo no excesivamente largo, adaptar la normativa vigente a las circunstancias que rigen en la actualidad". Todo ello determina su plena vigencia, que no autoriza al intérprete o aplicador del derecho hacer una interpretación restrictiva por razón del momento de su promulgación, de la misma forma que carece de consistencia añadir al tipo especial (art. 51.2 - en este caso referido al delito de injurias) otros elementos no previstos por el legislador (circunstancias de peligro para la navegación o necesidad del mantenimiento de la disciplina a bordo), lo que vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica (art. 25.1 C.E . y 1.1 C.P . en relación con el 9 del mismo Texto).

En definitiva, que la Ley 209/1964 sea preconstitucional no significa que sea contraria a la CE, como tampoco lo fue el CP de 1973 y como hemos dicho el TS ha afirmado su plena vigencia (en idéntico sentido y con apoyo en este precedente se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia número 21 de 29 de marzo de 2010) rechazando una interpretación restrictiva por el momento de su promulgación, como lo hizo también el CP de 1995.

Las defensas pretenden, también, que apreciemos la inconstitucionalidad de la criminalización de determinados supuestos de huelgas ilegales o abusivas con el argumento de que el reconocimiento por la CE del derecho de huelga, solo permite en tales casos sanciones disciplinarias y no penales y de admitir estas últimas se requeriría un elemento tendencia de carácter subversivo dirigido a subvertir la seguridad del Estado, acudiendo a lo dicho por el TC en su sentencia 11/81 ." El tipo delictivo dibujado - en referencia al artículo 222 del CP de 1973 , modificado por el RD 17/77, de 4 de marzo en virtud de lo establecido en su disposición adicional cuarta - no puede considerarse como inconstitucional si se tiene en cuenta que lo que penaliza es un ataque contra la seguridad del Estado, esto es, tiene por finalidad la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y las libertades ciudadanas. Los delitos contra el Estado, al que atacan en cuanto entidad soberana y como estructura de la vida jurídico-política de la sociedad, son, incuestionablemente, delitos cuya producción requiere un dolo específico, que es la voluntad de subvertir la seguridad del Estado, o, como también se ha dicho, delitos de tendencia, según ha puesto de manifiesto una constante y reiterada doctrina de los Tribunales. En estos términos, la constitucionalidad del tipo delictivo (en referencia al 222 y no al vigente 409 del CP o la normativa prevista en la Ley especial de navegación) no puede ser cuestionada".

Al respecto cabe decir:

1ª El derecho fundamental a la huelga no es un derecho ilimitado. En este sentido es particularmente esclarecedora la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 11/1981, de 8 de abril , que resuelve determinadas cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, que, entre otras materias, regula el derecho de huelga. En la STC se lee: "Tampoco puede aceptarse la tesis



de que los derechos reconocidos o consagrados por la CE sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia CE o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental". Y la STC añade más adelante: "La CE establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la CE sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos. La afirmación de que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones no excluye por sí sola que el legislador, al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades de cesación del trabajo pueden resultar abusivas. E igualmente puede estimar que, en determinados casos, esas situaciones de abuso puedan ser constitutivas de sanción penal.

En este mismo sentido la STC 11/81 , afirma:" No es posible calificar jurídicamente el artículo 28 de la CE como más liberal o más avanzado o generoso. La Constitución lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías. Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante histórico en cada momento de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y el límite genérico del artículo 53 de la CE ".

Al respecto de los límites del derecho de huelga el TC nos enseña (STC 185/2003) que una conducta no puede ser integrante de ilícito penal cuando consista precisamente en el ejercicio de un derecho fundamental. En cambio sí puede integrar el delito, cuando no quede amparada por el derecho o infrinja sus límites y desborde su contenido esencial.

Cierto es que en la STC 11/81 el TC, al respecto del derecho de huelga de los funcionarios públicos, al examinar su eventual tipificación como delito en la redacción que incorpora el RD Ley 17/77, señala que una interpretación constitucional exigiría un elemento tendencial específico cual es el de subvertir la seguridad del Estado, pero en la actualidad el parámetro a tener en cuenta no es el artículo 222 del CP de 1973 , sino el artículo 409 del CP , en el que sanciona como delito el abandono colectivo de funciones a cargo de funcionarios o de un servicio público esencial, sin que dicho precepto se halla considerado inconstitucional. En él se exige que estemos en presencia de un abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y que cause un grave perjuicio a éste o a la colectividad.

De acuerdo con esta redacción y no con la derogada, para que el abandono colectivo previsto en la normativa especial pueda constituir delito de sedición, sancionando situaciones de huelgas ilegales o abusivas, como la que ahora sometemos a examen, se hace preciso que además de que concurra la acción típica consistente en que los empleados de los aeropuertos abandonen colectivamente sus funciones en el aeropuerto y que lo hagan en actitud de protesta, desobediencia coactiva o en represalia contra el Jefe respectivo, que con tal acción de abandono se produzca una grave perturbación de un servicio público o de la comunidad, pues el bien jurídico protegido no es ahora, a diferencia del CP de 1973 la seguridad del Estado, sino el funcionamiento de la administración y de los servicios públicos, y aunque efectivamente AENA no constituye administración, ello no obstante el servicio de control aéreo es un servicio público esencial tanto en términos nacionales como internacionales. Y el Estado español está obligado, no sólo a garantizar la libertad de circulación de sus ciudadanos sino también a cumplir sus compromisos de asegurar un tránsito ordenado por nuestro espacio aéreo para las aeronaves de países Terceros. De su adecuado funcionamiento depende el ejercicio de derechos reconocidos como fundamentales en nuestro sistema constitucional. No es necesario, igualmente, subrayar su importancia estratégica para nuestro sistema económico. Esta naturaleza esencial y la afectación a derechos fundamentales aparece contemplada y sancionada tanto en el I como en el II Convenio colectivo profesional suscrito entre los controladores y AENA - el primero es de marzo de 1999 y el segundo de marzo de 2011 -.

En resumen: La STC 11/81 , debe interpretarse en clave de que los funcionarios públicos tienen reconocido un derecho de huelga, pues no está prohibido expresamente y en tal caso la participación en una huelga no es constitutiva de delito. Aunque sí cabe que lo sea cuando se trate de un supuesto de abandono abusivo colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público considerado esencial y siempre que de ello se derive grave menoscabo para el mismo o para la colectividad. El tipo penal no requiere la intención de subvertir la seguridad del Estado. Esa fue una exigencia del legislador en el CP de 1973, pero el actual ha modificado ese presupuesto y rebajado el nivel de lesión al bien jurídico .

2ª La propia CE, tras enunciar el derecho fundamental a la huelga, exige el establecimiento por la legislación ordinaria de límites a su ejercicio al disponer el inciso final del apartado 2 de su art. 28 que "la Ley que regule el



ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

3ª El ordenamiento jurídico no ampara el abuso del derecho subjetivo (artículo 7.2 del Código civil) y tampoco el del derecho objetivo o fraude de ley (artículo 6.4 del mismo Código). En el caso de los controladores, nos encontramos ante una huelga en aparente fraude de ley, porque se persiguen los resultados de una huelga sin dejar de acudir al trabajo - con lo que no se trata de una huelga -, sin convocarla (pretextando otras causas para el abandono colectivo de las funciones) y sin respetar los servicios mínimos para el mantenimiento de un servicio esencial (provocando el cierre del espacio aéreo).

4ª Aunque la condición de postconstitucional de un precepto no excluye necesariamente su inconstitucionalidad, hay que traer a colación el art. 409 CP , aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que castiga: con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años a "las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público"; y sólo con la pena de multa de ocho a doce meses a "las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaran parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de este o de la comunidad". Estamos así ante un precepto posterior a la CE que criminaliza casos de huelga ilegal.

En orden a la subsunción y aunque no es al juez instructor al que le corresponde la labor de calificación, desde un examen meramente epidérmico y a los solos efectos de evaluar el reproche y la entidad penal y tipicidad de los hechos investigados, no se puede descartar que los hechos puedan ser calificados como un delito de sedición previsto en la normativa especial, pues se pudo haber cometido la acción típica al concurrir un abandono colectivo por parte de los controladores programados, en tanto empleados de los aeropuertos, que dejaron de prestar sus servicios de control aéreo simulando o aparentando estar enfermos y padecer una situación de discapacidad inventada, ocasionando con ello una probable perturbación del servicio y de entidad grave o importante, y que tuvo por causa su actitud de protesta laboral o de represalia contra el Gobierno y AENA. Ciertamente que el tipo penal establece como sujeto pasivo al Comandante o al Jefe respectivo y aunque este requisito podría no darse, lo cierto es que existe una relación de dependencia laboral y funcional del colectivo respecto de la entidad AENA y del Gobierno, en tanto en cuanto a la entidad pública le corresponde la gestión del control aéreo y al Gobierno a través del Ministerio de Fomento su supervisión y control.

El delito podría haberse visto agravado dado que la perturbación del servicio se pudo haber cometido con la intención de interrumpir la navegación ex artículo 21.1 de la LPPNA.

De igual modo y para el caso de que se discutiera la posibilidad de que el Gobierno o AENA o de aquél a través de esta entidad pudieran ser sujetos pasivos de este delito, siempre cabría la eventualidad de calificar los hechos por la vía del delito de huelga ilegal de funcionarios o que afecte a un servicio público, previsto y penado en el artículo 409 del CP , en la medida en que presuntamente se produjo un abandono colectivo de un servicio público cual es el de control aéreo, que dicho abandono fue manifiestamente ilegal al no haberse utilizado la vía de huelga o cesación en el trabajo, sino una simulada indisposición para el ejercicio de sus funciones de gran parte del colectivo de controladores y a consecuencia de lo cual se pudo producir un grave perjuicio o quebranto para el servicio de tráfico aéreo o de la comunidad representada por el gran número de pasajeros afectados por las cancelaciones y retrasos de vuelos, así como empresas hoteleras y de Compañías aéreas que se vieron obligadas a cancelar vuelos por falta de tripulaciones.

3.4 La conclusión de la instrucción.

Queda por dar respuesta a la solicitud subsidiaria que postula la defensa de la Procuradora Sra. Dirigida a que se practiquen una serie de probanzas: extensión del dictamen forense al resto de controladores que faltan por explorar y ratificación de los informes de parte relativos al estado psíquico del colectivo y acerca del grado de operatividad de los aeropuertos. Estas probanzas no hay duda que son pertinentes, pero no revisten carácter esencial, esto es, determinante para evitar la virtualidad de la versión judicial que contiene el auto apelado respecto a la posibilidad de que los controladores hubieran incurrido en una huelga salvaje e ilegal sancionable como delito de sedición o de abandono de colectivo de un servicio público.

Las consideraciones expuestas nos han de conducir a la desestimación de los recursos estudiados y a la confirmación del auto recurrido.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA:



Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores Sr. Socias Roselló, Sr. Cerdá Frías, Sra. Van Noolen, Sr. Colom Ferra y Sra. Muñoz Vivancos, en la representación que ostentan de los controladores investigados, contra el auto de fecha 25 de octubre de 2016, dictado por el juzgado de instrucción número 1 de Palma y recaído en la causa DPA 4092/10, y ratificado por otro posterior de 1 de diciembre, se CONFIRMA dicha resolución.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas haciéndoles saber que es FIRME y con certificación de la misma, que se unirá al Rollo de Sala, devuélvanse las actuaciones al juzgado instructor de procedencia, rogando acuse de recibo.

Así, por éste nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ