



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2765

Madrid, martes 1 de diciembre de 2009

## **TS PENAL** 2009/158073

TS Sala 2ª, Sentencia 1 julio 2009. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

### Absolución del delito contra el medio ambiente al no constar acreditado la causación de grave perjuicio

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito contra el medio ambiente. Afirma la Sala que el "factum" establece que "no consta acreditado la causación de un grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales", lo que supone la no concurrencia de uno de los elementos determinantes que configuran el tipo penal imputado. El TS añade que en el art. 325 CP 95 se requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación lo interpone el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que absolvió a los acusados del delito contra el medio ambiente tipificado en el art. 325.1 C.P. que les venía siendo imputado.

El único motivo del recurso se formula por error de derecho del art. 849.1º L.E.Cr. por indebida inaplicación del mencionado precepto penal, alegando la parte recurrente que, contra lo que sostiene el Tribunal sentenciador, el comportamiento de los acusados crearon el resultado típico consistente en la posibilidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

El motivo debe ser desestimado.

En infinidad de ocasiones ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo, y muchísimas veces a impulsos del Ministerio Público cuando impugnaba censuras casacionales

como la presente, que la prosperabilidad de un motivo de casación articulado por la vía de infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. exige de manera inexcusable el más absoluto respeto a los Hechos declarados probados, que deben ser acatados en toda su integridad, ámbito y significación.

El objeto del recurso, en este caso, se reduce exclusivamente a comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, se aplicaron correctamente a los mismos los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, o se dejaron de aplicar los que correspondían.

En el supuesto enjuiciado, tras un extenso y meticuloso relato histórico en el que el Tribunal a quo narra las vicisitudes del vertedero municipal de residuos urbanos sólidos gestionado por los acusados, el "factum" establece que "no consta acreditado la causación de un grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales", lo que supone la no concurrencia de uno de los elementos de-

terminantes que configuran el tipo penal imputado.

Este dato fáctico es el resultado de las pruebas practicadas en el juicio oral y de la valoración de las mismas efectuada por el Tribunal de instancia en la motivación fáctica de la sentencia, que fundamenta la conclusión alcanzada por los Magistrados que, además de ponderar los dictámenes por escrito de los diferentes peritos en las materias sometidas al debate procesal, vieron y escucharon las amplias manifestaciones de éstos en el juicio, explicando, ampliando y matizando extensamente sus opiniones de expertos.

La argumentación del Tribunal explicando la valoración de estas y otras pruebas no merece la tacha de irracionalidad o arbitrariedad que le achaca el recurrente, pues, sin excluir el peligro de las filtraciones del vertedero para el medio ambiente, carece de base para entender acreditado que ese riesgo tenga la relevancia -gravedad potencial de los efectos- que reclama el art. 325 del C.P. aplicable.

De una parte, atiende a que las conclusiones del informe pericial judicial se hallan asentadas sobre un conjunto de presupuestos, luego procesalmente inasumidos o inasumibles (resultados químicos de muestreos, cuya invalidez ya ha declarado la Sala), lo que ya en principio resta una sustancial y notoria eficacia al parecer experto; sobre ello, -añade- habría de abundar que el perito judicial correlaciona potencialmente el vertedero de autos como foco contaminante de las aguas de otros pozos del entorno (aun cuando no afirme la relación directa), en razón a considerar que los acuíferos de los que se nutren (no más superficial que el otro) se hallan conectados entre sí, y que incluso el vertedero se halla asentado sobre ambos, lo que no es posible concordar a la luz de los informes de los propios peritos del IGME, radicalmente opuestos a tal tesis en razón a la información y cartografía geológica de que disponen en el Ministerio, no coincidente con la usada por el geólogo Sr. Indalecio que auxilió al perito judicial, mas aún cuando los niveles piezométricos del acuífero más superficial son más altos que el acuífero inferior, entre 25 y 55 metros sobre el nivel del mar.

## SUMARIO

### TS

#### PENAL

Absolución del delito contra el medio ambiente al no constar acreditado la causación de grave perjuicio **1**

Inaplicación de atenuante analógica de drogadicción al no haber sido propuesta **4**

#### ADMINISTRATIVO

Ámbito territorial de actuación del procurador después de la creación de un partido judicial **9**

Nulidad del Decreto valenciano 60/2003 por infracción de la legislación básica estatal **10**

#### SOCIAL

Encuadramiento en el RGSS del jefe de operaciones de estiba y desestiba de mercancía **12**

Alcance del descuento de las prestaciones de SS y cantidad derivada de póliza suscrita por la empresa **13**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

INTERNET  
http://www.elderecho.com  
e-mail: clientes@elderecho.com

De otra parte, expone el Tribunal que la prueba tan solo ha posibilitado advenir la existencia de un único contaminante del acuífero, el amonio, que es indicativo de la presencia de otros compuestos orgánicos en fase de degradación anaerobia, cuya toxicidad se debe a su capacidad para acidificar el medio acuoso.

Acude a su vez la Sala al dato objetivo ya mencionado de que, con independencia de ser muestreados una pluralidad de pozos próximos al vertedero, tan sólo el denominado pozo 3 -el que existe en el vertedero mismo- es el que evidencia una contaminación directamente correlacionable con los residuos sólidos allí depositados (no así los restantes, cuya contaminación también en amonio es atribuible a otras causas, v.gr. riegos con aguas depuradas del inmediato club de golf) lo que es expresivo de la puntual localización y ubicación espacial del contaminante, debajo inmediatamente del vertedero mismo.

Finalmente, y de manera sustancial, porque habría de ser prácticamente insignificante el volumen de lixiviados en tanto foco contaminante de las aguas subterráneas del acuífero. Así se expresaron los peritos Sres. Carlos Miguel y Belarmino, atendidos los propios datos consignados en el informe pericial del perito judicial y de los peritos del I.G.M.E.

En efecto, los peritos citados informaron que, con carácter general, la situación de riesgo para las aguas subterráneas, propiciada por los vertederos, viene definida por cuatro elementos: la mayor o menor pluviometría; la mayor o menor permeabilidad del terreno; la mayor o menor altura de los vertederos en relación a los niveles de las aguas subterráneas; y la existencia o no de captaciones de aguas en el sentido del flujo natural de las mismas.

Ya en concreto, en relación al vertedero de autos, indicaron que era "baja" la pluviometría media anual (400 mm l/m<sup>2</sup>) -punto en el que coinciden con el perito judicial- por lo que, necesariamente, tenía que ser baja la producción de lixiviado, al hallarse íntimamente asociados ambos fenómenos; los terrenos subyacentes, geológicamente ofrecen una "baja" permeabilidad -punto en el que coinciden todos los peritos-; la altura de cota es del orden de 80 metros, que, en vertical, debe atravesar el lixiviado hasta alcanzar el acuífero, según indicaron los peritos del

IGME (espesor de Zona No Saturada); y finalmente, no hay constancia de la existencia de pozos que se nutran o capten aguas del acuífero concreto, en su flujo natural, que es en sentido SE (hacia el mar) tomando en consideración la propia morfología de los barrancos próximos y el lecho natural del propio vertedero, que indican que el eje principal de fracturación del macizo es hacia el mar, no hacia el norte como concluyó el perito judicial, y punto en el que vienen a coincidir con los peritos del IGME, pues esa es la dirección de las estructuras geológicas; todo ello en punto a considerar que la piezometría de los pozos muestreados (folio 1043) por el perito judicial es inconsistente e incompleta, en tanto la cota absoluta de todos ellos para efectuar un análisis comparativo, lejos de ser similar, presenta graves divergencias, y además mezcla e interrelaciona acuíferos distintos.

Teniendo en consideración todas las características hidrológicas de la zona, y el volumen total de reservas del acuífero, que estimaron en aprox. 1.800.000 m<sup>3</sup>, estimaron los peritos que a lo sumo y en un cálculo muy conservador, el volumen de entrada de lixiviado representaría el 0,006% del total volumen del acuífero, y calculado a razón de 0,3 l/s en la vertical del vertedero, que drenarían subterráneamente hacia el mar, cantidad (índice de dilución) a su parecer muy pequeña e insignificante.

Tal conclusión experta, ciertamente no abona a considerar "grave" el peligro para el recurso natural de constante referencia, mas aún cuando los cálculos efectuados por los peritos citados se han efectuado sin contemplación a la recogida propia de lixiviados en la base del talud, a cargo de Herbusa S.A.

Queda a su vez descartado el riesgo de "grave" peligro o perjuicio para la salud de las personas, y el de deterioro irreversible que habrían de operar adicionalmente, más aún cuando, de una parte, ninguna prueba se ha practicado tendente a acreditar que las aguas del acuífero, en sí mismas consideradas, fuesen potencialmente aptas. para el futuro consumo humano; y, de otra, porque, desde la interpretación efectuada en STS de 19 enero de 2002 ("debe entenderse que existirá deterioro irreversible cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza,

haciéndose necesaria una intervención activa del hombre") llano habría de resultar que el perito judicial, al informar sobre la contaminación orgánica en general, indirectamente vino a confirmar, precisamente, la reversibilidad de la misma, al indicar que tanto el amonio como la D.Q.O se autodegradan.

SEGUNDO.- Aunque la parte recurrente no lo menciona, la sentencia impugnada no ha estimado tampoco la concurrencia del elemento subjetivo del delito imputado, que es un tipo penal doloso, a diferencia del tipificado en el art. 331 que sanciona las mismas conductas cuando se cometan por imprudencia grave, debiéndose anticipar desde ya mismo, la imposibilidad legal del Tribunal sentenciador para condenar por el delito imprudente que no fue el imputado ni siquiera de manera alternativa o subsidiaria, pues, al margen de que no se hizo uso de la tesis que regula el art. 733 L.E.Cr., se trata de tipos penales heterogéneos precisamente por la diferencia del elemento subjetivo necesario en cada uno de ellos, habiendo establecido esta Sala que se vulnera el principio acusatorio cuando se acusa por un delito doloso y se condena por delito culposo (véanse SS.T.S. de 3 de noviembre de 1994, 23 de octubre de 1995, 29 de enero de 1997 y 12 de abril de 1999, entre muchas).

El razonamiento del Tribunal para excluir el dolo en la actuación de los acusados, resulta inobjetable. En efecto, la sentencia invoca la doctrina de este T.S. sobre el elemento subjetivo requerido en el art. 325 C.P., citando la STS de 30 de mayo de 2007 en la que declarábamos que este tipo requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido.

Partiendo de esta base, el Tribunal a quo fundamenta su juicio de inferencia argumentando con método y rigor encomiables que la consciencia del eventual riesgo generado por el depósito de residuos, derivado de la existencia o producción misma de lixiviados, la obtienen los acusados a partir de la constatación de humedades en el talud frontal del vertedero en la segunda mitad de los años 90; así lo sostuvo claramente el acusado y Director del Vertedero Víctor Ma-

nuel, y el Ingeniero Agrícola y técnico de Herbusa S.A. D. Carlos Francisco, quien comenzó a prestar servicios por cuenta de ésta en 1996: entonces (dijo en el plenario), no había lixiviados visibles.

Y, frente a tales manifestaciones, absolutamente ningún indicio en contra se alza: vg. ni denuncias (al margen de quejas por malos olores, tráfico considerable de camiones, o ruidos nocturnos que molestaban a los vecinos inmediatos de Roca Lliça) o resultados de inspecciones administrativas; es más, en el informe preliminar efectuado por el perito judicial, consta que, efectuado un recorrido a pie por el cauce del torrente, desde su desembocadura en Cala Espart hasta el pie del talud del vertedero, el cauce del torrente no evidenciaba muestras de arrastre de aguas sucias a través del cauce, como tampoco se encontraron restos de basura que pudieran haber sido arrastrados aguas abajo del vertedero.

Ello es expresión de la imperceptibilidad del riesgo, y muy posible y fundadamente derivado de la escasísima producción de lixiviado, atendida la prácticamente nula pluviometría (400 mm) y la muy elevada evapotranspiración (900 mm) en el lugar de autos.

Por otra parte, les era imposible a los acusados adivinar que los lixiviados se pudieran incorporar al subsuelo y al flujo local de agua subterránea, dado el dictamen de total impermeabilidad del terreno, emitido por el Instituto Geológico Minero de España en 1982 y reiterado en 1992 (y dictamen que les era conocido desde que se comenzó a gestar el Plan Sectorial que se aprobó en 1994, y precisamente porque éste ya contemplaba como solución a los residuos sólidos de la isla de Ibiza, la existencia de un único vertedero controlado de alta densidad, ubicado precisamente en el vertedero de autos); como tampoco les era posible sospechar la eventual incidencia en la fracturación del terreno debida a las explosiones efectuadas en canteras próximas.

Son pues conscientes los acusados del eventual riesgo generado por el depósito de residuos, a partir de unas fechas que cabe situar en torno al año 1997 y punto en el que cabe situar, procesalmente, el nacimiento del elemento intelectual.

Y, a partir de entonces, subrayan los jueces de instancia, su reacción es inmediata.

Encargan los proyectos técnicos para la recogida de lixiviados en la base del talud, y un sistema de drenaje superficial para recogida de aguas pluviales, al margen del sistema de desgasificación, con objeto de reducir la entrada de agua a la masa de residuos, únicos y básicos medios técnicos útiles para evitar o reducir la infiltración de lixiviados, por ser técnica, material y económicamente imposible, e incluso peligrosa, la remoción o retirada de la cuantiosa masa de residuos para realizar algún tratamiento de impermeabilización en la base del vertedero, tal como concluyen todos los peritos que al efecto han depuesto.

Y esos proyectos, obran ya ejecutados cuando menos en septiembre de 1998, según se desprende del informe del perito judicial al visitar las instalaciones.

Ambos sistemas (recogida de lixiviados, y recogida de aguas de escorrentía) están previstos como requisitos técnicos mínimos para la adecuación del vertedero en el Anexo III del Decreto 46/2001 de 30 de marzo, que aprobó definitivamente el Plan Director Sectorial para la Gestión de los Residuos Urbanos de Ibiza y Formentera, al margen de otros como el aislamiento superficial de la masa de residuos existente, implantación de barreras geológicas de impermeabilización, desgasificación, etc., etc. a ejecutar por fases y en contemplación a las futuras necesidades de la isla, ocasionalmente evaluadas para los próximos 50 años (vg. Canal perimétrico de evacuación de aguas pluviales).

Otra cosa distinta es que los medios puestos a contribución para evitar cualquier peligro de infiltración de lixiviados -una vez conocido éste, y en función ya de la carga de residuos existente tras varias décadas- fuera al 100% eficaz.

Empero ello era materialmente imposible, en razón a una ya imposible impermeabilización del vaso del vertedero, al modo previsto en la entonces futura Directiva 1999/31 de 26 de abril, e incorporada al derecho interno mediante Real Decreto 1481/2001 de 27 de diciembre, y normativa que, en relación a los vertederos ya existentes, imponía a las entidades explotadoras la elaboración de un plan de acondicionamiento, en los términos previstos en el art. 15.1.a), debiendo adoptar las autoridades competentes la decisión definitiva sobre la posibilidad de continuar las operaciones, o, en su caso, las medidas necesarias para el cierre de las instalaciones, todo ello, dentro de los plurales plazos marcados en el ya referido Real Decreto.

El Plan Director Sectorial, aprobado por Decreto de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 30 de marzo de 2001, se anticipó a las directrices y normativa impuestas por la Directiva 1999 y R.D. 1481/2001,

no resultando ocioso remarcar ahora que su Disposición Transitoria Tercera, punto 4, establecía lo siguiente "Hasta que no se adecúe el vertedero d'Eivissa de Ca Na Putxa, se continuará con el vertido en las condiciones actuales".

De ello se deriva que el órgano competencial en materia de residuos, de conformidad a lo establecido en la Ley 10/1998, de 21 de abril, art. 4.2 ("Corresponderá a las Comunidades Autónomas la elaboración de los planes autonómicos de residuos y la autorización, vigilancia, inspección y sanción de las actividades de producción y gestión de residuos") vino a autorizar y/o legitimar -tácita o indirectamente- la actividad que estaba llevando a cabo Herbusa S.A. en el vertedero de autos y en razón (pues sólo así se comprende) a los correctivos propiamente adoptados por Herbusa S.A., que se ajustaban a directrices de la Directiva de constante referencia, minimizando así el riesgo medioambiental, todo lo cual le era ampliamente conocido en sus cabales términos, por los estudios que, precisamente sobre tal actividad, contemplaba la memoria del Plan Director Sectorial, al margen de visitar cursadas por técnicos del Govern Balear.

En efecto, así lo confirma D. Rómulo, Director del equipo redactor del proyecto del Plan de constante referencia, quien en la memoria explicativa del proyecto, y luego de analizar la gestión llevada a cabo por Herbusa S.A. en el vertedero, y en relación a la operatividad de la instalación, informa que "la gestión del vertedero se lleva a cabo según las prácticas habituales de vertido controlado de RU, controlando la entrada y naturaleza de los residuos admitidos, extendiendo y compactando adecuadamente los residuos... deteniéndose después en el tratamiento de los lixiviados y su recogida, en el tratamiento del biogás, etc.

Por su parte, D. Pedro Miguel, químico, que fue Jefe del Servicio de Residuos y Suelos contaminados en el período 1995-2000, y que ya como Conseller d'Industria visitó el vertedero en 1992 cuando se elaboraba el Plan Director de 1994, manifestó en el plenario que la actividad desarrollada en el vertedero era la actividad normal de cualquier vertedero, evolucionando a lo largo de los años en medios y gestión para adecuarse a la Directiva de 1999, pese a no haberse desarrollado internamente, funcionando de facto como un servicio público insularizado; que las mejoras introducidas por Herbusa S.A., fueron inferiores a las actuales (algo obvio) citando como ejemplo el que la red de recogida de aguas pluviales es más extensa (en lógico corolario a una previsión efectuada para dentro de 50 años) y que hoy se ha impermeabilizado superficialmente; que jamás se efectuó requerimiento alguno a Herbusa, y que la colaboración de la entidad fue total,

teniendo constancia su Departamento del riesgo de contaminación en el año 1998, cuando empiezan a recibirse informes particulares, pues los que se disponían en el Plan de 1994 (del IGME) eran de que el terreno era impermeable.

En parecidos términos se manifestó D. Pascual, Director General de residuos en el Govern 1999-2003, y quien durante la legislatura dicha, visitó en diversas ocasiones el vertedero; al igual que el anterior testigo citado, ambos explicaron que la opción por un único vertedero insular en la isla de Ibiza, y en concreto el de autos, ya databa del Plan de 1994, entre otras consideraciones, porque el Instituto Geológico Mineiro de España había dictaminado acerca de la total impermeabilidad de los terrenos subyacentes.

Que esa opción, vino a reafirmarse en el Plan del 2001, pese a conocerse por informes distintos del IGME la permeabilidad del subsuelo, y tras valorarse una multiplicidad de factores, positivos y negativos, convergentes (carácter eminentemente turístico de la isla, dificultades técnicas para localizar un nuevo emplazamiento viable, rechazo social, proximidad de viviendas, buena comunicación viaria, degradación de un nuevo entorno, capacidad del vertedero de autos para albergar los residuos previstos hasta el año 2025, etc., etc.).

Y agregó que en el año 2001, el vertedero de Ca Na Pucha no estaba cumplidamente adaptado a la última normativa, como tampoco ninguno de los vertederos de Mallorca; quizás una obviedad, a poco de caerse en la cuenta de la fecha del R.D. 1481/2001, y los plazos de adaptación establecidos para vertederos ya existentes.

TERCERO.- Como se ha dejado dicho, ninguna alegación formula el recurrente para combatir el juicio de inferencia sobre la ausencia de dolo -directo o eventual- en el quehacer de los acusados que predica la sentencia.

Por el contrario, el alegato de la parte recurrida al interpretar este apartado de la sentencia, debe ser asumido y respaldado, pues, ciertamente, mientras se pensó que el sustrato del vertedero era impermeable el riesgo era simplemente imperceptible, no sólo por esa creencia en la impermeabilidad, sino además porque el lixiviado no era visible. No hubo, por otra parte, ninguna denuncia ni ninguna inspección administrativa que pudiera hacer pensar que hubiera riesgo alguno.

Por tanto, la situación era de "imperceptibilidad del riesgo", pues, además de que los lixiviados no eran visibles, "era imposible adivinar que los lixiviados se pudieran incorporar al subsuelo y al flujo local del agua subterránea, dado el dictamen de total impermeabilidad del terreno".

Por otra parte, los sistemas de recogida de lixiviados y recogida de aguas de escorrentía instalados están recogidos como nuevas exigencias legales tanto en el Real Decreto 1481/2001 que transpone la Directiva de Vertederos como en el Decreto Balear 46/2001 que aprueba el Plan Director.

Por tanto, la sentencia deja claro que los acusados reaccionaron inmediatamente tan pronto como tuvieron conocimiento de la posible existencia de un riesgo (aunque eran meros indicios entonces), llevando a cabo la instalación de una serie de sistemas correctores (red de recogida de lixiviados, de drenaje, etc.) que en esas fechas ni siquiera se exigían en la legislación de vertederos.

Cabe preguntarse entonces, porque pese a estas medidas adoptadas y esta inmediata y rápida reacción se apreció en las muestras tomadas en febrero de 2000 la existencia de una posible contaminación.

Por una razón sencilla que la sentencia explica en las mismas páginas: porque era imposible proceder a impermeabilizar el sustrato del vertedero, ya que esto habría hecho necesario retirar toda la masa de residuos, lo que era técnicamente inviable y además peligroso.

Por esa razón, al no poder impermeabilizarse ya el sustrato, los lixiviados podían filtrarse, lo que era imposible de evitar.

Lo que sí se podía hacer era minimizar en lo posible la producción de lixiviados, para lo que se adoptaron las medidas que detalla la sentencia.

Y estas medidas fueron eficaces, como lo evidencia el hecho de que el lixiviado fuera "insignificante", algo que, como hemos visto, la sentencia reitera en varias ocasiones y el recurso ignora por completo.

A la vista de estos hechos, sólo cabe concluir que no sólo no hubo actuación dolosa de ninguna clase, sino que la actuación de nuestros defendidos fue de una diligencia ejemplar.

Pese a lo cual han tenido que sufrir el calvario de varios años de imputación y, tras la sentencia absolutoria, el recurso que ahora impugnamos.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de fecha 9 de junio de 2008 en causa seguida contra los acusados Víctor Manuel, Victoriano y contra Herbusa S.A. como Responsable Civil Subsidiario, que fueron absueltos de un delito contra el medio ambiente.

Se declaran de oficio las costas procesales. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Diego Ramos Gancedo, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2009/165979

TS Sala 2ª, Sentencia 22 julio 2009. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

## Inaplicación de atenuante analógica de drogadicción al no haber sido propuesta

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de asesinato y amenazas. Subraya el TS que la no afectación de forma grave de la drogadicción a las facultades del sujeto no significa que no las afectara levemente, pero no habiéndose acreditado este extremo era imposible propiciar una atenuante por analogía, ya que la atenuación no se acredita solamente con la prueba de un estado duradero de adicción a la droga, sino que es necesario que pueda proyectar su influencia en el obrar del sujeto, circunstancia que ha quedado omitida, por lo que el dato no puede producir efectos ni incorporarse al "factum", porque no se acreditó.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Denuncia el recurrente en el primer motivo, vía art. 5-4 LOPJ, y 852 L.E.Cr., la infracción de lo dispuesto en el art. 22 de la L.O.T.J. y de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) y a la defensa (art. 24.2 C.E.), al haber resuelto el Magistrado-Presidente las excusas formuladas por algunos candidatos a jurado sin celebrar la preceptiva vis-

ta y oír a las partes, así como al haber desestimado la nulidad interesada a tal efecto.

1. El recurrente nos dice que conforme se ha venido señalando por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Alto Tribunal, el Juez ordinario, en el sentido del art. 24.2 C.E. equivale a "juez independiente e imparcial, establecido con las garantías constitucionales y legales, que actúa dentro de la competencia y por el procedimiento preestablecido".

De ello se infiere que el derecho al juez predeterminado por la ley queda en entredicho cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente al órgano al que la ley atribuye su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad (entre otras, STC 35/2000, de 14 de febrero; recogiendo lo ya expresado en el ATC 262/1994, de 3 de octubre).

En el desarrollo del motivo sigue argumentado que pese a lo claramente dispuesto por el art. 22 de la LOTJ, en el sentido de que el Magistrado-Presidente señalará día para la vista de las excusas, advertencias o recusaciones presentadas, citando a las partes y a quienes hubieren expresado advertencia o excusa, que debe resolver dentro de los tres días siguientes a dicha vista (en la que deberán practicarse, en su caso, las diligencias propuestas), el Magistrado-Ponente dictó, con fecha 18 de septiembre de 2008, doce autos por los que acordó estimar y desestimar las excusas propuestas en la presente causa por los candidatos a jurado.

En todas y cada una de dichas resoluciones se hizo constar en los antecedentes de hecho de las mismas que "al amparo de las previsiones que se contemplan en el art. 22 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del jurado, se acuerda conocer (sin necesidad de convocatoria de vista) dado el carácter objetivo de las excusas, advertencias o recusaciones presentadas por quienes fueron preseleccionados al amparo del art. 18 de la Ley.

"Sin embargo, sin celebración de vista alguna y por tanto sin audiencia a las partes, el Magistrado-Presidente dictó dos autos, de fecha 7 de octubre de 2008, similares a los anteriores, por los que acordó sin celebración de vista estimar y desestimar las excusas propuestas por las candidatas a jurados Dª Miriam (desestimó la excusa alegada de enfermedad); y Dª Azucena (estimó la excusa alegada, que había sido previamente desestimada por auto de fecha 18 de septiembre de 2008, de grave trastorno por razón de cargas familiares).

Conforme igualmente consta en las actuaciones, tales autos fueron notificados a la representación del

recurrente el día 16 de octubre de 2008.

Y nuevamente, por tal motivo, se presentó escrito por dicha representación interesando la nulidad de actuaciones, de los dos precitados autos, al amparo de lo dispuesto en el art. 241.1 de la LOPJ. en relación con lo señalado en el art. 22 de la LOTJ. y con el art. 24.1 y 2 de la Constitución.

Esto es, por decisión unilateral del Magistrado-Presidente, sin convocar la vista previa del art. 22 de la LOTJ. y sin haber dado audiencia por ello a las partes, se desestimaron las excusas de cinco candidatos a jurados (se desestimaron las de seis, pero la de Dª Azucena que había sido inicialmente desestimada por auto de 18 de septiembre de 2008, fue estimada por auto de fecha 7 de octubre de 2008) y, lo que es más importante a los efectos del presente recurso, se estimaron sin celebración de vista ni audiencia a las partes las excusas de nada menos que de ocho candidatos a jurados (siete por autos de fecha 18 de septiembre de 2008, y una por auto de 7 de octubre de 2008); candidatos, que, pese a haber sido preseleccionados conforme al art. 18 de la LOTJ. no fueron por tanto citados para comparecer el día señalado para configurar el jurado, constituir el Tribunal y dar inicio a las sesiones del juicio oral.

2. El motivo articulado se sostiene en la discrepancia o desacuerdo con la decisión del Tribunal del jurado, que fue amparada y ratificada por el Tribunal Superior.

El Tribunal del jurado dio una serie de justificaciones a la omisión del trámite denunciado previsto en el art. 22 LOTJ.

a) no se había producido indefensión material y el principio de conservación de los actos procesales imponía la persistencia de la decisión.

b) la indefensión alegada, sin perjuicio de las alegaciones previas efectuadas, debió reiterarse en el trámite previsto en el art. 38 LOTJ. en el que se constituye de forma efectiva el jurado, y no dos días antes del inicio de las sesiones del juicio.

c) las excusas se resolvieron en trámite escrito al estar basadas en meros datos objetivos acreditados documentalmente.

d) la parte promotora del incidente no aporta ni indica diligencia alguna de prueba en relación con las excusas objetivas ni argumento que permita objetar la decisión.

e) que en el momento de la auténtica formación del Jurado comparecieron al acto 23 candidatos, es decir, más de 20 que son los exigidos por el art. 38-1º de la Ley especial.

f) el resto de los letrados que podían verse afectados por el mismo vicio,

no alegaron nada en tal sentido y por el contrario delegaron en el letrado de la parte recurrente la facultad de recusación que ejerció de forma exclusiva y términos absolutos.

g) el recurrente no utilizó la facultad de recusar del art. 21 LOTJ. que había determinado la imposibilidad de ejercitar su derecho a rechazar a quien no resultaba legalmente apto para el desempeño de la función de jurado.

h) por último citó jurisprudencia de esta Sala en que no obstante haberse prescindido del trámite del art. 22 o del 38-2º de la Ley especial no se declaró nula la configuración del Jurado, por no haberse producido indefensión material.

3. El Tribunal Superior, cuya decisión es atacada en casación, en el fundamento jurídico segundo desarrolla con precisión y de forma certera la cuestión empeñada, aceptando en esencia los argumentos del Tribunal del jurado que da por buenos.

Acude al criterio fundamental de la no indefensión material, destacando que la parte promotora del incidente no aportó diligencia de prueba que permitiera poner en entredicho la indebida o incorrecta resolución de las excusas alegadas, más allá de la inobservancia, sólo en el plano formal, del trámite del art. 22 L.O.T.J.

Hizo la clara distinción de que el caso cuestionado no hacía referencia a la recusación prevista en el art. 21 LOTJ. del que no se hizo uso, y rechaza los argumentos del recurrente en orden a la procedencia o no de admisión de las excusas, negando su objetividad (ya que una de las excusas fue resuelta de modo diferente después de las alegaciones o impugnaciones de las partes) o que simplemente se estimó la excusa de un preseleccionado como jurado por acreditar que fue designado en el sorteo como tal dentro de los cuatro años precedentes en otro juicio de la misma naturaleza.

Pues bien, a pesar de todo, el Tribunal Superior, con razón afirma categóricamente que no se ha aportado argumento alguno de que la inobservancia del trámite del art. 22 haya causado una indefensión material, ni cual es la relevancia que en el resultado final del juicio o en el ejercicio del derecho de defensa de las imputaciones que se le hacían al acusado pudo tener el trámite defectuoso alegado.

A continuación aduce que la irregularidad se produce en un trámite inicial del sistema selectivo tendente a garantizar la presencia de candidatos en número adecuado para evitar suspensiones en los señalamientos.

Consiguientemente, sin negar relevancia al trámite de las excusas, no puede atribuírsele la misma trans-

endencia que al procedimiento de selección del Jurado regulado en los Arbs. 38 a 40 LOTJ., que prevén la constitución efectiva del jurado.

Así pues, el tribunal pudo constituirse con jurados designados con absoluta objetividad y su imparcialidad estaba garantizada por el riguroso sorteo de su nombramiento.

Por último admite como referente adecuado las sentencias invocadas de esta Sala de casación núm. 1567/2003 de 25 de noviembre y núm. 1307/04 de 11 de noviembre.

4. Planteado así el motivo, lo primero que debemos clarificar es el fundamento jurídico impugnativo, advirtiendo que en el fondo la irregularidad denunciada no hace referencia al juez predeterminado por la ley, sino a la indefensión o lesión al derecho de defensa o a un juicio con todas las garantías.

En efecto, el propio recurrente establece los elementos que debieron concurrir para estimar que el órgano jurisdiccional no es el competente para resolver, por cuanto el contenido esencial del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley previsto en el art. 24-2 de la C.E. viene integrado por tres pilares básicos: la prohibición de instituir órganos jurisdiccionales a no ser por una ley en sentido estricto, pero necesariamente mediante Ley Orgánica, la prohibición de tribunales especiales o de excepción y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión.

Estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la garantía de la inexistencia de jueces "ad hoc" y prohíben la aplicación retroactiva de las normas modificadoras de la competencia.

Esta es la doctrina constitucional que permanentemente impera en nuestro derecho (véanse S.T.C. núm. 47/1983 de 31 de mayo; núm. 111/1984 de 8 de noviembre; núm. 44/1985 de 22 de marzo; núm. 307/1993 de 25 de octubre, etc.).

Es igualmente reseñable por lo reciente y provenir de un Pleno Jurisdiccional de esta Sala la sentencia núm. 757 de 1 de julio de 2009.

En nuestro caso es incontestable que desde la comisión de los hechos el órgano jurisdiccional competente es la Audiencia Provincial de Badajoz por el procedimiento de jurado (competencia objetiva y territorial) y funcionalmente en apelación el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Ningún problema de juez predeterminado por la ley existe, sino que nos hallamos ante un trámite previo a la constitución formal de los integrantes del cuerpo de jurados.

5. En el plano de la indefensión es patente la vulneración de la ley pro-

cesal, incumpliendo en sus estrictos términos el trámite del art. 22 de la LOTJ. como el propio Tribunal Superior reconoce y acepta.

Ello no quiere decir que el Magistrado-Presidente deba prescindir de las formas y calificar de rígidos y exasperantes los trámites legalmente establecidos por la Ley de Jurado.

Es posible que desde un punto de vista crítico ciertos aspectos regulativos de la Ley especial puedan merecer críticas y en algún caso se sostengan con argumentos de peso, pero el órgano jurisdiccional, en este caso el presidente del jurado, magistrado técnico que lo preside, debe cumplir la ley en los términos en que aparece redactada, lo que hace debamos instarle a que en lo sucesivo se atenga a la regulación legal.

Tampoco puede resultar aceptable la crítica que el Fiscal del Jurado y las demás defensas hacen a la pretensión del recurrente de que las deficiencias pudieran ser corregidas en el acto del art. 38 LOTJ. ya que a esa vista no fueron citados los ciudadanos a los que se les aceptó una excusa.

Las razones aducidas por el Tribunal Superior son perfectamente asumibles por este Tribunal de casación, en cuanto no se ha acreditado la menor lesión o influencia de la deficiencia en el derecho de defensa.

El recurrente pudo acreditar con todo género de pruebas el error material del Presidente del Jurado, por encima de la infracción formal cometida, sin que aportara dato alguno que pudiera tener influencia en el derecho supuestamente lesionado.

A los argumentos empleados por el Tribunal Superior para desestimar esta queja debe añadirse que la inobservancia del art. 22 LOTJ. fue suplido por el trámite escrito, esto es, las excusas alegadas fueron resueltas por autos, notificados a las partes, los cuales pudieron ser objeto de impugnación o recurso haciendo las alegaciones pertinentes.

Lo cierto es que como consecuencia del reexamen de lo ya decidido se alteró la decisión y fue modificada en algún caso, de suerte que a quien le fue estimada la excusa después se le desestima.

A su vez las sentencias citadas por el Jurado y el Tribunal Superior (S.T.S. 1567/03 de 25 de noviembre y 1307/04 de 11 de noviembre), aunque como bien apunta el recurrente, no contemplan exactamente las mismas situaciones, pueden actuar como referente en cuanto en todas ellas se omite el trámite del art. 22 o del 38-2º de la LOTJ., pero en las dos citadas se suple, en la medida de lo posible, con el acto previsto en el art. 38-3º de la Ley especial, y en nuestro caso se pudo suplir merced al trá-

mite escrito que obvió cualquier indefensión de las partes.

La ausencia de recurso formalizado en tiempo y forma contra la decisión del Magistrado-Presidente, es indicativo de un claro aquietamiento, confirmado por el letrado recurrente en el trámite del art. 45, el cual, al dirigirse al recién designado cuerpo de jurados "proclama con vehemencia su convicción de que habían sido correctamente designados", como explica la sentencia del jurado en el fundamento 3º, párrafo final (véase soporte videográfico del juicio).

En definitiva el trámite previo de la alegación de excusas para la posterior selección del jurado no quedó viciada, resultando como miembros disponibles 23, esto es, un número superior a 20 que exige el art. 38.1 L.O.T.J.

El motivo ha de rechazarse.

SEGUNDO.- En el correlativo, con sede en los Arbs. 5-4 LOPJ. y 852 L. E.Cr. se alega vulneración de los Arbs. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y 24.1 y 2 y 120.1 de la C.E., y más concretamente de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con las debidas garantías.

1. Se estima que la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ahora recurrida vulnera los aludidos preceptos de los Pactos Internacionales suscritos por el Estado español, que conforme al art. 10.2 de la C.E. forman parte de nuestro ordenamiento, al haber desestimado el segundo motivo del recurso de apelación interpuesto en el que se denunció que el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado había acordado, sin motivación legal para ello, la celebración del juicio a puerta cerrada.

La cuestión esencial planteada, a la que aludió la sentencia del jurado en su fundamento segundo, mereció la formulación de dos motivos de apelación ante el Tribunal Superior, el cual resolvió conjuntamente en el fundamento jurídico tercero, dada la identidad de materia.

La razón de esta bipartición no acaba de entenderse, aunque parece que el recurrente quiso en el motivo 2º destacar el apoyo legal internacional al principio de publicidad de los debates del juicio, para luego analizar la decisión del Presidente del jurado y su posible apartamiento de tal normativa.

Sin embargo en el motivo segundo en su segunda parte incide en iguales argumentos a los alegados en el siguiente (motivo 3º), en cuanto se tra-

ta de la aplicación de los Arbs. 42 y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y el art. 680 de la L.E.Cr. Ello hace que la mayor parte de este motivo reciba respuesta en el siguiente.

En el plano de la legalidad constitucional e internacional el recurrente hace notar la importancia e inoperatividad de que las actuaciones judiciales sean públicas, norma que ha de merecer una interpretación restrictiva a la hora de delimitar sus excepciones, las cuales como contempladas en las leyes ordinarias deben respetar el contenido esencial de la proclamación constitucional (art. 53.1, en relación al 120.1 C.E.). Recuerda que la normativa singular requiere inexcusablemente tres modulaciones:

a) inclusión en uno de los supuestos excepcionales previstos por las normas procesales;

b) motivación del acuerdo, como ha exigido reiterada jurisprudencia constitucional (art. 680 L.E.Cr.);

c) atinencia estricta a los términos de la autorización habilitante de la limitación, que con arreglo a los expresados pactos internacionales puede afectar a la totalidad o a parte de los juicios.

Con todos esos presupuestos legales viene a sostener el recurrente que el Magistrado-Presidente no justificó la decisión debidamente y el desarrollo del juicio infringió el derecho fundamental a la publicidad de los debates, anticipando el contenido del motivo siguiente.

2. Al recurrente no le asiste razón. El Tribunal Superior, como ya anticipamos dio adecuada respuesta a la protesta formulada en el fundamento jurídico tercero, en el que partía del principio claro y evidente de la publicidad de los debates del juicio en el proceso penal (art. 120.1 C.E.), respaldada por nuestra jurisprudencia constitucional (véanse a título de ejemplo S.S. 167/2002, 324/2005, 24/2006 y 114/2006), pero haciendo hincapié en la existencia de excepciones, siempre necesarias, que nuestro texto constitucional prevé y que se contienen en diversos preceptos de nuestro ordenamiento interno (art. 232 LOPJ. y 680 L.E.Cr.) e internacional (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

La propia doctrina constitucional proclamó la necesaria existencia de excepciones al precepto y la posibilidad de celebrar el juicio, en todo o en parte, a puerta cerrada (S.T.C. 159/2005), quedando a merced del prudente arbitrio de los Tribunales la interpretación de las excepciones que las distintas leyes procesales establecen, siempre bajo el principio de proporcionalidad, en tanto entran en juego y quizás en conflicto derechos fundamentales plenamente respetables.

Consecuentemente el motivo no puede prosperar, remitiéndonos en sus concreciones a lo que se diga en el siguiente.

TERCERO.- Con amparo procesal en el art. 5-4 LOPJ. y 852 L.E.Cr., estima vulnerado el art. 24-1º C.E., tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con las debidas garantías, todo ello en relación al art. 43 LOTJ.

1. El acuerdo del presidente del jurado de celebrar el juicio a puerta cerrada violó los pactos internacionales suscritos por España sobre derechos fundamentales y ello por no haberse producido en la forma legalmente prevista la audiencia previa de las partes y la necesaria consulta al jurado, concretamente por no haber expuesto a los miembros del jurado las razones que asistían al Presidente para acordar la celebración del juicio a puerta cerrada, que parece ser que fue el propósito que le animaba desde un principio.

Pero además, cuando la parte ahora recurrente provocó un incidente verbal sobre la ausencia de causa legal alguna para acordar la celebración a puerta cerrada (art. 680 L.E.Cr.), excepción hecha de la voluntad de los jurados, faltaba un apoyo legal en tal precepto a efectos de justificar la decisión.

Fue ex post cuando el presidente añadió alguna de las causas legales previstas en el art. 680 L.E.Cr. Por otra parte dicho presidente no tuvo en consideración la necesidad, dentro de las posibles interpretaciones, de que el jurado se retirara a deliberar conforme a lo previsto en el art. 55-2 L.O.T.J., deliberación secreta con la redacción de la correspondiente acta (Arbs. 60 y 61 L.O.T.J.). El Tribunal Superior resolvió, a su vez, inadecuadamente la cuestión al sostener que nada tiene que ver el art. 43 con el 680 L.E.Cr., a pesar de la redacción del 42 de la ley especial.

2. Antes de dar respuesta al motivo debe quedar sentado que la publicidad de los debates integra un derecho fundamental de las partes y constituye un requisito del justo proceso, como así establece con carácter programático el art. 120 C.E. y desarrollan otros como el 232 LOTJ. y el 680 L.E.Cr. Pero a pesar de constituir la publicidad de los juicios un elemento institucional de legitimidad de la Administración de Justicia (véanse S.T.C. 167/2002; 324/2005; 24/2006; 114/2006, etc.), sus finalidades podrían ceder en los excepcionales supuestos que, previamente establecidos por ley, permitiesen la celebración a puerta cerrada.

Con la publicidad de los juicios por un lado se protege a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro se mantiene la confianza de la comunidad en los tribunales de justicia.

El Tribunal Superior de Extremadura ha desarrollado minuciosa y certeramente la interpretación de tal derecho, partiendo del art. 120 C.E. que se remite a las excepciones que las leyes de procedimiento establecen. No es que dicho tribunal interpretara el art. 43 LOTJ. como precepto excepcional excluyente del art. 680 L.E.Cr. y por ende con un ámbito aplicativo autónomo, (ello sólo era una hipótesis interpretativa) sino que junto a tal posición sostuvo la ampliación de las excepciones del art. 680 L.E.Cr. y en ello tenía razón.

Por un lado, es indudable que el art. 43 posee unas connotaciones especiales, entre las que figura la consulta a los Jurados, con finalidad distinta a la establecida en el art. 680 L.E.Cr., ya que en los tribunales ordinarios los magistrados técnicos pueden ilustrar al presidente sobre las razones legales que deben abogar por una u otra decisión, mientras que la consulta a los Jurados tiene un matiz más personal, sin mezcla de ingrediente técnico alguno.

Ahora bien, el art. 43 no impide la aplicación del 680 L.E.Cr., sino que lo supone, pero además de tal precepto las causas o razones jurídicas de la decisión pueden tener otro apoyo que no agota el precepto procesal al que se remite con carácter general el art. 42 L.O.T.J.

Junto a tal precepto debe figurar:

a) el art. 232 L.O.P.J., dado el rango legal y la realidad social que está destinado a regular, el cual establece excepciones al principio de la publicidad de los juicios.

En su párrafo 2º señala que “excepcionalmente por razones de orden público, de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán delimitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”.

b) con menor rango legal figura el mencionado art. 680 L.E.Cr. que permite la celebración del juicio “a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad, de orden público, o el respecto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia”.

También la decisión que se tome debe establecerse en auto motivado.

c) y por último y por la atracción que le confiere el art. 10-2 C.E., debe tomarse en consideración, dado igualmente su superior rango legal, el art. 6-1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, suscrito por España, que permite la prohibición de acceso de la prensa y del público durante la totalidad o parte del proceso “por razones de seguridad nacional en una sociedad democrática o cuando en circunstancias excepcionales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

3. Expuesto el marco legal y antes de analizar la procedencia de la medida acordada, hemos de constatar que la reafirmación del derecho a un juicio público o la obligación de la publicidad de los juicios debe estar matizada en sus decisiones por el principio de proporcionalidad (S.T.C. 159/2005) y que las facultades que el art. 43 concede al presidente no son ilimitadas, aunque la vigencia del art. 680 L.E.Cr. debe ser completado por las disposiciones orgánicas e internacionales referidas, las cuales dan una amplia, general y casi exhaustiva relación de las causas justificativas de la celebración del juicio a puerta cerrada.

Cuando el recurrente protesta porque el Presidente del Tribunal no participó a los Jurados las razones que abrigaba para acordar la celebración del juicio a puerta cerrada, no incurre en ninguna ilegalidad.

En primer lugar porque el censurante parte injustificadamente de que la decisión del Magistrado-Presidente estaba ya tomada, cuando perfectamente pudo influir en gran medida la consulta al Jurado.

En segundo lugar porque darle razones al jurado para que se pronunciase sobre el incidente, es tanto como inducirle o sugerirle la respuesta que siempre podría tildarse de condicionada.

Lo cierto es que los miembros del jurado pudieron oír las razones para acordar la celebración del juicio “a puerta abierta” que oralmente expresaron el Mº Fiscal y las demás partes procesales, todas las cuales optaron y defendieron la publicidad del juicio.

Aun así, los jurados no se dejaron influir y sugirieron al Presidente por unanimidad celebrar el juicio a puerta cerrada. La opción es plenamente explicable y no era razonable esperar otra distinta.

Basta para entenderla tratar de colocarse en la situación de una persona que nada entiende de leyes y que sobre sus espaldas va a gravitar una decisión de condena de 19 años a una persona que está integrada en grupos familiares enfrentados unos a otros (etnias gitanas o de quincaleros) entre los que constituye un dato sociológico, bien conocido por la experiencia, la propensión de sus miembros a resolver las controversias y discrepancias, acudiendo a un sistema de autocomposición.

Ello no significa que los jurados se pudieran ver afectados en su independencia, que debe presumirse intacta, pero resulta razonable entender que el Magistrado-Presidente no tuviera seguridad o garantías, a la vista de las respuestas recibidas, de que los jurados gozaran de la serenidad, concentración y seguridad que garantizaba el ejercicio responsable de la función que aquellos deben desempeñar.

Pero independientemente de la impresión del Magistrado-Presidente en relación a los miembros del jurado, en la causa existen pruebas evidentes del tenso ambiente de inseguridad vivido en aquellos días, que ponía en peligro el desarrollo pacífico, fluido y sin incidentes del juicio.

En la sentencia del Tribunal de jurado todavía se alude a estas razones plenamente constatables, considerando un interés necesitado de protección el “orden público”, dados los sentimientos de solidaridad y apoyo a los entornos familiares y ambientales de las partes, indudablemente exaltados por el crimen pasional que se enjuiciaba.

Ésta y no otra fue la razón esencial, expresamente consignada, frente a la cual provocó un incidente verbal la defensa del recurrente, al que las demás partes, incluido el Fiscal, se opusieron, por entender razonable la decisión, que además debía adoptar orgánicamente el Magistrado-Presidente. Así nos dice el art. 43 L.O.T.J.

“Para la decisión de celebración a puerta cerrada, el Magistrado-Presidente, oídas las partes, decidirá lo que estime pertinente, previa consulta al jurado”.

Al decidir añadió otros argumentos, entre los que citamos: la dignidad de la víctima, el derecho a la protección de la vida privada de las partes y en especial de la hija menor del fallecido, todas ellas de constatación legal, que refuerzan la causa principal.

4. Conforme a todo lo expuesto, los argumentos aducidos en la sentencia del Tribunal Superior (Pág. 10-13 de la sentencia), que confirmaban las razones y motivaciones, igualmente amplias y exhaustivas, invocadas por el Magistrado-Presidente del Jurado (Pág. 28-31 de la sentencia), han justificado hasta la saciedad la adopción de la medida, perfectamente incardinable dentro de las excepciones a la publicidad del juicio.

No es atendible la tesis del recurrente en cuanto sostiene que fueron razones expuestas “ex post”, las que determinaron la decisión.

Lo cierto es que el Magistrado-Presidente, sobre la marcha, repentizó la adopción inicial de la medida, haciendo figurar una primera razón y luego en el incidente verbal añadió otras, que a su vez fueron incrementadas en sentencia, ninguna de ellas discutidas en su aspecto material en casación, lo cual no significa que todas no concurrieran desde el principio en el caso que nos ocupa, sino que estando también presentes, al Magistrado-Presidente le bastó con una causa de trascendental importancia (orden público), sin que en modo alguno excluyera la concurrencia de otras complementarias.

Sobre el modo de inquirir y recibir la respuesta de los jurados sobre la celebración a puerta cerrada del juicio o con publicidad, nada dice la ley, y desde luego no existe base alguna para exigirles una actuación semejante a la prevista en los Arbs. 55, 60 y 61 L.O.T.J.

En conclusión, el Magistrado-Presidente oyó a las partes personadas, consultó al jurado y adoptó motivadamente y con base legal la decisión pertinente, luego el art. 43 LOTJ. fue escrupulosamente respetado.

Por todo lo expuesto el motivo ha de decaer.

CUARTO.- En base al art. 5-4 LOPJ. y 852 L.E.Cr. entiende vulnerado el art. 24-1º y 2º C.E. y más concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, todo ello en relación al art. 702, 704 y 705 L.E.Cr., a su vez en relación a la decisión adoptada de celebrar el juicio a puerta cerrada.

1. La razón de la protesta es la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de validar el acuerdo del Magistrado-Presidente del Tribunal de jurado de que la testigo Lorenza no compareciera en la sala a declarar como testigo, permitiéndolo hacer por videoconferencia.

El recurrente comienza destacando la relevancia de la testigo y lo determinante de su testimonio, en atención al cual podía decidirse en juicio la calificación jurídica de los hechos como homicidio o asesinato, ya que fue la única testigo presencial del crimen.

En el acta de 20 de octubre de 2008 el Fiscal interesó que "la declaración de Cintia fuera practicada por videoconferencia, en virtud de la L.O. de 23 de diciembre del 94". Por lo que se refiere a Lorenza interesa se practique mediante videoconferencia.

Cintia es la hija menor del fallecido y Lorenza la testigo presencial del crimen. También se había interesado que determinados funcionarios de la Comisaría general de Policía científica propuestos como testigos o peritos en su día declarasen igualmente a través de videoconferencia.

Por la defensa del acusado se manifestó:

"En cuanto a las pruebas por videoconferencia no se opone a ellas". En relación a la declaración de la principal testigo afirmó:

"Respecto a la declaración de Lorenza no tiene ningún inconveniente que declare con las medidas necesarias que ella estime conveniente" (fol. 553).

A continuación el Mº Fiscal sobre la declaración de Lorenza manifestó:

"que la prueba por videoconferencia se realice desde la comandancia de la Guardia Civil, conectando desde esta sede con la Comandancia", a lo que se opuso el recurrente solicitando "que el lugar desde donde se practique sea una dependencia judicial".

El Magistrado-Presidente inicialmente resolvió que la testigo de cargo, Lorenza, "declarara a presencia judicial con las medidas de protección oportunas", ante cuya decisión protestó el Fiscal insistiendo en su práctica desde la Comandancia por las razones que en su momento adujo.

En base a las mismas el Presidente del Tribunal de Jurado rectifica su inicial decisión y acuerda definitivamente:

"que se practique por videoconferencia desde el Cuartel de la Guardia Civil", ante cuya resolución el ahora impugnante hizo la correspondiente protesta, por entender se vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva ya que la declaración de Lorenza es una de las pruebas testificales propuestas por esta parte y se viola el principio de inmediación.

Invoca la Ley Orgánica núm. 19/1994 de 23 de diciembre de Protección de testigos y peritos en causas criminales, cuya finalidad es establecer mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen en juicio en funciones de colaboración con la Justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio pueda ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal.

Es indudable que las restricciones que se adopten en beneficio de su protección no deben mermar los principios del proceso penal.

La parte recurrente sigue arguyendo el derecho que tiene, previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 802, 704, 705 y 708), de interrogar a los testigos de forma personal y directa, del mismo modo que también se reconoce en los tratados internacionales suscritos por España, art. 6.3.d) del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Públicas (Roma 1950) y el 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (1966).

Invoca jurisprudencia de esta Sala (S.T.S. 25 de abril de 1997 y 9 de marzo de 1999) en cuyos procesos se utilizaron distintos mecanismos para ocultar la identidad del testigo y aunque el público asistente no le pudo ver si pudo oírle.

En el caso concernido, también esta última posibilidad quedaba descartada, ya que el juicio se acordó celebrarlo a puerta cerrada.

2. No queda clara de las distintas posiciones mantenidas en el juicio si

el recurrente aceptó en un principio que la testigo declarara por videoconferencia, o fue más tarde cuando se acordó que debía hacerlo desde el cuartel de la Guardia Civil, cuando manifestó su más rotunda oposición.

La circunstancia es indiferente, ya que frente a la Ley especial de Protección de testigos y peritos (Orgánica núm. 19/1994 de 23 de diciembre) prevista para proteger a las víctimas de delitos y a testigos en quienes concurren especiales circunstancias de riesgo, existen otros preceptos que permiten declarar a través de videoconferencias, de tal suerte que los principios procesales de oralidad, inmediación y contradicción se hallan más preservados.

■

*"...el sujeto pudo haber sido y lo era un drogodependiente habitual de larga duración, había ingerido drogas en días precedentes e incluso el mismo día en que cometió los hechos, y todavía más, de acuerdo con el médico forense, no se excluye que el día de los hechos pudiera estar afectado por las mismas; ahora bien, no en el sentido teleológico de que su conducta estuviera condicionada de medio a fin entre delito y drogadicción."*

■

Nos referimos a los Arbs. 229.3 LOPJ. y 731 bis de la L.O.P.J.

El primero de los citados nos dice:

"estas actuaciones (declaraciones, interrogatorios, testimonios....) podrán realizarse a través de videoconferencia u otro similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal.

En esos casos, el Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal que haya

acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo".

En el mismo sentido el artículo 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal admite que "el Juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

3. En atención a tales preceptos esta Sala de casación no alcanza a comprender cuál es el derecho que se ha visto afectado de los que asisten al acusado. El Tribunal Superior analizó la cuestión y halló, con fundado criterio, plenamente ajustada a la ley la declaración por videoconferencia.

En efecto, la práctica de la testifical a través del citado medio telemático estaba sobradamente justificada, ya que la testigo había estado seriamente amenazada de muerte por el acusado y el exacerbado temor de aquélla le obligó a guardar silencio del crimen durante más de un año.

Pero es que además de ser la testigo fundamental de la causa, con los riesgos que su desaparición podría producir, el propio acusado es imputado y finalmente se le condena por un delito de amenazas graves, por lo que un cuartel de la Guardia Civil, es el lugar que más seguridad y libertad en la evacuación de su testimonio podía ofrecer a la testigo.

La Guardia Civil no había intervenido en este caso y los funcionarios de este cuerpo, como policía judicial, actúan a las órdenes de jueces y fiscales. De ahí que existieran garantías plenas del testimonio y de identidad refrendadas por el secretario, conforme a la Ley aplicable.

La declaración siguiendo tal mecanismo técnico -como con precisión y acierto expresa el Tribunal Superior- se sometió a debate y contradicción, optando el Magistrado-Presidente por la videoconferencia que se desarrolló con todos los requisitos legales, tanto de carácter técnico (comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido e interacción visual, auditiva y verbal), como procesales, asegurando la posi-

bilidad de contradicción de las partes con la salvaguarda del derecho de defensa.

No cabe afirmar que no existió intermediación o contradicción, sino a lo sumo que éstas se manifestaron de otro modo, que es plenamente acomodado a la ley, por cuanto la defensa pudo ver a la testigo, oírle e interrogarla sobre cuanto consideró oportuno, y si nos atenemos al acta del juicio, como perspicazmente apunta el Tribunal Superior, el interrogatorio fue amplio, detallado y exhaustivo y por ende excluyente de cualquier indefensión.

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- Con igual sede procesal que los precedentes motivos (art. 5-4 LOPJ, y 852 L.E.Cr.) denuncia la vulneración del art. 24-2 C.E. y más concretamente el derecho a un proceso público con las debidas garantías, por infracción del art. 70.1 L.O.T.J.

1. La causa de la protesta es la no inclusión en el "factum" del contenido exacto del veredicto del jurado.

Ante las dificultades del recurrente de acomodar esta particular protesta a las infracciones por quebrantamiento de forma, opta por la vía de la violación de derechos fundamentales (derecho de defensa) al haberle impedido aducir la concurrencia de la atenuante analógica de drogadicción.

El impugnante discrepa del contenido del "factum" en relación al veredicto en el siguiente fragmento de los hechos probados:

"El procesado Damaso es politoxicómano desde hace al menos veinte años en cuanto consumidor diario de heroína, cocaína y otras sustancias psicotrópicas y realizó consumo intenso de sustancias estupefacientes en los días anteriores de los hechos que se juzgan en la causa y en ese concreto día, a pesar de lo cual, no tenía afectadas (debió decir gravemente afectadas), por dicha politoxicomanía y consumo, su capacidad de comprender la trascendencia de los hechos que se juzgan; ni tenía tampoco afectada (debió decir gravemente afectada), por no influirle dicha politoxicomanía ni el consumo aludidos, su capacidad de controlar sus impulsos y su comportamiento".

La descripción de la politoxicomanía padecida por el sujeto agente se derivaba de las respuestas del jurado a las preguntas B8 y B11. Sin embargo, las directamente relacionadas con estas, esto es, las B9, B10, B12 y B13, no resultan probadas y en ellas se hablaba solamente de afectación grave.

El propio Tribunal Superior hace notar la obligación del Magistrado-Presidente del jurado de aclarar la tal omisión, pero a fin de cuentas la re-

puta innecesaria por la explicación sucinta que el Jurado da para justificar la no afectación de la drogadicción a las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

2. El planteamiento del tema es correcto y evidente la deficiencia aparente, que no es tal, si nos atenemos a las explicaciones del Jurado a las que hacía referencia el Tribunal Superior.

En efecto, el jurado cuando negó la afectación "grave" de la toxicomanía a las facultades de obrar del acusado dijo:

"Consideramos que no estaba probado y que estaba en buenas capacidades intelectuales para entender la trascendencia de lo que hacía, porque el orden de los sucesos estaba bien planificado y una persona que lleva tantos años drogándose, consigue tolerar y conocer las dosis que puede ingerir, manteniendo las condiciones mentales" (motivación del punto B9: folio 695 vuelto); "consideramos el hecho no probado y que sus condiciones comportamentales están en buen estado por lo esgrimido en el punto anterior" (motivación punto B10: folio 696); "consideramos no probado el hecho, refiriéndoles a las explicaciones dadas en los puntos B9 y B10" (motivación punto B12: folio 696); "consideramos no probado el hecho alegado lo mismo que en el punto anterior" (motivación punto B13: folio 696).

Y todavía más: respecto a los puntos B9, B10, B12, B13, añaden los jurados:

"Colocar el coche donde lo situó, en un lugar concreto, arrinconar a Bienvenido y a Lorenza en el fondo del garaje, cerrar la puerta para evitar que se escapen, acertar todos los disparos, tener el arma preparada previamente, llevar a Lorenza en su coche y conduciendo a casa de sus padres, asegurándose de que no se lo diría a nadie, son actos propios de una persona en buen estado intelectual.

Además, los hechos posteriores y la planificación previa también indican que había actuado en estado mentalmente apropiado" (folio 696).

3. Ante tales afirmaciones resulta que el impugnante al formular en su momento preguntas a los jurados sobre la posibilidad de un efecto de la drogadicción no grave en la inteligencia o voluntad del afectado, bien por involuntaria omisión o por estrategia procesal, no realiza tal formulación, sustrayéndola a la contradicción de las partes.

La no afectación de la drogadicción a las facultades del sujeto de forma grave no significa que no las afectara levemente, pero no habiéndose acreditado este extremo era imposible propiciar una atenuante por analogía, ya que la atenuación no se

acredita solamente con la prueba de un estado duradero de adicción a la droga, sino que es necesario que pueda proyectar su influencia en el obrar del sujeto, circunstancia que ha quedado omitida, por lo que el dato no puede producir efectos ni incorporarse al "factum", porque no se acreditó.

En cualquier caso y aunque se hubiera planteado, las explicaciones del jurado, precisas y contundentes, excluirían cualquier efecto lenitivo a la drogadicción, de ahí que la queja suscitada carezca de eficacia operativa y se convierta en una simple y retórica consideración de un vicio de redacción anodino.

El motivo ha de rechazarse.

SEXTO.- Al amparo del art. 851-3 L.E.Cr. el recurrente protesta por no haber resuelto la sentencia todos los puntos objeto de las propuestas de la defensa.

1. El impugnante acude al acta del día 27 de octubre de 2002, en la que se constata que en el trámite previsto en el art. 68 L.O.T.J. se interesaba a efectos de imponer la pena se tomara en consideración la atenuante núm. 3 del art. 21 (que fue estimada) y la 21-6, analógica de drogadicción que no lo fue, y se decía que la concurrencia de dos atenuantes determina, de conformidad a la regla 2ª del art. 66, la rebaja de la pena en uno o dos grados, y ello se hacía así en atención a la declaración del Jurado a que nos referimos en el anterior motivo (apartados B8 y B11) que reputaba al acusado politoxicómano e incluso se daba por probado que en momentos previos a la ejecución del hecho consumió droga de la que causa grave daño a la salud.

2. El censurante olvida que el recurso que formaliza lo hace contra la sentencia del Tribunal Superior y no contra la del jurado, al que atribuye la omisión.

El Tribunal Superior sí se pronunció sobre tal alegato en el fundamento jurídico octavo, lo que debió evitar la reiteración de la pretensión dados los contundentes argumentos que allí se exponían.

En tal sentido podemos recordar el final del Fundamento 10º de la sentencia del jurado en donde se lee:

"... no permite en modo alguno considerar acreditada la influencia grave, en las facultades intelectivas y volitivas, como preconiza la defensa, ni incluso leve, que no contempla, de la drogadicción (...)", en el cuarto párrafo del FJ. 11º "... las respuestas del Jurado descartan la atenuación, se insiste, en cualquier de las formas que han sido planteadas por la defensa y llevadas a los puntos correspondientes al objeto del veredicto", y en el último párrafo de dicho FJ. "... cuando la in-

cidencia de la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa -lo que no ha sido planteado por la defensa ni sometido al Jurado, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia- lo procedente sería, en su caso, la aplicación de la atenuante analógica, art. 21-6º Código Penal, que, se insiste, no ha sido siquiera planteada".

3. De acuerdo con lo que acabamos de decir, reflejado por el Tribunal Superior en el fundamento 8º, es cierto que el jurado se pronunció sobre la pretensión, no incurriendo en ninguna incongruencia omisiva.

La verdad es que el recurrente no planteó la atenuación ni en conclusiones provisionales ni en las definitivas, sino en el trámite extemporáneo del art. 68 LOTJ., por lo que no fue incluida en el objeto del veredicto, ni las partes acusadoras pudieron contradecir dicha pretensión.

El motivo ha de rechazarse.

SÉPTIMO.- El último de los motivos, que residencia en el art. 849-1º L.E.Cr., lo dedica a atacar la inaplicación de la atenuante analógica de drogadicción del núm. 6 del art. 21 en relación con el 21-1º y 20-1º y 2º del C. Penal.

1. El Tribunal Superior de Extremadura, en opinión del recurrente, afirma que "los hechos declarados probados en la resolución impugnada impiden dar cobertura a la concurrencia de dicha atenuante", cuando en realidad tal imposibilidad provendría de las explicaciones o argumentaciones hechas por el jurado al entender no acreditadas las cuestiones señaladas en los números B9, B10, B12 y B13, en las que se planteó si el acusado tenía afectada "gravemente" su capacidad de comprender la trascendencia de los hechos o la de controlar sus impulsos y su comportamiento, no pudiéndose interpretar contra reo las respuestas dadas o los argumentos que las sustentan.

Insiste en que el carácter de politoxicómano habitual (desde hacía veinte años) viene expresamente reconocido en los apartados B8 y B11, del veredicto, afirmativamente respaldados por el jurado y reconocida la prueba que los reafirmaba, consistente en el informe de los médicos forenses y de los psiquiatras privados que dictaminaron a instancias de la defensa.

Por otro lado el impugnante nos dice que la jurisprudencia de esta Sala (véase S.T.S. 201/2001 de 6 de marzo; 662/2004 de 19 de mayo y 737/2004 de 2 de junio), permite estimar una atenuante analógica en casación, cuando la narración fáctica contenga todos los requisitos o datos

que sirven de base para su apreciación, haya existido contradicción en la instancia o posibilidad de contradecir y en fin sea alegada en casación, bastando a las demás partes la oportunidad de combatirla o adherirse a la misma.

2. El Tribunal Superior de Extremadura, en el fundamento noveno, hace un exhaustivo análisis de la drogadicción y de su influencia en la conciencia y voluntad del sujeto pasivo, desarrollando los requisitos que deben concurrir para su estimación (requisito biopatológico, tratándose de intoxicación grave y prolongada en el tiempo, el requisito psicológico, que se revela como determinante, en cuanto la conducta ha de estar condicionada por su relación con la consecución de la sustancia tóxica que provoca o puede provocar un estado carencial; el requisito temporal o cronológico, que obliga a ceñir el efecto en el sujeto al momento de la comisión del hecho y por último el requisito normativo o posibilidad de encasillar jurídicamente en cada uno de los preceptos que la contempla, que alcanzaría a un abanico que va desde la exigente completa (art. 20-1º o 20-2º = anomalía o alteración psíquica o intoxicación plena a las sustancias tóxicas o crisis de abstinencia provocada por la ausencia de las mismas) la exigente incompleta (art. 21-1º en relación con el 20-1º y 20-2 C.P.) atenuante ordinaria (art. 21-2 C.P.) o por último, la atenuante análoga (art. 21-6 C.P.).

Sobre esta base el Tribunal del Jurado, ha podido concluir, como puntualiza la combatida, que “ el acusado no tenía afectada su capacidad de comprender la trascendencia de los hechos ni la de controlar sus impulsos y su comportamiento”.

Tal afirmación nos viene a decir que el sujeto pudo haber sido y lo era un drogodependiente habitual de larga duración, había ingerido drogas en días precedentes e incluso el mismo día en que cometió los hechos, y todavía más, de acuerdo con el médico forense, no se excluye que el día de los hechos pudiera estar afectado por las mismas; ahora bien, no en el sentido teleológico de que su conducta estuviera condicionada de medio a fin entre delito y drogadicción.

La conciencia de la ilicitud del acto pertenece al mundo de los más elementales conceptos de la antijuricidad o conductas que todo humano reconoce como absolutamente prohibidas y gravemente dañosas.

El acusado en el plano concien- cial era totalmente conocedor del hecho que había proyectado y sus consecuencias, habiendo decidido desde antes de suceder el propósito de llevarlo a cabo, con sosiego y ponderación de sus consecuencias, y por último y en orden a la afectación de la libertad el jurado

descubrió la serie de sucesos enca- denados, absolutamente controla- dos y dirigidos con desenvoltura, control y precisión por el acusado, lo que excluye cualquier afecta- ción a la conciencia o voluntad del mismo.

Es cierto que han tenido influencia las explicaciones dadas a la respues- tas de las cuestiones B9, B10, B12 y B13 del veredicto, pero ello no eli- mina la razón fundamental del Tri- bunal Superior: en los hechos proba- dos no aparece la base fáctica para estimar la atenuación.

A ello podemos añadir que tam- bién excluye la aplicación de la ate- nuante las contundentes afirmacio- nes que se vio obligado a hacer el jurado frente a la pretensión de ami- norar una responsabilidad criminal que los jurados califican de fruto consciente y libre de la voluntad de ofender gravemente a la ley penal.

El motivo ha de rechazarse.

OCTAVO.- La desestimación de los motivos determina la expresa im- posición de costas al recurrente de conformidad con el art. 901 L.E.Cri- minal.

#### FALLO

Que debemos declarar y declara- mos no haber lugar al recurso de ca- sación interpuesto por la representa- ción del procesado Damaso, contra la sentencia de apelación dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de o Civil y Pen- al, con fecha veintisiete de enero de dos mil nueve que desestimó el re- curso interpuesto por dicho procesa- do, confirmando la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tri- bunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Badajoz de fecha tres de noviembre de dos mil ocho en causa seguida a dicho procesado por delito de asesinato y con expresa im- posición al mismo de las costas cau- sadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de o Civil y Penal, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, manda- mos y firmamos. Adolfo Prego De Oliver Tolivar.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez De Lúcar.- Luciano Varela Castro.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ma- gistrado Ponente Excmo. Sr. D José Ramón Soriano Soriano, estando ce- lebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tri- bunal Supremo, de lo que como Se- cretario certifico.

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/229095

TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 6 octubre 2009. Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

No se extiende al nuevo territorio agregado

### Ámbito territorial de actuación del procurador después de la creación de un partido judicial

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Colegio de Procuradores de Málaga contra la STSJ de Andalucía, que confirmó el acuerdo del Consejo General de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, que como consecuencia de la creación del partido judicial de Torremolinos, requirió a los procuradores de los tribunales pertenecientes a los partidos judiciales de Málaga y de Fuengirola que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1992, dispusieran de seis meses de antigüedad en el ejercicio de la profesión y despacho profesional abierto en la localidad de Torremolinos, para que limiten su actuación profesional en este partido judicial, única y exclusivamente a los asuntos que hubieran sido de la competencia de su partido judicial de origen -Málaga o Fuengirola- si no se hubiera creado el de Torremolinos. La Sala expone que el alcance del derecho reconocido en la disp. transit. única RD 2046/1982 no es otro que el mantenimiento de su situación jurídica, es decir, del ámbito territorial en el que venían ejerciendo su profesión y no la ampliación del mismo, que es lo que se defiende en este recurso.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por acuerdo del Consejo General de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España de 24 de noviembre de 1995 se dispuso, por referencia a un informe del ponente “requerir a los Procura- dores de los Tribunales pertenecien- tes a los Partidos Judiciales de Má- laga y de Fuengirola que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 20 de marzo, sobre medidas co- rrectoras de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, dispusieran de seis meses de antigüedad en el ejercicio de la profesión y despacho profesional abierto en la localidad de Torremoli- nos, para que limiten su actuación profesional en el Partido Judicial de Torremolinos, única y exclusiva- mente a los asuntos que hubieran sido de la competencia de su partido judicial de origen -Málaga o Fuengi- rola- si no se hubiera creado el de Torremolinos. Todo ello de conformi- dad con lo que establece al efecto el acuerdo del Pleno de Consejo Ge- neral de los Iltres. Colegios de Pro- curadores de España adoptado con fecha de 3 de mayo de 1990”, ello como consecuencia de la creación del Partido Judicial de Torremolinos, integrado con las localidades de Al- haurín de la Torre y Benalmádena, hasta entonces comprendidas en los partidos de Málaga y Fuengirola, respectivamente.

Frente a ello se interpuso recurso contencioso administrativo en el que los interesados cuestionan, esencial- mente, la limitación de la actuación profesional en el Partido Judicial de Torremolinos, única y exclusiva- mente a los asuntos que hubieran sido de la competencia del Partido Judicial de origen del Procurador, pretendiendo que se extienda al agre- gado del partido no originario.

La Sala de instancia, frente a las dificultades de aplicación de la norma que se suscitan por la parte, razo- na la desestimación de dicha preten- sión señalando que ello “no oscurece la claridad de sus términos, que sin sombra de duda y como excepción al principio de territorialidad, consa- grado, entre otros, por los artículos 44 del Estatuto General de 1982, y 1 y 13 del hoy vigente, aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, en caso de alteración de la demarcación judicial, autoriza que los Procuradores con la repetida anti- güedad en el partido puedan conti- nuar su ejercicio profesional “..en el mismo territorio aunque se haya dis- tribuido en Juzgados distintos..”, lo que evidentemente significa que di- cho ejercicio profesional debe redu- cirse espacialmente a aquel en el que se venía desarrollando hasta la alte- ración de la demarcación judicial.

La lógica de la norma confirma el significado que se extraía de sus tér-

minos literales, con los que naturalmente pretendía mantenerse la situación hasta entonces existente, minorando la incidencia que las alteraciones de la organización judicial pudieran producir sobre el ejercicio profesional, finalidad conservadora esta que, por lo tanto, pugna con el resultado defendido por las actoras, con el que, en definitiva, los Procuradores afectados ampliarían su anterior ámbito espacial de actuación.

Ésta era en efecto la declarada intención de la norma, plasmada en la parte expositiva del citado Real Decreto 1417/1983, que tras referirse a los frecuentes supuestos en que "...por alteración del territorio de determinados partidos judiciales los Procuradores en éstos ejercientes ven limitado su campo tradicional de actividad al no existir norma de carácter transitorio que regule tales supuestos...", plantea la necesidad de "...evitar los perjuicios que en estos casos se originan...", lo que, ciertamente, llevó a cabo manteniendo el ámbito territorial de ejercicio hasta entonces desarrollado.

Por lo demás, ninguna de tales conclusiones parecen afectadas por lo establecido posteriormente por el artículo 13 del Estatuto hoy vigente, que parecía atribuir a los Colegios Profesionales la decisión más adecuada para tales supuestos pero que, precisamente, por no venir acompañado de norma transitoria alguna que contemplara la conservación de los derechos garantizados por el anterior Estatuto, ha sido recientemente anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero pasado (recurso directo 1/2003)."

SEGUNDO.- No conforme con ello se interpone este recurso de casación, en cuyo único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción del art. 1 del Real Decreto de 25 de mayo de 1983, que amplía la disposición transitoria del Estatuto General aprobado por Real Decreto 2046/82, de 30 de julio, en relación con el art. 14 de dicho Estatuto, alegando que donde la ley no establece ninguna exigencia más que el ejercicio con al menos seis meses de antelación y residencia y apertura de despacho, el Colegio no puede establecerla, aludiendo a las disfunciones que pueden producirse y haciendo referencia a las previsiones del art. 78 del nuevo estatuto General de los Procuradores de 5 de diciembre de 2002.

Así planteado el motivo se circunscribe a la interpretación del precepto en cuestión, es decir, la disposición transitoria del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales aprobado por Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio, en la redacción dada por el art. 1 del Real Decreto 1417/1983, de 25 de mayo, que añadió a la misma un segundo párrafo en los siguientes términos:

"Cuando las disposiciones que alteren la demarcación judicial no dis-

pongan otra cosa, los Procuradores que con seis meses de antelación vinieran actuando en partidos afectados por aquéllas podrán continuar su ejercicio profesional en el mismo territorio aunque se haya distribuido en Juzgados distintos, con la obligación de residir en la localidad cabecera de uno de éstos y abrir despacho en las poblaciones en que estén instalados los restantes".

Se trata de una norma intertemporal cuya finalidad, por su naturaleza, no es otra que atender a las situaciones jurídicas establecidas con arreglo a la anterior normativa, coordinando el mantenimiento de aquellas que se hubieran consolidado bajo el régimen anterior con la aplicación del que se viene a establecer. En este caso la norma transitoria se proyecta sobre el ámbito territorial del ejercicio profesional, y es clara en el sentido de mantener aquel en el que el Procurador venía ejerciendo antes de la alteración de la demarcación judicial, salvo que la disposición al establecer la nueva demarcación dijera otra cosa. Se trata, según expresión literal del precepto de "continuar el ejercicio profesional en el mismo territorio", con lo que se pretende que el Procurador ya establecido no vea alterada su situación jurídica limitándole el ámbito territorial de su ejercicio profesional por el hecho de que se produzca una modificación de la demarcación judicial. Precisamente la falta de una previsión al respecto en el nuevo estatuto aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, llevó a la anulación de su art. 13 por sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2005, cuya doctrina se reproduce en las posteriores de 28 de febrero y 21 de diciembre del mismo año, y que considera que la referida transitoria reconoció a los interesados derechos de los que el art. 13 del nuevo Estatuto General les despojaba.

Pero en todo momento se considera que el alcance de tal derecho no es otro que el mantenimiento de su situación jurídica, es decir, del ámbito territorial en el que venían ejerciendo su profesión y no la ampliación del mismo, que es lo que se defiende en este recurso, y que evidentemente no supondría el respeto de derechos adquiridos sino el establecimiento de los mismos a consecuencia de la nueva normativa, para lo que ha de estarse a sus previsiones y aplicación, que no es el caso de la que ahora examinamos.

Ello no impide, por lo tanto, previsiones como la contenida en el art. 78 del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, que partiendo de que la modificación de las demarcaciones judiciales no afectan al ámbito territorial de los Colegios de Procuradores, que tendrán competencia en los nuevos partidos judiciales que puedan crearse dentro de su territorio, establece las facultades de los órganos de Gobierno de los Colegios para efectuar delimitaciones territoriales con el objetivo de comprendan partidos judiciales completos, previsiones que por razones temporales no son de aplica-

ción al caso, en el que el Consejo General de los Colegios de Procuradores de España, al adoptar el acuerdo impugnado de 24 de noviembre de 1995, se ajustó a la normativa entonces vigente en una interpretación conforme con la naturaleza y alcance del régimen transitorio aplicable.

En consecuencia el motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- La desestimación del motivo invocado lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación, lo que determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de cada parte recurrida.

### FALLO

Que desestimando el motivo invocado, declaramos no haber lugar al recurso de casación 6959/05, interpuesto por la representación procesal del Colegio de Procuradores de Málaga contra la sentencia de 24 de mayo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso 475/1996 y acumulado 2368/1996, que queda firme; con imposición legal de las costas a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Miguez.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Agustín Puente Prieto.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

2009/234752

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 9 octubre 2009. Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

## Nulidad del Decreto valenciano 60/2003 por infracción de la legislación básica estatal

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la STSJ de la Comunidad Valenciana, y en consecuencia revoca dicha sentencia, estima el recurso contencioso ad-

ministrativo y anula el Decreto 60/2003, del Consejo de la Generalidad Valenciana, que aprobó las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante. La Sala reitera los argumentos esgrimidos en dos sentencias anteriores, que anulaban el Decreto impugnado al considerar que la posibilidad de establecimiento o alteración de las zonas de protección a través de instrumentos de ordenación del espacio protegido, y no a través de la norma con rango de ley, se opone a lo establecido en la legislación estatal.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación núm. 4058/2005 la sentencia dictada el 13 de enero de 2005 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 3ª, en su recurso 1138/2003, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por "Lorca Familia S.L." contra el Decreto 60/2003, de 13 de mayo, del Consejo de la Generalidad Valenciana, aprobatorio de la ordenación de las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de La Mata y Torrevieja y El Fondó) - DOGV 4504, de 21 de mayo de 2003-.

SEGUNDO.- De las actuaciones obrantes en este proceso (y en los conexos que se citarán a continuación) resultan los siguientes antecedentes a considerar:

Mediante Decreto 189/1988, de 12 de diciembre de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad Valenciana se declaró Paraje Natural "Las Lagunas de la Mata y Torrevieja", atribuyéndosele un régimen especial de protección conforme a la normativa establecida al efecto en la Ley autonómica 5/1988, de 24 de junio, reguladora de los Parajes Naturales de la Comunidad Valenciana. Dicho Decreto fue anulado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 500/1995, de 16 de mayo de 1995, y sustituido por el posterior Decreto 2371/1996, de 16 de diciembre, de declaración del Parque Natural de las Lagunas de la Mata y Torrevieja.

Por otra parte, mediante Decreto 49/1995, de 22 de marzo, del Gobierno Valenciano, se aprobó definitivamente el Plan Rector de Uso y Gestión del referido Paraje Natural. Este Decreto fue también anulado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en sentencia de 5 de enero de 1998 (rec. cont.-ad. 3231/1995), a causa de no haberse solicitado, durante la tramitación de aquél, el dictamen del Consejo de Estado. Contra esa sentencia

se interpuso ante esta Sala del Tribunal Supremo el recurso de casación 2609/1998, que se resolvió en sentido estimatorio por sentencia de 16 de junio de 2003. En ella se declaró, de una parte, que en la tramitación del referido Plan Rector no resultaba preceptivo recabar dictamen del Consejo de Estado. Pero, de otra, que dicho Plan carece de la necesaria cobertura legal para establecer 'ex novo' zonas periféricas de protección sobre el mencionado Parque Natural. Como consecuencia de ello estimó parcialmente el recurso contencioso y anuló el artículo tercero del citado Decreto, en el que se estableció un perímetro de protección de 500 metros en torno al límite del Paraje.

En esta tesitura, el 13 de mayo de 2003 el Consejo de la Generalidad Valenciana dictó el Decreto 60/2003 -que constituye el objeto del presente proceso-, en cuya virtud se aprobó la "ordenación de las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de La Mata y Torrevieja y El Fondó)".

Contra este último Decreto se interpusieron, además del presente, cuatro recursos contencioso-administrativos más (núms. 1082/2003, 1139/2003, 1141/2003 y 1140/2003), que se resolvieron con las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fechas respectivas 30 de junio, 4 de octubre y 26 de noviembre de 2004 y 13 de enero de 2005, todas ellas desestimatorias. Las tres últimas fueron impugnadas ante esta Sala del Tribunal Supremo en los recursos de casación 7/2005, 589/2005 y 3742/2005. De ellos los dos primeros han sido ya resueltos mediante sendas sentencias de 30 de junio y 1 de julio de 2009, estimatorias de la casación y anulatorias del mentado Decreto 60/2003.

TERCERO.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de enero del 2005 ahora impugnada desestimó el recurso contencioso efectuando una remisión a sus anteriores sentencias de 30 de junio y 4 de octubre de 2004 antes citadas (reces. cont.-ad. 1082/2003 y 1139/2003), y limitándose a transcribir literalmente fundamentos jurídicos de éstas.

Contra esta sentencia de 13 de enero de 2005 la entidad mercantil "Lorca Familia, SL" ha interpuesto recurso de casación en el que esgrime dos motivos de impugnación, a saber:

1º.- Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional 29/98 (LRJCA), esto es, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte. Se denuncia en él la vulneración del ar-

tículo 120 de la Constitución, artículo 218 LEC y artículos 33.1 y 67.1 LRJCA, por incurrir la sentencia recurrida en falta de motivación e incongruencia omisiva, al limitarse a transcribir los fundamentos jurídicos de otras sentencias anteriores sin analizar, ni resolver las específicas cuestiones planteadas en este concreto proceso.

2º.- Al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA, por infracción de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución y artículo 18 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y la Flora y Fauna Silvestres (LCEN), por haberse ordenado en el Decreto impugnado los usos permisibles en las fincas de la recurrente de una manera arbitraria y discriminatoria, y por haberse infringido al mismo tiempo la reserva de Ley establecida en el citado artículo 18 de la Ley 4/1989 en la delimitación de la zona periférica de protección del espacio natural en cuestión.

CUARTO.- Hemos de declarar haber lugar al recurso de casación.

A).- Esta Sala del Tribunal Supremo, en las dos sentencias de fechas respectivas 30 de junio y 1 de julio de 2009 antes referidas, dictadas en los recursos de casación 7/2005 y 589/2005, anuló ya el reiteradamente citado Decreto 60/2003, de 13 de mayo, de ordenación de las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de La Mata y Torrevieja y El Fondó), que constituye el objeto de este pleito.

Y ello porque dicho Decreto: "(...) pretende la ordenación de las zonas periféricas de protección del Parque Natural de las Lagunas de La Mata y Torrevieja (dentro del sistema de zonas húmedas del sur de Alicante) sin que una norma con rango de ley declarara el mismo, y sin que -aquí lo significativo- una norma de dicho rango creara las zonas periféricas de protección del citado Parque Natural, (pese a que) del artículo 18 de la LCEN se deduce tanto una reserva formal de ley (que impone el precepto con rango de ley para la creación de las citadas zonas limitadoras) como una reserva material de ley (por cuanto se exige la regulación por ley -en la norma de creación- del Espacio Natural Protegido).

Pues bien dicho rango no podemos encontrarlo en relación con ninguno de los siguientes argumentos:

(...) En el Decreto 189/1988, de 12 de diciembre, por el que se declaraba Paraje Natural a las Lagunas de la Mata y Torrevieja, ya que -al margen de sus rango- el mismo Decreto fue anulado por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 1995, antes, pues de la publicación del Decreto impugnado 60/2003.

(...) En el Decreto de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de

la Generalidad Valenciana 237/1996, de 10 de diciembre, por el que se crea de nuevo el actual Parque Natural las Lagunas de la Mata y Torrevieja; Decreto que, si bien estaba en vigor en el momento de la publicación del Decreto impugnado, ni era norma con rango de ley, ni contemplaba, en concreto, la existencia de zonas de protección.

(...) Por lo que hace referencia al artículo 29 de la Ley valenciana 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana, en relación con el 37.2 del mismo texto legal autonómico, en los que fundamentalmente insiste la sentencia de instancia, debemos señalar que el mandato en los mismos contenido tampoco puede ser considerado suficiente para superar la exigencia de reserva legal a la que venimos haciendo referencia, con respaldo en el artículo 18 de la LCEN, por cuanto la posibilidad de creación -que dichos preceptos autonómicos contemplan- no supone que -real y efectivamente- dicha creación legal se haya producido; es mas, la norma que posibilitaba dicha creación no era otra que el artículo 3 del Decreto 49/1995, de 22 de marzo, por el que se aprobaba el Plan Rector de Uso y Gestión del Paraje Natural de las Lagunas de la Mata y Torrevieja, que acabaría siendo anulado por la citada STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 1998 y confirmada, en este particular, por la STS de 16 de junio de 2003.

Pues bien, tras contemplarse en el artículo 29.1 de la citada Ley autonómica que "la declaración de espacio natural protegido" puede incluir la delimitación de "áreas de amortiguación de impactos", se añade en el apartado 2 del mismo artículo 29: "El establecimiento o alteración de la delimitación de áreas de amortiguación de impactos y el régimen de protección aplicable a las mismas podrá asimismo llevarse a cabo por los instrumentos de ordenación del espacio protegido sin que tenga la consideración de modificación de la declaración de espacio natural protegido". Por su parte, en el artículo 37.2 de la misma norma autonómica valenciana se añade, al regular los Planes Rectores de Uso y Gestión, que, los mismos, "En ausencia del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, establecen, además, el régimen de protección y ordenación de usos necesarios para garantizar la conservación, protección y mejora de los valores ambientales".

En principio la contradicción entre dichas normas autonómicas con la básica estatal (18 de la LCEN) parece evidente, ya que la posibilidad de establecimiento -o alteración- de las zonas de protección a través de instrumentos de ordenación del espacio protegido, y no a través de la norma con rango de ley, se opone a lo establecido en la legislación estatal, sin que la normativa autonómica pueda

dejar sin efecto la reserva legal estatal contenida, además, en una norma básica. Debe, pues, rechazarse el apoyo que la sentencia de instancia intenta encontrar en dichos preceptos para mantener la legalidad del Decreto 60/2003 impugnado, cuando se dice que "el Decreto 60/03 constituye un instrumento de ordenación de usos y actividades en el ámbito de la zona periférica de protección del Parque Natural de las Salinas de la Mata y Torrevieja", o bien, cuando añade que "el artículo 37.2 de la Ley valenciana 11/1994, otorga cobertura legal a la ordenación impugnada, sustitutiva del régimen previsto para los perímetros de protección por el anterior PRUG de 22 de marzo de 1995".

Pero es mas, el Decreto 60/2003 impugnado no puede ser considerado como un "instrumento de ordenación de usos y actividades en el ámbito de la zona periférica de protección", por cuanto tal misión -artículo 15 de la LCEN - está encomendada a los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, que debe ser aprobado con anterioridad al PRUG, como dispone, además del precepto de la citada Ley estatal, el mismo artículo 31.1 de la ley autonómica valenciana 11/1994. El supuesto excepcional de declaración de parques y reservas naturales -sin previa aprobación de un PORN-, que se contempla en el artículo 15.2 de la LCEN, tampoco resulta de recibo en el supuesto de autos por evidentes razones temporales (un año a partir de la declaración del parque) y materiales -esto es, por que no es un PORN, sino un PRUG-, y, todo ello, además, por no haberse justificado, de forma expresa, las razones que exigían su creación.

(...) Por último, tampoco podemos encontrar el apoyo legal necesario en la Disposición Adicional Primera de la citada Ley 11/1994, que dispuso "que los espacios naturales declarados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley quedan reclasificados con arreglo a lo previsto en la Disposición Adicional Segunda", Disposición en la que -apartado f)- se incluye al Parque Natural de las Lagunas de Mata y Torrevieja; pero, como antes indicábamos, y aceptando a efectos meramente dialécticos tal mecanismo de declaración legal, lo cierto es que dicha norma no crea las zonas periféricas de protección (que el Decreto impugnado se proponía ordenar), pues, se insiste, el artículo 29.2 de la citada Ley autonómica contempla una posibilidad que, ni la citada ley ni ningún otro precepto con dicho rango, han materializado en los términos exigido. (...).

B) Por esas mismas razones, procede declarar haber lugar al recurso de casación, a fin de revocar la sentencia de instancia, que desestimó indebidamente el recurso contencioso administrativo núm. 1140/03, y que es por ello disconforme a Derecho.

QUINTO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional), ni existen razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

### FALLO

Que declaramos haber lugar al presente recurso de casación núm. 4058/05 interpuesto por la entidad "Lorca Familia S.L." contra la sentencia dictada el 13 de enero de 2005 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, (Sección 3ª) en el recurso contencioso administrativo núm. 1138/03, y en consecuencia:

1º.- Revocamos dicha sentencia.

2º.- Estimamos el recurso contencioso administrativo núm. 1138/03 interpuesto por aquella mercantil

contra el Decreto 60/2003, de 13 de mayo, del Consejo de la Generalidad Valenciana, que aprobó las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de la Mata y Torrevieja y El Fondó).

3º.- Declaramos dicho Decreto 60/03 disconforme a Derecho, y lo anulamos.

4º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- María del Pilar Teso Gamella.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

reas que desempeña el Jefe de Operaciones de estiba y desestiba de mercancía en una empresa concesionaria dedicada a la estiba y desestiba en el puerto de Valencia, están comprendidas en el ámbito de dicho Régimen Especial.

Se trata de un trabajador que realiza funciones de Jefe de Operaciones de estiba y desestiba de mercancías. Consta en el Hecho Séptimo que realiza labores de dirección y coordinación de tales operaciones, tanto en los locales de la empresa como en el propio muelle.

Dichas labores comprenden las de control y coordinación de operaciones portuarias a bordo de buques, dirigiendo desde los mismos las operaciones de estiba y desestiba, carga y descarga, la contratación de personal para tales funciones y almacenamiento de graneles, la contratación de la maquinaria precisa y la determinación de los trabajos a realizar por los estibadores y designación nominativa de los concretos trabajadores que han de realizarlos.

Precisa la sentencia que el control de las operaciones de estiba y desestiba exige a veces la presencia física en el buque para poder controlar con carácter previo el orden de carga y descarga así como prever los posibles problemas en su desarrollo, manteniéndose dicho control durante toda la ejecución.

La sentencia recurrida, confirmando la dictada por el Juzgado de lo Social, entiende que procede el alta del Jefe de Operaciones en el Régimen Especial del Mar y el Instituto Social de la Marina, disconforme, interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que aporta como sentencia de contraste la STS de 27 de julio de 2005 (Rec. 2940/2004) y denuncia la infracción del art. 2.6 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

En dicha sentencia se plantea si un oficial de actividades portuarias de una empresa marítima incluida en el censo de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Bilbao debe estar encuadrado en el REM por realizar funciones de control de mercancías, cargas, destinos, extensión de albaranes y demás actividades propias de su categoría profesional relacionadas con la estiba y desestiba.

La doctrina unificada por la sentencia es que la actividad desempeñada por el trabajador no está incluida en el grupo definido como estibadores portuarios a tenor del art. 1 c) del Decreto 2309/1970, o la disposición transitoria 2ª del RD 2390/2004 o el III acuerdo de 1999 para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario.

La contradicción es evidente, pues la doctrina unificada de la sentencia

de esta Sala que se opone como contraste decide que en estos supuestos corresponde la aplicación al Régimen General de la Seguridad Social y no, como señala la recurrida, al Régimen Especial de Trabajadores del Mar, siendo indiferente a este respecto que en un caso (en la recurrida) se trate de un Jefe de Operaciones de estiba y desestiba y en el otro (en la de contraste) de un Oficial de actividades portuarias, pues, como hemos visto, lo esencial es si la actividad realizada por los trabajadores tiene encaje en el grupo definido como estibadores portuarios. Asimismo, es irrelevante que se trate de empleadores privados o incluidos en el censo de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba, como señaló nuestra sentencia de 25 de septiembre 12007 (Rec. 152/06); cuestión ésta que tampoco se plantea en pleito.

SEGUNDO.- La infracción jurídica denunciada por el Instituto Social de la Marina se centra en la interpretación de los arts. 2 a 6 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

La cuestión ha sido resuelta por doctrina unificada en nuestra sentencia alegada de contraste de 27 de julio de 2005 (Rec. 2940/04), sin que existan razones para modificarla, teniendo en cuenta, además, que ha sido ratificada por otras posteriores, como la antes citada de 25 de septiembre de 2007 (Rec. 152/06), que, también en relación con un Jefe de Operaciones, la resume así:

"Pero no todos los empleados de las empresas privadas que se dedican a la actividad de carga y descarga de buques, han de estar encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social mencionado, pues tal exigencia únicamente es aplicable a los trabajadores de tales empresas que trabajan en ellas como estibadores portuarios, llevando a cabo los trabajos propios de los mismos; en cambio, los restantes trabajadores de esas empresas privadas, los cuales no desarrollan la actividad de estiba y desestiba de naves, han de ser afiliados al Régimen General de la Seguridad Social. Así se desprende de lo ordenado en las sentencias de esta Sala de 14 de febrero del 2006 (rec. 4803/2004), 20 de febrero del 2006 (rec. 4786/2004) y 3 de mayo del 2006 (rec. 2401/2005) entre otras.

Se parte de la base de que lo determinante para la afiliación al Régimen Especial, y dentro del mismo, el encuadramiento específico en la actividad de estiba o desestiba, es la naturaleza concreta del trabajo desempeñado y no la condición de la relación laboral que les une con sus respectivas empresas ni la naturaleza de éstas, pública o privada.

Por esa razón, en las sentencias de esta Sala que cita la parte recurrida en su escrito de impugnación,



2009/205418

TS Sala 4ª, Sentencia 19 junio 2009. Ponente: D. Jesús Souto Prieto

## Y no en el Especial de Trabajadores del Mar Encuadramiento en el RGSS del jefe de operaciones de estiba y desestiba de mercancía

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Social de la Marina codemandado frente a una sentencia que reconoció al trabajador su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, concretamente en el grupo de Estibadores Portuarios.*

*La Sala señala que se trata de determinar si las tareas que desempeña el jefe de operaciones de estiba y desestiba de mercancía en una empresa concesionaria están comprendidas en el ámbito de dicho Régimen Especial y la cuestión ha sido resuelta por doctrina unificada en sentido contrario pues declara que los trabajadores de empresas privadas que no desarrollan la actividad de estiba y desestiba de naves han de ser afiliados al Régimen General de la Seguridad Social pues lo que importa es la naturaleza concreta del trabajo desempeñado y no la condición de la relación laboral que les une con sus respectivas empresas ni la naturaleza de éstas, pública o privada; en este caso el trabajador presta servicios como jefe de operaciones y, evidentemente, tales funciones no se corresponden con las que desarrollan los estibadores por lo que su encuadramiento correcto es en el RGSS.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso se discute una cuestión de encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, concretamente en el grupo de Estibadores Portuarios. Se trata de determinar si las ta-

dramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, concretamente en el grupo de Estibadores Portuarios. Se trata de determinar si las ta-

por ejemplo la de 9 de julio de 2.004 (recurso 886/2003), al margen de analizarse otros problemas de fondo, se parte allí de que la actividad del trabajador demandante era específicamente encuadrable en el concepto legal de estiba o desestiba y en absoluto tenían nada que ver con tareas de tipo administrativo o de control del trabajo de otros, razón por la que se concluye estimando la pretensión del trabajador afectado.

Pero la situación de hecho en asuntos como el que hoy se analiza o como los que fueron objeto de pronunciamiento en las sentencias de esta Sala antes citadas es diferente, puesto que se trata en éstos casos de actividad administrativa y no estrictamente de estiba o desestiba”.

Y concluye dicha Sentencia “Este demandante presta servicios como Jefe de Operaciones, los cuales servicios, evidentemente, no son equivalentes a los que desarrollan tales estibadores, exigiendo para su realización unos niveles, capacidades y condiciones muy diferentes a las de éstos”.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 3 de julio de 2008, que casamos y anulamos y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de tal naturaleza interpuesto por el Instituto Social de la Marina, con revocación de la sentencia de instancia, desestimando la demanda formulada por TERMINAL MARÍTIMA DE GRANELES, S.L. (TEMAR-GA). Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/217635

TS Sala 4ª, Sentencia 14 julio 2009. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

## En el cálculo de indemnización civil adicional por accidente de trabajo Alcance del descuento de las prestaciones de SS y cantidad derivada de póliza suscrita por la empresa

*Recurre en casación para la unificación de doctrina el trabajador demandante contra sentencia que le otorgó una indemnización por daños y perjuicios por accidente de trabajo, descontando del importe el capital coste de la pensión de IPT que tenía reconocida así como también la indemnización recibida por una póliza de seguros suscrita por la empresa, dejando sin deducir únicamente el recargo por falta de medidas de seguridad. Teniendo en cuenta la existencia de tres vías de reparación del daño y aplicando criterios de complementariedad y homogeneidad, estima el TS el recurso, y declara que no se puede deducir de la indemnización por IT, lo abonado en concepto de capital coste de la pensión por IP, ya que se vulneraría doblemente la mencionada regla de homogeneidad, primero, al imputar a la indemnización por IT lo que corresponde a la IP y, segundo, al compensar unas partidas que corresponden a la indemnización básica por otras que funcionalmente cubrirían en su caso el lucro cesante. Además, el Alto Tribunal mantiene la condena de intereses moratorios prevista en la sentencia de instancia aun cuando ampliada a las cantidades previstas en la actual sentencia.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor, que trabaja para la empresa Fabricados Metálicos S.A. -sucedida luego por Desarrollos Empresariales Anacarbe, S.A.- sufrió accidente de trabajo, por el que le fue reconocida pensión de incapacidad permanente total para su profesión de oficial 3ª del metal por un cuadro que se describe como “déficit de la extensión del codo y muñeca derechos y mano en garra cubital”. Se aplicó el recargo por infracción de medidas de seguridad y el trabajador percibió también 12.020,24 euros, en virtud de un seguro suscrito por la empresa con una aseguradora no demandada para cubrir la incapacidad permanente total.

En las presentes actuaciones reclama frente a las empresas indicadas y

la aseguradora Groupama Plus Ultra un total de 250.000 euros como indemnización por la responsabilidad de la empresa en los daños derivados del accidente de trabajo. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda, condenando a las empresas y a la compañía de seguros a abonar 12.311,78 euros, cantidad que resulta de la valoración del daño, descontando el capital coste de la pensión y la indemnización de la póliza de seguro, aunque sin deducir el recargo. La sentencia recurrida desestimó el recurso de suplicación del actor, confirmando el cálculo de instancia. Frente a este pronunciamiento recurre el trabajador demandante, aportando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala el 17 de julio de 2007 en el recurso 4367/2007, que se pronuncia también en una reclamación de indemnización adicional por los daños derivados de un accidente de trabajo y a la hora de determinar el alcance de las deducciones en razón de lo percibido por las prestaciones de Seguridad Social señala que esta deducción se debe realizar no de forma global, sino de acuerdo con un criterio de homogeneidad, que implica que la deducción no puede practicarse entre partidas que cumplen funciones de reparación distintas.

En concreto, hay que indicar a la hora de establecer la comparación que la valoración del daño que confirma la sentencia recurrida se realiza aplicando de forma orientativa el baremo del Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004 -sin duda en las cuantías aprobadas por la Resolución de 24.1.2006 (BOE 3 de febrero) que se alegó en la demanda- de la siguiente forma:

A) Por incapacidad temporal se computan 950 euros por 16 días de hospitalización y 29.550 euros por 591 días de baja impeditiva, con un total de 30.500 euros.

B) Secuelas, con 48 puntos de baremo, la cantidad de 71.000 euros.

C) Suma de A y B, menos una reducción del 20% por concurrencia de culpa del trabajador, 81.200 euros, cantidad a la que se aplica un 8% de incremento como factor corrección (6.496 euros), lo que da una indemnización de 87.696 euros.

B) Un incremento de 70.000 euros como factor de corrección de la indemnización básica por incapacidad permanente que se reduce en 20% por concurrencia de culpa de la víctima, que da una cantidad de 56.000 euros.

El total es de 143. 696 euros, del que se deducen:

1º) 119.363,98 euros del capital coste de incapacidad permanente total.

2º) 12.020 euros por lo percibido del seguro.

Lo que determina una indemnización total de 12.311 euros, a cuyo pago se condena solidariamente a las demandadas, aseguradora y empresa.

Por su parte, la sentencia de contraste, después de referirse a los criterios generales sobre la aplicación del baremo del Anexo del Real Decreto legislativo 8/2004 en la valoración de los daños por accidente de trabajo en el orden social, establece que para determinar el importe de la indemnización civil adicional es lógico deducir del importe total del daño lo cobrado por las prestaciones de la Seguridad Social, pero añade que la deducción sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, de forma que las prestaciones que indemnizan la pérdida de ingresos sólo descontarán de la indemnización reconocida por lucro cesante.

En lo que se refiere a la incapacidad temporal se dice que lo percibido por la prestación de Seguridad Social sólo se puede compensar con los conceptos del baremo dedicados a indemnizar el lucro cesante y con el tope de la garantía del 100% del salario cobrado, añadiendo que, como lo percibido no supera este límite, se entiende que “nada hay que compensar”, lo que implica que son compensables las cantidades que en el epígrafe A) de la Tabla indemnizan conceptos distintos del lucro cesante.

En cuanto a las lesiones de incapacidad permanente se entiende que la deducción de las prestaciones de la Seguridad Social sólo procede respecto a lo reconocido como indemnización por los factores de corrección de la Tabla IV, de forma completa para el factor perjuicios económicos y de forma ponderada al arbitrio del juzgador respecto a lo reconocido por el factor lesiones permanentes constitutivas de incapacidad temporal, estableciendo la parte que parte de la cantidad total por este factor corresponde a la incapacidad laboral y la que corresponde a otras limitaciones relevantes (actividades no laborales, atenciones vitales, satisfacciones vitales, etc.).

En el caso decidido por la sentencia de contraste no se practica descuento alguno respecto a la prestación de incapacidad temporal; tampoco se descuenta en la indemnización básica por lesiones permanentes; se admite una deducción del 10.826,26 euros sobre los 40.000 euros reconocidos en el factor corrección por incapacidad permanente, imputando esa cantidad de forma completa al factor de corrección de los perjuicios económicos -no compensados íntegramente por la pensión- y considerando que el resto, una vez ponderada la incidencia de los 20.000 euros que corresponden al pago de la mejora, cubre los daños directamente vinculados al lucro cesante.

La sentencia de contraste se refiere también a la deducción de la mejora, que en este caso está pactada en convenio colectivo para la incapacidad

permanente derivada de accidente laboral, y señala que:

1º) Tal indemnización no puede compensarse con las prestaciones de Seguridad Social, pues se pacta precisamente para mejorar estas prestaciones.

2º) Pero sí puede deducirse de las indemnizaciones por responsabilidad civil adicional. La sentencia recurrida también deduce lo percibido por la póliza de responsabilidad patronal, que cubre, según el artículo 72 de la póliza, el pago de la indemnización que por responsabilidad civil venga obligado a pagar (el tomador del seguro) en caso de lesiones sufridas por sus empleados y obreros afiliados a la Seguridad Social. No hay contradicción, por tanto, en este punto.

SEGUNDO.- Por las partes recurridas se han formulado determinadas objeciones a la admisión del recurso. En primer lugar, señalan que hay un exceso en la designación de sentencias contradictorias, pero la objeción ha de rechazarse porque mediante providencia de 10 de noviembre de 2008 esta Sala ya advirtió a la parte recurrente de este defecto y le concedió plazo para la subsanación, lo que hizo por escrito de 23 de diciembre, eligiendo la sentencia de esta Sala de 17 julio de 2007 (recurso 4367/2005). También se cuestiona la existencia de contradicción. Pero ésta ha de aceptarse en la medida en que mientras que la sentencia recurrida ha confirmado la procedencia de una deducción de las prestaciones de la Seguridad Social de la totalidad de la indemnización determinada mediante la aplicación del baremo, la sentencia de contraste delimita el alcance de la deducción refiriéndola exclusivamente a los conceptos homogéneos que son los que cumplen la misma función indemnizatoria.

Las diferencias que ponen de manifiesto las partes recurridas -ausencia de indemnización reconocida en la sentencia de contraste, concurrencia de culpa de la víctima en la sentencia recurrida, existencia de un seguro complementario en la existencia recurrida y preexistencia de las lesiones en la sentencia recurrida- o no existen (en la sentencia recurrida también se había reconocido en parte la indemnización solicitada y se había concertado un seguro), o no se justifican -la existencia de lesiones previas-, o son irrelevantes, lo que sucede con todas ellas, pues lo que aquí se debate es exclusivamente el problema del alcance del descuento de las prestaciones de la Seguridad Social, sin que se cuestione la determinación de las lesiones padecidas como consecuencia de los accidentes y la ponderación en el importe de la indemnización de la concurrencia de culpa de la víctima.

Tampoco puede aceptarse la objeción relativa a los defectos en la formulación de la denuncia de la infrac-

ción, porque, con independencia del carácter genérico de la alegación de los artículos 1101, 1902 y 1903, lo cierto es que esa denuncia se refiere también a la infracción de los criterios de determinación de la indemnización contenidos en el baremo en relación con la doctrina establecida por la sentencia de contraste y la sentencia de la misma fecha en el recurso 513/2006, por lo que, en principio y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, hay que concluir que se cumple la exigencia del artículo 22 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- La parte recurrente entiende que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial a la que se ha hecho referencia, han de computarse para determinar la indemnización las siguientes cantidades:

1º) Por incapacidad temporal, 30.500 euros con una reducción del 20% por concurrencia de culpa de la víctima y sin deducción de prestaciones de Seguridad Social, lo que da un importe de 24.400 euros.

2º) Una cantidad de 71.000 euros como indemnización básica por secuelas -Tabla III-, con una reducción del 20% por concurrencia de culpa de la víctima, pero sin deducciones por la prestaciones de la incapacidad permanente total, de lo que resultan 56.800 euros.

3º) Un importe de 6.496 euros en aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos (Tabla IV), que quedaría compensado con el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total, que es de 103.348,58 euros.

4º) Una cantidad de 70.000 euros por aplicación del factor de corrección por lesiones que constituyen incapacidad permanente con una reducción del 20% por concurrencia de culpa de la víctima, que daría una cantidad 56.000 euros, de la cual habría que deducir un 25%, que, al imputarse a lucro cesante por incapacidad permanente laboral, sería absorbido por el remanente del capital coste, quedando así una cantidad de 42000 euros por este concepto.

Por ello, se pide un total de 123.200 euros, resultado de la siguiente operación: 24.400 + 56.800 + 42000. No aplica la parte ninguna deducción por la póliza del seguro.

CUARTO.- La decisión de la Sala queda limitada en este recurso por los términos en que se formula la denuncia de infracción y por el alcance de la contradicción alegada. No puede entrar en el marco de un recurso extraordinario en el examen de otros temas, entre ellos, los relativos a las valoraciones realizadas y las cuantías del baremo aplicables. Con estas limitaciones en cuanto al ámbito de decisión, hay que comenzar reiterando la doctrina de la sentencia de contraste y de otras resoluciones, entre

las que pueden citarse las sentencias 17 de julio de 2007 (recursos 513/2006 y 4367/2005) 2 y 3 de octubre de 2007 (r. 3945/2006 y 2451/2006), 21 de enero de 2008 (r. 4017/2006), 30 de enero de 2008 (recurso 414/2007), 22 de septiembre de 2008 (recurso 1141/2007) y 20 de octubre de 2008 (recurso 672/2007).

En síntesis, esta doctrina establece que la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo se realiza en nuestro sistema a través de la responsabilidad del empresario como deudor de seguridad frente a sus trabajadores y como garante del riesgo profesional producido por el desarrollo de su actividad profesional. En nuestro ordenamiento esa reparación se instrumenta a través de tres vías: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones y la denominada indemnización civil adicional. Las prestaciones de la Seguridad Social responden históricamente a un aseguramiento público de la responsabilidad objetiva del empresario.

Se aplican, por tanto, estas prestaciones con independencia de la culpa del empresario, pero ofrecen una reparación limitada, que, por su delimitación legal, no alcanza a cubrir la totalidad del daño, pues se centran en la compensación del exceso de gastos por asistencia sanitaria y del defecto de ingresos por la pérdida o reducción de salarios, aparte de algunas indemnizaciones por baremo o a tanto alzado que cubren muy limitadamente los daños no patrimoniales. El recargo se aplica cuando el accidente se produce con una infracción de las normas de prevención imputable al empresario, pero como mecanismo de reparación actúa sólo como un incremento de las prestaciones de Seguridad Social y tiene las mismas limitaciones que éstas en cuanto al alcance de la reparación. Por último, la indemnización adicional se funda también en la culpa (sentencias de 30 de septiembre de 1997 y 7 de febrero de 2003) y establece una reparación adicional que debe permitir una cobertura completa del daño.

La existencia de estas tres vías de reparación determina la necesidad de su coordinación dentro del principio general de compatibilidad y la doctrina se ha inclinado por el criterio de la complementariedad, de forma que las indemnizaciones pueden superponerse hasta el límite de la reparación del daño total (sentencias de 2 de febrero de 1998, 10 de diciembre de 1998, 17 de febrero de 1999, 3 de junio de 2003, 24 de abril de 2006 y 17 de julio de 2007). Este criterio de complementariedad determina que, a efectos de fijar la indemnización adicional, deban descontarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que éstas cubren la responsabilidad objetiva del empresario por el mismo hecho y han sido financiadas por éste dentro de un sistema de cobertura pública en el marco de la Seguri-

dad Social; descuento del que, sin embargo, se excluye el recargo en la medida en que el mismo cumple, según la doctrina de la Sala, una función preventiva autónoma (sentencia del Pleno 2 de octubre de 2000).

Pero, como señala la sentencia de contraste, "la coordinación de las distintas vías indemnizatorias debe hacerse con criterios de homogeneidad, teniendo en cuenta que el daño tiene distintos componentes -las lesiones físicas y las psíquicas, los daños morales, el daño económico emergente y el lucro cesante- y, en consecuencia, la compensación de las diversas indemnizaciones debe efectuarse entre conceptos también homogéneos para lograr una justa y equitativa reparación. De ahí que no sea posible compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en una vía por lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, en otra. Esta regla de homogeneidad determina que "tratándose de prestaciones de la Seguridad Social, que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente", estas prestaciones sólo puedan compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante: igualmente las que se reconocen por la incapacidad temporal no pueden compensarse con las que se otorgan por la incapacidad permanente y viceversa.

En concreto, para las prestaciones de incapacidad temporal se dice que "la reparación de los perjuicios económicos debe perseguir la plena indemnidad del trabajador, lo que supone, salvo prueba que acredite otra cosa, que el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente y que las prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la citada Tabla V mientras las mismas, junto con su posible mejora convencional, no superen ese cien por cien, sin que, por otro lado, quepa su compensación con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral".

En cuanto al descuento del capital coste de las pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, hay que recordar que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ello, es lógico practicar la correspondiente deducción. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, sólo se descontarán la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sen-

tido estricto, sino también la pérdida de otras actividades, satisfacciones y oportunidades del disfrute de la vida.

El capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por ese factor corrector de las lesiones permanentes, por lo que "quedarán al prudente arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc.)".

QUINTO.- La aplicación de este criterio lleva a la estimación del recurso en lo que se refiere a las deducciones practicadas en razón del capital coste de las prestaciones de Seguridad Social y ello en atención a las siguientes razones:

1ª) En primer lugar, no cabe deducir de la indemnización por incapacidad temporal lo abonado en concepto de capital coste de la pensión de incapacidad permanente, porque se vulnera doblemente la regla de homogeneidad, primero, al imputar a la indemnización por incapacidad temporal lo que corresponde a la incapacidad permanente, y, en segundo lugar, al compensar unas partidas que corresponden a la indemnización básica por otras que funcionalmente cubrirían en su caso el lucro cesante. Debe, por tanto, tomarse íntegra la indemnización de 950 euros que se fijan para los 16 días de hospitalización. En cuanto a los restantes 591 días de baja se mantiene la cantidad de 29.550 euros, que ha fijado la sentencia de instancia. La suma de estos conceptos da un total de 30.500 euros por incapacidad temporal, que, con la deducción del 20% por concurrencia de culpas, que no se ha cuestionado, queda en 24.400 euros.

2ª) Tampoco cabe deducción del capital coste de la incapacidad permanente de la indemnización básica de 71.000 euros, que, por la reducción del 20% por concurrencia de culpas, queda fijada en 56.800 euros.

3ª) El factor de corrección por perjuicios económicos se mantiene en el 8%, que opera ahora sobre 56.800 euros, lo que da un total 4.544 euros, que quedan absorbidos de forma completa por el capital coste de la pensión de incapacidad permanente (119.363,98 euros).

4ª) El factor de corrección por lesiones permanentes con incapacidad

para la ocupación o actividad habitual se mantiene en los 56.000 euros fijados por la sentencia de instancia que incorporan la reducción por concurrencia de culpas. Pero no se ha realizado el desglose dentro de este concepto entre la parte que corresponde de la indemnización de la discapacidad laboral y la que puede atribuirse a la discapacidad vital, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada. En el presente caso, a la vista de las lesiones del actor, su edad y su categoría profesional, se considera que una proporción adecuada sería un 60% para la discapacidad laboral (33.600 euros) y un 40% para la vital (22.400 euros). La indemnización por el factor de corrección de la discapacidad laboral será absorbida de forma completa por el remanente del capital coste de la incapacidad permanente (114.148,1 = 119.363,98 - 4.544), lo que da una indemnización final por aquel factor de 22.400 euros.

La indemnización total, deducidas las prestaciones de Seguridad Social, será, por tanto, de 103.600 euros, que es el resultado del siguiente cálculo: 24.400 euros por incapacidad temporal, 56.800 euros por indemnización básica de lesiones permanentes y 22.400 euros por discapacidad vital. De esta cantidad hay que deducir los 12.020 euros percibidos por póliza de seguro, porque no hay contradicción en este punto y la solución del descuento aplicada por la sentencia recurrida coincide con la de la sentencia de contraste. La cantidad final que ha de reconocerse al actor es 91.800 euros.

El artículo 72 de la póliza obrante en las actuaciones establece que el asegurador garantiza a la empresa el pago de las indemnizaciones que por responsabilidad civil venga obligado a pagar por sentencia firme en caso de lesiones, pero prevé un límite general en el sentido de que la cantidad máxima por siniestro no puede exceder de la fijada en las condiciones particulares "cualquiera que sea el número de víctimas afectadas por el siniestro" y un "sublímite" por víctima. El límite general es de 50.000.000 ptas. (300.506,05 euros) según las condiciones particulares, y el sublímite de 10.000.000 Ptas. (60.102,21 euros). La condena a la entidad aseguradora no puede, por tanto, exceder de este último límite, por lo que hay que incrementar la condena solidaria del fallo de instancia a las indicados 60.102,21 euros y establecer una condena adicional exclusiva para las empresas de 31.478 euros.

SEXTO.- La sentencia de instancia ha condenado al abono del interés legal desde la fecha de la conciliación hasta la fecha de la sentencia. Esta condena de intereses moratorios ha de mantenerse, pero referida ahora a las cantidades que se establecen en esta sentencia. Para el periodo posterior a la sentencia de instancia el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un interés

igual al interés legal del dinero más dos puntos o el que corresponda por acuerdo de las partes o disposición especial de la ley. Y añade que en caso de revocación parcial el Tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal a su prudente arbitrio. En aplicación de estas normas, hay que distinguir entre la condena de abono de intereses a la empresa y la de la aseguradora; la primera sigue el régimen común, mientras que la segunda se rige por el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, tal como ha sido interpretado por la sentencia de 16 de mayo de 2007. De esta forma, los intereses a abonar serán los siguientes:

1ª) Para todas las entidades demandadas y condenadas en el periodo comprendido entre la fecha de la conciliación y la fecha de la sentencia de instancia el interés legal del dinero.

*"La existencia de estas tres vías de reparación determina la necesidad de su coordinación dentro del principio general de compatibilidad y la doctrina se ha inclinado por el criterio de la complementariedad, de forma que las indemnizaciones pueden superponerse hasta el límite de la reparación del daño total..."*

2ª) Para las empresas desde la fecha de la sentencia de instancia hasta la fecha de esta sentencia el interés legal del dinero incrementado en dos puntos sobre la cantidad de 12.311,78 euros -condena de instancia- y el interés legal del dinero para el resto de la deuda por importe de 79.489 euros (91.800-12.311), ponderando así la condena adicional que se establece por primera vez en esta sentencia. Desde la fecha de esta sentencia la cantidad total objeto de condena -91.800 euros- devengará el interés legal del dinero más dos puntos.

3ª) Para la entidad aseguradora desde la fecha de la sentencia de instancia hasta la fecha de esta sentencia la cantidad de 12.311,78 euros devengará el 20% de interés en virtud del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y los restantes 47.790,43 euros el interés legal del dinero. A partir de la fecha de esta sentencia el importe total de la con-

dena de 60.102,21 euros) devengará el interés del 20%.

SÉPTIMO.- Procede, por tanto, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando también el recurso de esta clase interpuesto por el demandante y revocando la sentencia de instancia para establecer la condena de las demandadas en los términos que se derivan de las consideraciones precedentes. Todo ello sin imposición de costas, ni en este recurso, ni en el de suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Eulogio, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 20 de junio de 2008, en el recurso de suplicación núm. 3450/07, interpuesto frente a la sentencia dictada el 3 de septiembre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés, en los autos núm. 615/06, seguidos a instancia de dicho recurrente contra las empresas Fabricados Metálicos, S.A., Desarrollos Empresariales Anacarbe, S.A., la Aseguradora Groupama Plus Ultra, sobre accidente de trabajo. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social de Asturias, anulando sus pronunciamientos y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por el actor y, con revocación de la sentencia de instancia condenamos solidariamente a las empresas demandadas Fabricados Metálicos, S.A., Desarrollos Empresariales Anacarbe, S.A., y a la entidad aseguradora Groupama Plus Ultra, a abonar al actor la cantidad de 60.102,21 euros y condenamos también a las empresas Fabricados Metálicos, S.A., Desarrollos Empresariales Anacarbe, S.A., a abonar al actor la cantidad de 31.478 euros. Estas cantidades devengarán los intereses que se establecen en la fundamentación jurídica de esta sentencia, a cuyo abono se condena también a las demandadas con el detalle allí establecido.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Joaquín Samper Juan.- Jordi Agustí Julia.- Milagros Calvo Ibarlucea.

(...)



## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



TS  
CIVIL

2009/205328

TS Sala 1ª, Sentencia 8 septiembre 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Falta de legitimación activa en reclamación del derecho al honor

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que inadmitió la demanda absolviendo a los demandados de indemnizar al actor al entender que no han vulnerado su derecho al honor con el artículo publicado sobre su hijo menor de edad, al carecer el actor de legitimación activa por no actuar en representación de su hijo menor y pedir contrariamente la indemnización para su hijo.



TS  
PENAL

2009/128122

TS Sala 2ª, Sentencia 5 mayo 2009.  
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

### Delito continuado de estafa concurriendo ánimo engañoso

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito continuado de estafa. El Alto Tribunal comprueba que el relato histórico pone de relieve el ardido, argucia o trata en que consiste el engaño y el correspondiente ánimo engañoso, puesto que los acusados se pusieron de acuerdo para intervenir en el negocio de distribución y venta de productos hortofrutícolas, y aparentando que iban a cumplir con la obligación de pago de la mercancía que recibían de los proveedores a los que dirigían sus pedidos, disponían en su propio beneficio de la mercadería, pues no tenían intención de pagar a las empresas suministradoras.

2009/128112

TS Sala 2ª, Sentencia 25 mayo 2009.  
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

### Inclusión de las costas de la acusación particular en delito de apropiación indebida

La sentencia de instancia, que condenó al acusado como autor de un delito de apropiación indebida, es recurrida en casación por el condenado así como por la acusación particular. El TS estima el recurso de la acusación particular pues deben incluirse sus costas en las que tiene que pagar el acusado. Respecto al fondo del asunto la Sala entiende que ha quedado probado que el acusado se excedió de las posibilidades de actuación que ofrecía el poder apropiándose de forma gratuita y sin contraprestación alguna del crédito cuyo cobro debía gestionar.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2009/197690

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 27 junio 2009.  
Ponente: D. José Díaz Delgado

### Nulidad del RD 1067/2007 por vulnerar el derecho constitucional de huelga

El TS estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la federación sindical contra el Real Decreto 1067/2007, por el que se establecieron las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en la corporación RTVE S.A. y en la Sociedad Mercantil Estatal TVE, durante la huelga legal convocada para el día 31 julio 2007, que anula y deja sin efecto. La Sala considera que el art. 2, a) de la norma impugnada incide negativamente en el derecho a la huelga que reconoce el art. 28, 2 CE al mantener la normal programación informativa, anulando también el art. 3º en tanto confiere al administrador único de la Sociedad Mercantil Estatal TVE S.A., y Director de TVE la determinación del personal que habría de cubrir los servicios mínimos en los programas

informativos durante la jornada de huelga.

2009/197700

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 1 julio 2009.  
Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

### Nulidad de la provisión de tres plazas de inspectores del cuerpo de bomberos por libre designación

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la STSJ que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la coalición sindical y anuló la Orden del Consejero de Hacienda, que modificaba la relación de puestos de trabajo y la plantilla presupuestaria de la Consejería de Medio Ambiente, en lo relativo a la forma de provisión por el sistema de libre designación de varios puestos de trabajo, todos ellos de inspector. La Sala manifiesta que no puede argumentarse que nos encontramos ante tres plazas de inspectores del cuerpo de bomberos en que es palmaria la responsabilidad intrínseca a dichos puestos, ya que la singular naturaleza de los cometidos a desempeñar y la especial responsabilidad que puedan implicar tales puestos, como razones que podrían, en su caso, justificar el recurso a este sistema excepcional de provisión, han de expresarse debidamente y no pueden presumirse.



TS  
SOCIAL

2009/205415

TS Sala 4ª, Sentencia 13 julio 2009.  
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

### Reconocimiento sin carácter retroactivo de complementos de puesto de trabajo

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación sobre la fecha de efectos económicos de los nuevos complementos de puesto de trabajo para los trabajadores que prestan servicios en la Confederación Hidrográfica del Due-

ro, tras producirse el pronunciamiento de la CIVEA.

La Sala señala que la fecha de efectos que pretende el recurrente solo es aplicable para la relación de puestos de trabajo inicial pero no para los posteriores pues la previsión del Acuerdo de la CIVEA de 7 febrero 2006 de que se apliquen con efectos económicos desde el 1 de enero de 2003, solo rige para los adjudicados en las relaciones iniciales de puestos de trabajo pero tales efectos retroactivos ya no pueden postularse, al amparo de dicha norma colectiva, respecto de la modificación de la relación de puestos de trabajo inicial de 7 febrero 2006 o de las que se vayan aprobando con posterioridad, cuyos efectos económicos serán los que en cada caso acuerde la CIVEA en uso de la autonomía colectiva.



TS  
SALA  
ESPECIAL  
DEL ART. 61

2009/150719

TS Sala art. 61ª, Sentencia 16 julio 2009.  
Ponente: D. Gonzalo Moliner Tamborero

### Cumplimiento extraprocesal de la orden de disolución del grupo parlamentario por la convocatoria de nuevas elecciones

El TS dicta auto por el que declara carente de objeto la pretensión formulada en la presente ejecutoria por el Abogado del Estado en cuanto consistía en la petición de disolución del grupo parlamentario "Ezker Abertzalea", por cuanto dicho grupo quedó disuelto en la fecha de 9 enero 2009 en que se disolvió el propio Parlamento Vasco como consecuencia de una nueva convocatoria electoral. En congruencia con ello se levanta la retención de las subvenciones que pudieran corresponder al indicado grupo parlamentario de conformidad con el régimen jurídico de las mismas, y puesto que el grupo ya se disolvió y el legítimo sucesor en sus derechos y obligaciones ha de ser el propio Parlamento Vasco en cuanto titular último de aquellas cantidades, la conclusión obligada que de ello se deriva no puede ser otra que la de dejar sin efecto el acuerdo de retención que pesaba sobre aquéllas y dejar al propio Parlamento Vasco la decisión acerca de lo que haya de hacer con tales cantidades retenidas; si bien con la obligación de dar cuenta a esta Sala del resultado de dicha decisión, por cuanto ninguna de aquellas cantidades podrán tener como destino la financiación del partido político ilegalizado y desaparecido EHAK/PCTV.