



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 2779

Madrid, martes 12 de enero de 2010

TS PENAL

2009/225090

TS Sala 2ª, Sentencia 15 septiembre 2009. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Inaplicación de abuso de superioridad o alevosía menor en delito de homicidio

Se desestima el recurso de casación interpuesto por las acusaciones particulares contra sentencia dictada en causa seguida por delito de homicidio. Entiende el TS que el cuchillo empleado, en la forma en que se realizó, evidencia el ánimo de matar, que nadie ha discutido, pero no integra, por el hecho de llevarlo, la agravación del abuso de superioridad, pues tal circunstancia de agravación no se concreta en la desproporción de medios empleados frente a la víctima, sino en esa desproporción aprovechada para la realización del hecho; no en vano la tipicidad de la agravación requiere el abuso, no sólo el uso, de una situación de superioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE LAS ACUSACIONES PARTICULARES DE Marco Antonio, Jesús Luis Y Flor

La sentencia objeto de la presente censura casacional es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en apelación de la dictada por el Tribunal de Jurado en Granada que condena a la acusada Nieves como autora de un delito de homicidio. La sentencia del Tribunal de Jurado no declaró concurrente la agravación instada por las acusaciones de alevosía y entendió concurría la agravación de abuso de superioridad, agravación que es suprimida del fallo en virtud de la estimación del recurso formulado por la defensa, apoyado por el Ministerio fiscal. En el recurso de casación, las dos acusaciones particulares formalizan una impugnación en la que, aunque de forma separada, coinciden en denunciar el error de derecho por la inaplicación, a los hechos probados, de la agravación específica de alevosía, cualificadora del asesinato, y de la

agravación de abuso de superioridad, basado en el empleo de un cuchillo identificado en los hechos, y el error de hecho en la apreciación de la prueba en el que desde las declaraciones de testigos y la pericial médica, instan una modificación del hecho que posibilite la subsunción en las agravaciones que postulaban en el primero de los motivos.

La coincidente argumentación de las impugnaciones permiten el análisis conjunto de los recursos.

En primer lugar ambas acusaciones particulares denuncian el error de derecho por la inaplicación, al hecho probado, de los arts. 139.1, la alevosía, y del art. 22.2, el abuso de superioridad. Ambas causas de impugnación parten del respeto al hecho probado, pues el contenido de la disensión que se expresa en los motivos es un error de subsunción de los hechos en la norma jurídica que invoca como inaplicada. El relato fáctico de la sentencia relata que la acusada sale de su casa a tirar un pañal a un cubo de basura llevando un

cuchillo en la mano y con el que salió de la casa. La perjudicada en los hechos se encontraba barriendo el portal de la vivienda y se inicia entre ambas una discusión por el emplazamiento del cubo de basura, en el curso de la cual se producen agresiones verbales y físicas durante las cuales la acusada empleó el cuchillo que llevaba y con el que había salido de la vivienda dirigiéndolo contra la perjudicada una de las cuales entró por el quinto espacio intercostal e interesó el corazón lo que determinó su fallecimiento. Relata el hecho probado las lesiones que padeció la fallecida, por el arma portada y las de la agresora producidas por la posteriormente fallecida en el curso de la pelea que ambas sostuvieron. Del relato fáctico, a los efectos que interesan en el recurso, destacamos, que el arma no fue seleccionada por la autora de los hechos para el enfrentamiento, sino que era portada desde el inicio de los hechos, pues se encontraba trabajando con él en su vivienda y salió con él para tirar un pañal a la basura, que se produce un enfrentamiento verbal por un hecho ciertamente intrascendente, la ubicación del cubo de basura, y que como consecuencia de ese enfrentamiento, primero verbal y luego físico entre ambas, se produjeron lesiones en ambas, y que en el curso de la misma se emplea el cuchillo como instrumento de agresión y determinante de la muerte de la víctima.

De acuerdo a nuestra jurisprudencia el abuso de superioridad se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos (SSTS 2-2-88, 29-10-89, 25-12-91, 5-4-94, 30-11-94, 5-6-95, 27-4-96, 9-7-97, 17-11-2000, 7-10-2003, 6 de 14-9-2006)

1) Que exista la situación de superioridad, es decir, de un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia; bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2) Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa

SUMARIO

TS

CIVIL

Inexistente obligación en el otorgamiento de escritura de compraventa 3

PENAL

Inaplicación de abuso de superioridad o alevosía menor en delito de homicidio 1

Auxilio para ocultar los efectos procedentes de robo con fuerza en las cosas 2

ADMINISTRATIVO

Responsabilidad concurrente de dos Administraciones por la demolición de viviendas 5

SOCIAL

Derecho a plus de pensión de educadora de alumnos deficientes mentales 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía.

3) A tales dos elementos objetivos hay que añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Aplicada la precedente doctrina al hecho probado comprobamos que el arma portada por la acusada, si bien evidenciada una "superioridad medial" entre los contendientes, no resulta un aprovechamiento por la agresora de esa superioridad para la producción del resultado. Como resulta del hecho probado, el cuchillo al tiempo de salir de la casa no se portaba como instrumento de agresión, sino que la acusada salía de la casa con él porque lo estaba utilizando en su interior, y la razón de salir era la de tirar un pañal a la basura. En este contexto de desvinculación del cuchillo con los hechos posteriores acaecidos, surge la discusión y enfrentamiento entre ambas mujeres, la agresora y la fallecida, que se enzarzan en una discusión y pelea, en la que ambas conocen su llevanza. Es decir, la víctima conoce que la agresora llevaba el cuchillo y, no obstante, se enfrentan y agreden. Ello comporta que, aunque existiera una superioridad medial en la agresión, esa circunstancia era conocida por ambas y admiten la pelea. De ahí no resulta un aprovechamiento de la llevanza sino que la misma se desarrolló conociendo las circunstancias las circunstancias en las que cada una intervino en la misma. Desde la perspectiva expuesta el cuchillo empleado, en la forma en que se realizó, evidencia el ánimo de matar, que nadie ha discutido, pero no integra, por el hecho de llevarlo, la agravación del abuso de superioridad, pues tal circunstancia de agravación no se concreta en la desproporción de medios empleados frente a la víctima, sino en esa desproporción aprovechada para la realización del hecho. no en vano la tipicidad de la agravación requiere el abuso, no sólo el uso, de una situación de superioridad.

Sugiere una de las acusaciones particulares recurrentes una aplicación de la agravación sobre la base de un argumento que carece de apoyo en el hecho probado. Según refiere es la agresora la que sale de su vivienda con el cuchillo que llevaba preparado para el ataque. Ese extremo no aparece en el hecho probado, y el recurrente, consciente de ello, lo deduce cuestionando cuál sería la razón de su llevanza. Pues bien, el relato fáctico no dice nada al respecto, y no es posible deducir, contra reo, una razón de su llevanza para agredir, siendo también razonable que ambas mujeres se encontraran en sus respectivas viviendas de las que salieron para realizar labores del hogar, tirar un pañal o barrer el portal, pues ambas se encontraban con sus hijos pequeños, llevando el cuchillo sin intención alguna de emplearlo como instrumento intimidatorio y menos agresivo, sino que la discusión surge de una situación de enfrentamiento ante un hecho intrascendente, la ubicación del cubo de basura y, en esa situación y conociendo la llevanza del cuchillo se inicia la discusión y el enfrentamiento.

Descartada la concurrencia del abuso de superioridad, la denominada alevosía menor, la concurrencia postulada de la alevosía como circunstancia cualificadora del asesinato, tiene que decaer. El hecho probado no refiere ningún elemento de la agravación como selección de medios para procurar el resultado e impedir las posibilidades de defensa por el ofendido.

SEGUNDO.- El error de hecho que denuncian las acusaciones particulares es reiteración del anterior, la concurrencia de los elementos de las respectivas agravaciones sobre la base de una revaloración de la prueba y, concretamente, las declaraciones de la acusada y las pruebas periciales. Estas, que pueden ser tenidas como documento hábil para la acreditación del error, han sido fielmente introducidas en el hecho probado, al describir las lesiones de ambas intervinientes en el hecho, producto del enfrentamiento previo existente, sin que de las mismas resulte el error que denuncian.

El motivo se desestima y la sentencia debe ser confirmada.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpues-

to por las representaciones de la acusación particular de Jesús Luis y Flor y la acusación particular de Marco Antonio, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 9 de octubre de 2008, en causa seguida por delito de homicidio. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez José Antonio Martín Pallín

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

2009/217437

TS Sala 2ª, Sentencia 11 septiembre 2009. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Auxilio para ocultar los efectos procedentes de robo con fuerza en las cosas

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de receptación. El TS considera acreditado que el recurrente participó en toda la operación del grupo sabiendo que la entrada en el piso tenía un objeto determinado, que no es otro, como dice el tipo del art.298 CP 95, que ayudar a los autores materiales de un delito contra el patrimonio en su modalidad de robo con fuerza en las cosas para que pudieran aprovecharse de los objetos y dinero ilícitamente obtenido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente Hermiño formaliza un primer motivo de

casación por estimar que se han vulnerado sus derechos fundamentales a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

1.- Considera que la sentencia no motiva suficientemente cuáles son las pruebas por las que, de manera lógica y por la racional inducción de su contenido, se llega a la conclusión de que el recurrente conocía la ilícita procedencia de los objetos que se encontraron en los domicilios y lugares que se mencionan en el relato de hechos probados.

2.- El hecho probado, después de relatar la comisión de varios delitos de robo con fuerza en las cosas y en casa habitada, cuyos elementos constitutivos describe minuciosamente, imputa su comisión a personas condenadas como autores materiales de dichos delitos, que no presentan recurso. A continuación describe la actuación de los dos recurrentes y de las otras personas que no han recurrido, cuyo comportamiento califica como constitutivo de un delito de receptación del artículo 298 del Código Penal.

3.- Se da como probado y nada tenemos que objetar a esta afirmación, que los recurrentes, en un automóvil cuyas características se describen, después de contactar con una persona que no participa en la ejecución material de los robos y que era la compañera sentimental de uno de los autores, se dirigen a un edificio también identificado y después de entrar en su interior y permanecer una media hora, son detenidos cuando introducen en el maletero varios bolsos de deportes. Entrando en detalles, describe la características de una mochila en la que se encuentran numerosos juegos de llaves. Además se ocupa, en poder del otro recurrente, una cantidad de 5.596,68 euros cuya procedencia no se especifica. La otra condenada por receptación, que no recurre, llevaba encima copia de las declaraciones realizadas por los encartados, no se dice cuales, en el atestado 10.996/07. Posteriormente, en virtud de auto de mandamiento de entrada y registro, se accede a la vivienda anteriormente mencionada encontrándose en una maleta y varios bolsos los efectos sustraídos.

4.- Sostiene que el domicilio no era suyo, que nunca había estado en Badajoz y que a él solo se le interviene en el momento de su detención 283,67 euros y documentación personal. En consecuencia, estima que en la sentencia no se encuentra una motivación específica que mantenga

la imputación al recurrente del conocimiento del origen ilícito de los objetos encontrados y que participase en labores de auxilio a las personas a las que la Sala también condena por receptación.

5.- Asimismo invoca la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. Como puede observarse, esta alegación está en relación con lo anteriormente expuesto, ya que se conjugan ambas impugnaciones de manera solapada. En su opinión no existen datos o elementos probatorios que permitan conectarlos con la debida racionalidad, con una conducta delictiva. El recurrente no niega los hechos descritos, pero alega que no son suficientes ni están en conexión valorativa lógica con la imputación que lleva a condenarle como receptor, induciendo su conocimiento ilícito de los bienes y el propósito de ayudar a los autores de los hechos delictivos, elementos indispensables para configurar el delito de receptación.

6.- El hecho base indiscutido es que el recurrente se reunió con las otras personas que entraron en el edificio y que salieron portando una maleta negra y unas bolsas. Ello implica que el recurrente no se encontró casualmente con los acusados y que decidió entrar en el piso. Con rotunda lógica se desprende que sabía a lo que iba y que la finalidad de la entrada era recoger efectos para sus traerlos a la investigación iniciada con la detención anterior de los autores materiales de los robos, hecho que es perfectamente lógico que conociese el recurrente por comunicación de los acompañantes. Participa y ayuda a bajar los bultos anteriormente descritos. Aunque no conociese exactamente su contenido, se puede inducir que sabía que se trataba de objetos robados. Aunque el hecho no se describe, se comprueba por las actuaciones y los datos contenidos en el fundamento de derecho, que se trataba de portátiles, joyas, móviles, diversas chaquetas de piel. Estos objetos, algunos de ellos por sus volúmenes, eran perfectamente reconocibles en las bolsas.

Además, una de las condenadas por receptación, novia de uno de los autores materiales, les dijo que iban a subir al piso a recoger dinero escondido en una cama y, además, las joyas estaban entre calcetines y las bolsas preparadas.

7.- De todo lo anteriormente expuesto, se desprende, a través de un análisis lógico y racional de los elementos básicos, que resultan indiscutiblemente acreditados por hechos objetivos que el recurrente participó en toda la operación del grupo sabiendo que la entrada en el piso tenía un objeto determinado, que no es otro, como dice el tipo del artículo 298 del Código Penal, que ayudar a los autores materiales de un delito contra el patrimonio en su modalidad de robo con fuerza en las cosas para

que pudieran aprovecharse de los objetos y dinero ilícitamente obtenido, no siendo necesario que se consiga el propósito sino que basta con la prestación de ayuda que consume totalmente el elemento objetivo del tipo. Los elementos subjetivos están también perfectamente diseñados ya que es evidente, por lo que hemos expuesto, que conocía perfectamente la ilícita procedencia de los objetos.

8.- En cuanto al ánimo de lucro, la reiterada jurisprudencia de esta Sala lo establece a través de datos objetivos. Uno de ellos es que la aportación del acusado esté encaminada, como sucede en el caso presente, a facilitar que los efectos procedentes de un delito contra la propiedad del que no es necesario conocer sus detalles queden a salvo de las pesquisas de los investigadores y con ello puedan beneficiarse en el momento oportuno. Por otro lado, no es necesario que el receptor se beneficie en una cantidad económica o que consiga para sí uno de los efectos robados. Es suficiente cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, aunque sean meramente contemplativos, incluso beneficios o la vanagloria de haber aportado un acto de apoyo que le permite recibir el reconocimiento de los beneficiados o su mayor integración en el grupo.

Con ello queda contestado también el segundo motivo en el que se denuncia la indebida aplicación del artículo 298 del Código Penal.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados

SEGUNDO.- El recurrente Desiderio formaliza un solo motivo por indebida aplicación del artículo 298 del Código Penal.

1.- La estrategia que desarrolla es incompatible con la naturaleza del motivo en cuanto que sostiene algo que choca con la realidad del hecho probado. Mantiene que los objetos robados se encuentran en la vivienda metidos en bolsos y maletas y no son sacados de la misma. Efectivamente, el hecho relata, en primer lugar, la incautación de la mochila conteniendo un numeroso juego de llaves cuya finalidad resulta inequívoca como instrumento para cometer los hechos que se declaran probados. Efectivamente, es posteriormente por orden judicial cuando se realiza el registro y se encuentran los objetos robados en el domicilio de la pareja sentimental de uno de los autores materiales al que se había dirigido con el propósito de ocultar los objetos robados.

2.- Conocía perfectamente cual era la misión que iban a cumplir y la policía interviene en el momento que bajan la primera remesa, los detienen y solicitan autorización judicial encontrando el resto de los efectos. Es lógico pensar que iban a ser el objeto de la segunda descarga que no se lleva a efecto por las circunstancias que ya se han mencionado.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Desiderio y Herminio, contra la sentencia dictada el día 19 de junio de 2008 por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1ª en la causa seguida contra los mismos por delito de receptación. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Francisco Monterde Ferrer.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallin.

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



2009/229006

TS Sala 1ª, Sentencia 22 septiembre 2009. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Inexistente obligación en el otorgamiento de escritura de compraventa

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, confirma la sentencia de primera instancia que absolvió a los demandados de la petición del actor de que otorgasen escritura de compraventa a su favor, porque no existe en este caso compraventa ni obligación alguna de pago del precio pactado hasta que la perfección se produzca y, en definitiva, no opera la previsión excepcional de dicha norma en el sentido de permitir al comprador pagar el precio -en las compraventas de bienes inmuebles- aún después de expirado el término fijado para ello mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos esenciales de los que nace el presente litigio son los siguientes:

a) Con fecha 3 de marzo de 2003, D. Ruperto, actuando en su propio nombre y, además, en representación de Dª Herminia, Dª Patricia, D. Amadeo, D. Luis Pedro y Dª María Virtudes, firmó un documento de promesa de venta en virtud del cual se comprometía, por sí y por sus representantes, a vender a D. Luis Antonio la finca registral núm. 000 del Registro de la Propiedad núm. 1 de San Javier por precio fijado de 21.333.000 euros, haciendo entrega del referido documento a este último, el cual no aparecía como firmante.

b) Se hacía constar en tal documento que en el acto de la firma de la escritura pública de compraventa se abonaría por el comprador la cantidad de 10.000.667 euros; así como dos pagos posteriores avalados de 5.333.000 euros, el primero a veinti-

cuatro meses y el segundo a cuarenta y ocho meses de dicha fecha, fijándose el otorgamiento de la escritura pública y entrega del pago inicial para el día 3 de abril de 2003; fecha que resultó aplazada para el día 30 de abril siguiente mediante nota manuscrita y firmada por D. Ruperto en el mismo documento.

c) En la citada fecha 30 de abril de 2003 no se otorgó la referida escritura ni se satisfizo la parte de precio pactada, sin que D. Luis Antonio hubiera formulado requerimiento alguno a tal efecto.

d) En fecha 31 de julio de 2003 el futuro comprador D. Luis Antonio celebró un contrato con D. Estanislao en cuya virtud le cedía todos "los derechos y obligaciones" que se derivaban de la "promesa de compraventa" de fecha 3 de marzo de 2003.

e) D. Estanislao comunicó tal cesión al Sr. Ruperto por conducto notarial con fecha 4 de agosto de 2003, requiriéndole para que en el plazo de diez días le comunicase fecha y lu-

gar para formalizar la escritura de compraventa dentro de los treinta días siguientes.

f) D. Ruperto contestó oponiéndose a dicha pretensión afirmando que había expirado el plazo para la formalización del contrato sin que el comprador manifestara su voluntad de efectuar la compraventa y sin entregar cantidad alguna, sin estar dispuesto a conceder nuevo plazo, poniendo de manifiesto su voluntad de resolver la promesa de compraventa y requiriéndole para que se conformara con dicha resolución y no pusiera obstáculos a la extinción de la obligación.

D. Estanislao interpuso demanda de juicio ordinario, que dio origen al presente pleito y que fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cartagena, mediante la que solicitó que se dictara sentencia por la cual se condenara a los demandados a cumplir el contrato de compraventa en los términos establecidos en el documento de 3 de marzo de 2003 y, en su consecuencia, a otorgar escritura pública de compraventa a favor del demandante, con imposición de costas a los demandados.

Estos se opusieron a dicha pretensión y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 13 de febrero de 2004, aclarada por auto de 15 de marzo siguiente, por la que desestimó la demanda con imposición de costas a la parte actora.

Dicha parte recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Murcia (Sección de Cartagena) dictó nueva sentencia de fecha 15 de octubre de 2004, aclarada por auto de 3 de noviembre siguiente, por la que estimó el recurso dando lugar a lo solicitado por la parte demandante y condenando a los demandados a cumplir con lo establecido en el documento de 3 de marzo de 2003 en el plazo de un mes desde su firmeza, condenando a los demandados al pago de las costas causadas en primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las correspondientes al recurso de apelación.

Contra dicha resolución recurren en casación los demandados.

SEGUNDO.- Antes de entrar en la consideración de los motivos que se contienen en el recurso, se han de precisar los razonamientos a través de los cuales la Audiencia Provincial justifica la estimación del recurso de apelación y el acogimiento de la demanda formulada por el actor D. Estanislao, que son los siguientes:

a) Tratándose de una promesa de venta, el artículo 1451 del Código Civil establece que la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato, y dado que se había de-

terminado exactamente la cosa objeto de la venta, el precio y los plazos en los que había de satisfacerse “la única posibilidad que tenían los vendedores u oferentes de la venta de la finca para negarse al cumplimiento es, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo, la imposibilidad del cumplimiento de la obligación asumida”.

b) Se ha de rechazar la tesis de que el contrato quedó resuelto por la voluntad tácita de las partes por razón de que, llegado el plazo fijado en el contrato, el demandante no hubiera requerido su cumplimiento, ya que en el compromiso de venta no se estipuló que por falta de pago del precio en el plazo convenido quedaría resuelto el contrato (artículo 1504 del Código Civil) y, por otro lado, tampoco llegó a hacerse requerimiento alguno por el vendedor para resolver el contrato por falta de pago antes del requerimiento efectuado por el comprador para su efectividad; y lo que se establece en el precontrato es que la entrega inicial de parte del precio se haría en el momento de la firma de la escritura coincidiendo con la entrega de la cosa vendida como establece el artículo 1500 del Código Civil. Hasta aquí, los razonamientos de la sentencia impugnada para estimar el recurso de apelación.

TERCERO.- El artículo 1451 del Código Civil en cuanto dispone en su párrafo primero que “la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato” comprende, por un lado, la promesa bilateral de comprar y vender, que constituye un contrato preliminar o precontrato cuya finalidad es vincular a ambas partes respecto de la celebración definitiva de un contrato de compraventa, con plena conformidad en la cosa y en el precio, perfeccionándolo en un momento posterior, de modo que los contratantes pueden reclamarse recíprocamente que dicha perfección tenga lugar si ello resultara jurídicamente posible, pues la consumación de la promesa se produce cuando se perfecciona el contrato proyectado; habiendo señalado la doctrina que, aun tratándose de una promesa bilateral, ha de considerarse que existe una promesa de compra por una parte y de venta por otra, por lo que normalmente se ejercitará una u otra promesa u opción de compra o de venta. Pero también se comprenden en dicha norma la promesa unilateral de vender o de comprar, en cuya virtud es uno solo de los futuros contratantes el que, adelantando en firme su consentimiento para la celebración del contrato queda pendiente, en las condiciones pactadas, de que la otra parte decida sobre su definitiva perfección. Esta es la situación que se plantea en el presente litigio, pues fue únicamente D. Ruperto quien por sí, y además en representación de las personas por las que ac-

tuaba, suscribió unilateralmente el documento de promesa de venta de fecha 3 de marzo de 2003, que entregó al futuro comprador D. Luis Antonio, sin que este último suscribiera el citado documento ni contrajera obligación firme de compra.

Se trata en tal caso de una opción de compra concedida por el vendedor al comprador que se halla sujeta a su ejercicio en un determinado plazo. Así, asimilan la promesa unilateral de vender a la opción de compra las sentencias de esta Sala de 7 noviembre 1995 y 17 octubre 1997, precisando la más reciente de 9 febrero 2009 que “la opción de compra constituye esencialmente un precontrato o promesa unilateral de contrato por parte del vendedor de modo que es el optante el que adquiere únicamente la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento de la venta proyectada y es ese consentimiento del optante el decisivo para que el contrato quede perfeccionado, si bien sujeto al plazo de ejercicio pactado de modo que, transcurrido el referido plazo, la opción queda extinguida y el comprador pierde su derecho...”.

Así ha ocurrido en el presente caso en que la opción concedida caducó en la fecha fijada del 30 de abril de 2003 sin que quien podía decidir si se constituía en comprador, D. Luis Antonio, ejerciera el derecho concedido, por lo cual la pretensión de su ejercicio posterior por parte de su cesionario -el hoy actor D. Estanislao- había de fracasar ante la negativa del concedente, pues tal pretensión se produjo en fecha 4 de agosto de 2003 cuando la promesa de venta ya no estaba vigente.

La sentencia de 2 julio 2008 se expresa en los siguientes términos: “Como recuerda la sentencia de 16 octubre 1997, en el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente que se perfeccione o no (SS. 16 abril 1979; 4 abril y 9 octubre 1987; 24 octubre 1990; 24 enero, 28 octubre y 23 diciembre 1991 y 13 noviembre 1992) pues constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, constituyendo sus elementos principales: la concesión a éste (al optante) del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima”.

En definitiva, el derecho concedido al optante caducó sin que llegara a ser ejercitado y en consecuencia se

extinguió a todos los efectos (sentencias de 11 octubre 2002, 5 junio y 7 octubre 2003, y 5 julio 2006, entre las más recientes).

CUARTO.- De lo hasta ahora razonado se desprende la necesaria estimación del primero de los motivos del recurso que denuncia la vulneración de lo establecido en el artículo 1504 del Código Civil, el cual sirvió a la Audiencia para justificar la subsistencia de una supuesta obligación de ambas partes a llevar a cabo la perfección del contrato. Dicha norma resulta de aplicación a las compraventas de bienes inmuebles ya perfeccionadas, pero no a la promesa unilateral de venta o derecho de opción en que dicha perfección queda pendiente de la decisión del comprador expresada en un plazo determinado, por lo que no existe en tal caso compraventa ni obligación alguna de pago del precio pactado hasta que dicha perfección se produzca y, en definitiva, no opera la previsión excepcional de dicha norma en el sentido de permitir al comprador pagar el precio -en las compraventas de bienes inmuebles- aún después de expirado el término fijado para ello mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor.

En consecuencia, estimado el motivo, se hace innecesario el examen de los restantes y procede casar la sentencia recurrida, asumiendo esta Sala la instancia para, por lo ya razonado, desestimar la demanda tal como resolvió la juzgadora de primera instancia cuya sentencia ha de ser confirmada.

QUINTO.- Las costas de la apelación se han de imponer a la parte actora recurrente (artículos 394 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que proceda especial declaración sobre las del presente recurso (artículo 398.2 de la misma Ley).

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ruperto, D^a Herminia, D^a Patricia, D. Amadeo, D. Luis Pedro y D^a María Virtudes contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección de Cartagena) con fecha 15 de octubre de 2004 en Rollo de Apelación núm. 229/04, dimanante de autos de juicio ordinario número 461/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cartagena a instancia de D. Estanislao contra los hoy recurrentes, la que casamos y anulamos y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia, con imposición de las costas causadas en la apelación a la parte actora, allí recurrente, y sin especial pronunciamiento sobre las causadas en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

provisionalmente la modificación núm. 4 del Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano del municipio citado, vigente desde 1987, para incluir en el suelo urbano 26.000 m² de terreno del lugar denominado Playa de la Arena.

2) En fecha 12 de julio de 1990, el Ayuntamiento de Arnüero aprobó provisionalmente las Normas Subsidiarias del Planeamiento aplicables al municipio, que calificaban el referido terreno en el suelo apto para urbanizar (no en el suelo urbano, como lo hizo el instrumento anterior).

3) En fecha 27 de septiembre de 1990, la Comisión Regional de Urbanismo del Gobierno de Cantabria aprobó definitivamente la modificación núm. 4 del Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, confirmando la inclusión del terreno en el suelo urbano. Este acuerdo se publicó en el Boletín Oficial de Cantabria del 10 de octubre de 1990.

4) En fecha 27 de noviembre de 1990, la Comisión Regional de Urbanismo del Gobierno de Cantabria aprobó definitivamente las Normas Subsidiarias del Planeamiento aplicables al municipio, que calificaron el referido terreno y otros del entorno de la Playa de la Arena como suelo urbano. Este acuerdo, con las rectificaciones posteriormente acordadas por la Comisión en fecha 15 de marzo de 1991) fue publicado en el Boletín Oficial de Cantabria del 28 de marzo de 1991, si bien no se incluyeron en esta publicación las Normas Subsidiarias objeto del mismo.

5) En fecha 24 de marzo de 1991, la mercantil CENAVI solicita licencia para construir 144 viviendas (de tipo adosadas, con garajes y en 8 bloques, pero en conjunto urbanístico unitario) y, tipo adosados, con garajes) en los referidos terrenos. Esta solicitud se completa el 31 de mayo de 1991, fecha en la que se aporta el proyecto de construcción pertinente.

6) Por acuerdo de fecha 4 de junio de 1991, el Ayuntamiento de Arnüero otorga a la mercantil CENAVI la mentada licencia para construir 144 viviendas.

7) En fecha 15 de abril de 1992 se publican en el Boletín Oficial de Cantabria las Normas Subsidiarias del Planeamiento del municipio de Arnüero, aprobadas por el antes citado acuerdo de la Comisión Regional de Urbanismo de 27 de noviembre de 1990.

8) En fecha 28 de septiembre de 1992, la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA) interpuso recurso administrativo de súplica contra el acuerdo de la Comisión Regional de Urbanismo de 27 de noviembre de 1990 por el que se aprobaron definitivamente las Normas Subsidiarias del Planeamiento del municipio de

Arnüero. No habiéndose dictado en plazo resolución expresa sobre el mismo, ARCA lo consideró desestimado por silencio administrativo.

9) En fecha 27 de enero de 1993, ARCA interpuso sendos recursos contencioso-administrativos contra el referido acuerdo de la Comisión Regional de Urbanismo de 27 de noviembre de 1990 (núm. 134/1993) y contra la licencia de construcción otorgada a CENAVI (núm. 111/1993).

10) En fecha 11 de marzo de 1993, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Arnüero autorizó el cambio de titularidad de la licencia de construcción concedida a CENAVI a favor de la mercantil Inmobiliaria Arnüero, S.A. (INARSA).

11) Por Sentencia de esta Sala de 2 de noviembre de 1993, dictada en el recurso núm. 134/1993, se declaró contrario a Derecho y nulo el reiteradamente citado acuerdo de la Comisión Regional de Urbanismo de 27 de noviembre de 1990, ordenándose la retroacción del procedimiento de elaboración de las Normas Subsidiarias del Planeamiento del municipio de Arnüero. Esta Sentencia devino firme al no ser formalizado el recurso de casación que se había preparado contra ella por el Gobierno de Cantabria, habiéndose hecho pública la firmeza de aquélla en el Boletín Oficial de Cantabria de 14 de febrero de 1995, confirmándolo así el Tribunal Supremo mediante Auto de 9 de marzo de 1995.

12) Por Sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1994, recaída en el recurso 111/93 se declaró contraria a Derecho y nula la licencia de construcción otorgada a CENAVI, ordenándose la demolición de lo construido.

13) Por Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000 se declaró no haber lugar a recurso de casación contra la Sentencia citada en el apartado anterior, la cual devino firme y ejecutoria.

14) Por escrito de fecha 19 de mayo de 2000, el Ayuntamiento de Arnüero planteó incidente de inejecución de la Sentencia de 4 de mayo de 1994 por concurrir causa de imposibilidad material para llevarla a efecto. Dicho incidente fue desestimado mediante Auto de 24 de octubre de 2000, contra el que dedujeron sendos recursos de súplica el Ayuntamiento de Arnüero y los propietarios de las viviendas cuya demolición se ordenaba la referida Sentencia.

15) Dichos recursos de súplica fueron desestimados por esta Sala mediante Auto de 4 de diciembre de 2000, interponiéndose contra éste recurso de casación que no fue admitido a trámite. Formulado recurso de queja contra esta inadmisión, el Tribunal Supremo lo estimó mediante Auto de 1 de marzo de 2002.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/251593

TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 23 octubre 2009. Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

Ante la anulación de licencias

Responsabilidad concurrente de dos Administraciones por la demolición de viviendas

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria, el Ayuntamiento de Arnüero, y otros contra la sentencia dictada por el TSJ de Cantabria, que estimando parcialmente el recurso contencioso, condenó solidariamente al ayuntamiento y al Gobierno de Cantabria a pagar una indemnización por los daños morales ocasionados a los propietarios que habían escriturado sus viviendas con anterioridad a la publicación de la Sentencia de esta Sala que ordenó la demolición de las viviendas, teniendo éstas el carácter de primera vivienda, y una indemnización de cuantía inferior a los titulares de segunda vivienda. La Sala rechaza el motivo relativo a la incongruencia "extra petitum", ya que sí fue objeto de debate por las partes que la causa originaria de la anulación de la licencia residía en el proyecto de delimitación del suelo urbano, y señala respecto del quantum indemnizatorio, que lo que se indemniza en la sentencia es el malestar originado por una inopinada y sobrevenida anulación de la licencia. Por último confirma la responsabilidad concurrente de las dos Administraciones recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 9 de marzo de 2005, en el recurso contencioso administrativo núm. 1201/2001, interpuesto por D. Ramón y otros contra la resolución del Consejo de Gobierno de Cantabria, de fecha 25 de octubre de 2001, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por los recurrentes ejercitada en atención a los daños y perjuicios derivados de la orden de demolición de viviendas de su propiedad, acordada por sentencia firme de la indicada Sala, de fecha 4 de mayo de 1994, dictada en el recurso núm. 111/1993, así como contra la desestimación presunta, por silencio, por el Excmo. Ayuntamiento de Arnüero, de análoga reclamación.

La sentencia impugnada, con revocación parcial de los actos adminis-

trativos recurridos, condena solidariamente al Ayuntamiento y al Gobierno autonómico "a satisfacer:

a) Una indemnización de 12000 euros en concepto de daños morales a aquellos propietarios que hubieran escriturado sus viviendas con anterioridad a la publicación de la Sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 2004, teniendo éstas el carácter de primera vivienda.

b) Una indemnización de 9.000 euros en concepto de daños morales a aquellos propietarios titulares de segundas viviendas, que hubieran escriturado aquéllas con anterioridad a la publicación de la Sentencia de esta Sala de fecha 4 de mayo de 2004; con desestimación expresa del resto de los pedimentos de la demanda...".

En su fundamento de derecho segundo se señala como hechos a tener en cuenta los siguientes:

1) En fecha 12 de junio de 1990, el Ayuntamiento de Arnüero aprobó

17) Al día de la fecha no se ha resuelto el recurso de casación interpuesto contra el referido Auto de 4 de diciembre de 2000 que, confirmando el anterior de 24 de octubre de 2000, desestimó el concurso de causa de imposibilidad material de ejecución de la Sentencia que anuló la licencia y ordenó la demolición de las viviendas construidas a su amparo”.

Se hecha en falta en esa relación de hechos otro que sí se recogía en la Sentencia del mismo Tribunal, de fecha 9 de marzo de 2005, objeto del recurso de casación núm. 2350/2005, resuelto por sentencia de 13 de octubre de 2009 y que explica el “salto” del núm. 15 al 17.

Nos referimos al siguiente: “Tras la anulación de la referida licencia el Ayuntamiento de Arnúero instó la revisión de las Normas Subsidiarias en el año 1996, aprobándolas provisionalmente por Acuerdo de 13/06/1996 que, no fue aceptada por la Comisión Regional de Urbanismo, quien por medio de Resolución de fecha 23 de diciembre de 1996 suspendió la aprobación definitiva de aquellas y recurridos dichos Actos en vía administrativa, y desestimados, se acudió ante esta Sala, recayendo Sentencia de fecha 9 de mayo de 2000 en los Recursos contencioso-administrativos número 2217/97 y acumulados 2252 y 2255/97, que desestimándolos confirmó la legalidad de los actos impugnados”.

En los fundamentos de derecho tercero y cuarto el Tribunal de instancia expresa las razones por las que rechaza la inadmisibilidad que por extemporaneidad de la reclamación administrativa se apreció en la resolución del Gobierno autonómico. Innecesario es detenernos en sus razonamientos en cuanto dicha cuestión no es objeto de debate en el recurso de casación.

En los fundamentos de derecho quinto y sexto de la sentencia examina el Tribunal la excepción de falta de legitimación activa deducida en el escrito de contestación de la Administración autonómica con respecto a diversos recurrentes. Dicha excepción procesal es admitida por el Tribunal. En el fundamento de derecho quinto, siguiendo lo expresado por el Letrado de los Servicios Jurídicos Gobierno de Cantabria hace la distinción de cuatro grupos de reclamantes:

En primer lugar “aquellos propietarios que concertaron con Inmobiliaria Arnúero los oportunos contratos de compraventa pero sujetos a una cláusula resolutoria conforme a la cual si por sentencia judicial firme procediese el derribo de los inmuebles adquiridos mediante la presente escritura pública porque su legalización haya sido rechazada por los Tribunales la presente operación de compraventa quedará resuelta de pleno derecho, obligándose Inmobiliaria Arnúero a devolver a la parte compradora el precio total satisfecho. No obstante, continua señalando la escritura en el supuesto de que Inmobiliaria Arnúero S.A. fuese insolvente para atender dichas obligaciones la parte compradora quedaría subrogada en todos los derechos y acciones que pudieran corresponder a dicha entidad por razón del derribo frente a cualquier tipo de persona jurídica o física y muy especialmente frente a las Administraciones Públicas actuantes”.

En segundo lugar “otra serie de propietarios, esta vez de los terrenos donde se ubicaban las edificaciones, que formalizaron con Inmobiliaria Arnúero S.A. una serie de contratos de permuta sujetos a idéntica cláusula resolutoria a la que anteriormente hemos hecho referencia, lo que lleva a afirmar al Gobierno Regional demandado que tanto unos como otros habían perdido su condición de propietarios a consecuencia de la Sentencia firme de demolición a la que se anudaba la resolución del contrato, no estando por tanto legitimados para ser demandantes en el presente proceso”.

En tercer lugar “aquellos que han formalizado contratos de compraventa con la entidad Desarrollo Inmobiliario de Isla, S.A. o los cónyuges D. Luis Ángel y D^a Marta, propietarios de parte de los terrenos sobre los que se proyectó la urbanización litigiosa y que en su día formalizaron un contrato de permuta con Inmobiliaria Arnúero, S.A.” Y en cuarto lugar “otra serie de propietarios que han adquirido sus inmuebles de anteriores propietarios, tratándose por tanto de segundas transmisiones, sujetas a idéntica cláusula resolutoria de la que anteriormente hemos dejado constancia”.

Y en el fundamento de derecho sexto expresa que “A estos efectos no cabe sino señalar que la Administración demandada confunde la legitimación ad processum, que no puede negarse a dichos recurrentes en su condición de titulares de una vivienda adquirida en su día mediante compraventa o permuta, lo que resulta determinante de su legitimación activa como demandantes en su condición de titulares de un interés directo, y la legitimación ad causam, que supone la realización de un juicio de valor conforme a Derecho de sus títulos y del derecho que asiste a cada uno de ellos con base en los mismos, en orden a la estimación o desestimación de su pretensión indemnizatoria.

Será dicha cuestión la que debe determinarse en la Sentencia y que supondrá en definitiva que se dicte una Sentencia favorable o desfavorable, operación jurídica que deberá materializarse al conocer del fondo del asunto, sin que pueda declararse ad limine su falta de legitimación activa y consiguiente declaración de inadmisibilidad del recurso en lo que

a aquéllos concierne, pues ello supondría que por la vía de la estimación de una excepción procesal quedase imprejuizado el derecho que asiste o no a los actores y sin que tampoco quepa valorar el mismo en trance de resolver sobre una causa de inadmisibilidad, debiendo por tanto entrar a conocer del fondo del asunto”.

En el séptimo se examinan en abstracto los requisitos que una reiterada Jurisprudencia, en interpretación de la normativa aplicable en materia de responsabilidad patrimonial, exige para su apreciación, haciendo especial hincapié en aquellos que específicamente se demandan cuando, como es el caso, los daños cuya reparación se reclaman traen causa de la anulación de una licencia urbanística para la construcción de viviendas. Como las consideraciones genéricas expresadas en la sentencia no son objeto de debate en el recurso de casación, tampoco es necesario explicitarlas ahora. Solo significar que en el último párrafo de dicho fundamento se descarta la inexistencia de dolo, culpa o negligencia grave imputables a los perjudicados, y que se trata de una aseveración no controvertida.

En el octavo y en el noveno se analiza la concurrencia del requisito del daño. Se sostiene, de conformidad con el artículo 139.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que “ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas”, y se plantea por el Tribunal la necesidad de examinar si todos y cada uno de los daños que alegan los propietarios reúnen los expresados requisitos legales, distinguiendo al efecto, en atención al escrito de demanda, las partidas que califica como integrantes de un daño emergente y las referidas a un lucro cesante y a un daño moral.

En el décimo, undécimo y duodécimo se rechaza la pretensión indemnizatoria por las partidas que componen lo que se califica como daño emergente con los siguientes argumentos: “En primer lugar, la existencia de un recurso de casación pendiente de resolución por el Tribunal Supremo contra el Auto de esta Sala de fecha 4 de diciembre de 2000, en el que se rechazaba la pretensión del Ayuntamiento de Arnúero de que se procediera a la expropiación forzosa con carácter previo a la demolición y que fuera precisamente en el seno del procedimiento expropiatorio en el que se determinase efectivamente y como justiprecio la indemnización que correspondía abonar a los propietarios como consecuencia de la privación de sus inmuebles supone que todavía no ha sido determinado a través de una resolución judicial firme la forma en que los propietarios han de ser indemnizados, esto

es, mediante la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada en el presente recurso o mediante los mecanismos previstos en la Ley de Expropiación Forzosa”.

Se indica que “Ello tiene indudable trascendencia en el supuesto de autos, ya que si la Sala, anticipándose a la resolución que en su día debe dictar el Tribunal Supremo, aprecia que la satisfacción económica de los recurrentes debe materializarse por la vía de la responsabilidad patrimonial, no sólo podría dejar sin contenido y sin posibilidad de ejecución el pronunciamiento en este sentido del Tribunal Supremo, sino que también habría optado por una vía de resarcimiento que pudiera resultar improcedente, generando una incompatibilidad entre ambas resoluciones, ya que ambas vías de resarcimiento se excluyen la una a la otra”, que “En definitiva se estaría reconociendo el derecho a la indemnización mediante el procedimiento y bajo los principios que inspiran la acción de responsabilidad patrimonial, siendo así que sobre esta cuestión pende un recurso ante el Tribunal Supremo que impide que en este momento, y hasta que la cuestión suscitada no haya sido definitivamente resuelta, la Sala emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto” (fundamento de derecho décimo). Y en segundo lugar que “No es ésta la única razón que asiste a la Sala para considerar que en este momento no resulta posible el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial.

En efecto, uno de los requisitos para que la misma prospere es que el daño irrogado sea efectivo, entendiendo la parte actora que el mismo se ha consumado y agotado una vez que ha adquirido firmeza la Sentencia recaída en el recurso 111/93 que anula la licencia de obras otorgada para la construcción de las viviendas litigiosas, ya que a partir de dicho pronunciamiento judicial la orden de demolición es definitiva e irrevocable, sin que pueda por tanto considerarse como una hipótesis o mera probabilidad, naciendo en este momento la acción para la reclamación de los daños y perjuicios derivada de aquélla.

Con relación a dicha cuestión cabe indicar que, en efecto, el daño emergente es real, esto es, no puede desconocerse la orden de demolición que pesa sobre los inmuebles, pero la Sala entiende que no es efectivo, porque las consecuencias dañosas derivadas del mismo no se han desplegado ni materializado en su totalidad en el momento de presentarse la demanda, ni pueden evaluarse de forma completa y plena a la hora de dictar la presente Sentencia. Será, por tanto, en el momento en que materialmente se lleve a cabo la orden de demolición cuando podrán determinarse en su integridad los perjuicios causados, ya que los mismos se seguirán produciendo hasta que la misma llegue a hacerse efectiva, pu-

diendo existir una sensible diferencia entre el cálculo de los mismos al momento de presentar el escrito de demanda y el que se alcanzaría el día en que efectivamente se ejecute la orden de demolición” (fundamento de derecho undécimo).

Se advierte en la sentencia, en el fundamento de derecho duodécimo, que “por lo que hace referencia al valor de los inmuebles, debe dejarse constancia que sus propietarios no han sido aún despojados de los mismos, debiendo calcularse su valor de mercado al momento en que su demolición se lleve a cabo, ya que el anticipo prematuro de la indemnización correspondiente supondría que aquéllos permanecerían en el disfrute de sus viviendas, locales y garajes hasta que se produzca aquélla y que simultáneamente habrían percibido una indemnización por una pérdida que físicamente aún no se ha consumado, compatibilizando por tanto su condición de propietarios-poseedores con disfrute efectivo del inmueble con la de despojados del mismo mediante una orden de demolición que no se ha ejecutado, en una evidente distorsión jurídica que impide su resarcimiento económico a la fecha presente.

La cuestión adquiere especial relevancia, ya que dado que la ejecución de la orden de demolición ha sido suspendida mediante Providencia de fecha 16 de julio de 2002, en tanto en cuanto se resuelva el recurso de casación pendiente ante el Tribunal Supremo, la misma se ha convertido en una expectativa que si bien es cierta y real y no una mera posibilidad, no se ha plasmado aún en una actuación material de derribo, sin la cual el daño determinado por la anulación de la licencia no puede tenerse por consumado, y por ende, indemnizable. Las anteriores consideraciones no implican en modo alguno que la Sala no sea consciente, tal y como venimos manifestando, que la orden de derribo es real y así lo determina una Sentencia judicial firme confirmada en casación por el Tribunal Supremo, y que asiste a los afectados por aquélla un legítimo derecho a ser indemnizados por todos los daños y perjuicios que la demolición de sus inmuebles les acarree. El pronunciamiento de esta Sala tan sólo debe entenderse en el sentido de que no es posible el resarcimiento económico anticipado a los titulares de inmuebles y que el daño será efectivo y evaluable económicamente en el momento de la demolición de aquéllos, ya que sólo a dicha fecha podrán determinarse en su integridad los perjuicios irrogados, en especial el valor de los inmuebles a demoler, que deberá ser calculado con relación a aquélla, logrando plenamente la realización del principio de indemnidad en el resarcimiento a los propietarios afectados”.

En el decimotercero, relativo al lucro cesante, se expresa que “La au-

sencia de efectividad del daño es más evidente si se tiene en cuenta los restantes perjuicios económicos reclamados por los recurrentes y de los que dejamos cumplida referencia en el fundamento de Derecho noveno de esta Sentencia, ya que la totalidad de los mismos se refieren futuras actuaciones a realizar una vez que la demolición haya sido consumada, tales como gastos de adquisición de una nueva vivienda (notaría, impuesto sobre transmisiones patrimoniales) que todavía no han sido devengados y se desconoce si se producirán en el futuro al no ser obligada la adquisición de otra propiedad una vez perdida ésta. De la misma manera los gastos de traslado a una nueva vivienda no pueden tener la calificación de efectivos, ya que se desconoce en primer lugar si dicho traslado va a verificarse, al igual que pérdida de mobiliario, calculada a tanto alzado y no de forma individualizada para cada uno de los propietarios, la cual no se materializará hasta que la orden de demolición llegue efectivamente a ejecutarse, en cuyo momento podrá determinarse la cuantía a la que asciende.

En suma, se trata igualmente de daños que, caso de producirse, no se consumirán hasta la efectiva ejecución de la orden de derribo o, incluso, mucho más demorados en el tiempo, por lo que en consonancia con las anteriores consideraciones que venimos efectuando sobre la imposibilidad de indemnización de daños que no son efectivos, los mismos deben también rechazarse. Finalmente, y por lo que hace referencia a las pérdidas sufridas por la mercantil dedicada al arrendamiento de los inmuebles, la parte actora no señala ni el día a quo ni el día ad quem al que cabe imputar la producción de dicho lucro cesante, pero en cualquier caso el mismo no se vería consumado definitivamente hasta la fecha de la efectiva demolición, ya que hasta que no llegue ese momento la empresa hotelera propietaria se encuentra en situación de poder continuar arrendando las viviendas en régimen hotelero”.

En el decimocuarto, referente a los daños morales, que “Especial mención merece el capítulo de daños morales irrogados a los propietarios recurrentes, los cuales vienen determinados por los padecimientos psíquicos y psicológicos de toda índole que la orden de demolición que pesa sobre sus viviendas les ha irrogado, de los cuales es plenamente consciente esta Sala, por cuanto que la pérdida de aquéllas no supone tan sólo la privación de un bien material, sino de un espacio vital en el que se desarrolla la vida personal y familiar con respecto del cual los seres humanos son especialmente sensibles, pérdida de la cual los recurrentes adquieren plena conciencia cuando deviene firme la Sentencia de esta Sala que ordena la demolición y que aún no ha sido ejecutada, lo que les

mantiene en una situación de zozobra que permanece hasta la fecha de hoy.

Pues bien, con independencia del mayor o menor rigor científico del informe pericial acompañado con el escrito de demanda, que realiza un estudio de campo sobre un grupo de ciento veintinueve propietarios afectados, que supone la evaluación de cincuenta y dos familias, el cual se basa en la realización de una serie de encuestas que tratan de evaluar las consecuencias psicológicas que la demolición de sus viviendas ha entrañado para los afectados sobre cuya pormenorización no va a pronunciarse esta Sala, es lo cierto que no podemos sino entender por producidos dichos perjuicios morales en la forma anteriormente expuesta.

Así como venimos señalando que el daño material causado no es todavía efectivo sino que sólo se consumará y podrá apreciarse en su integridad en el momento de la efectiva demolición, en lo tocante a los daños morales no cabe llegar a la misma conclusión de ineffectividad del año. Ello es así por cuanto que la zozobra, inquietud, inseguridad y amenaza cierta de la pérdida de sus viviendas que vienen sufriendo sus propietarios desde que se dicta la Sentencia de esta Sala en el año 1994 y que se refuerza con la Sentencia firme del Tribunal Supremo de fecha 7 de febrero de 2000, en un proceso que todavía no ha culminado, han supuesto un indudable sufrimiento moral para aquéllos, que ha permanecido a lo largo de todos estos años y que es susceptible de ser indemnizado a la fecha presente porque dichos daños están ya consumados y forman parte del acervo moral de padecimiento psíquico de los afectados al haberse mantenido durante un prolongado lapso de tiempo que llega hasta la fecha de hoy.

Podría pensarse que la demolición física de las viviendas vendría a agravar y a hacer más intenso si cabe dicho sufrimiento psicológico, con lo que debiera demorarse su resarcimiento económico al momento en que aquélla se haga efectiva para tener por consumado y agotado el daño moral. Frente a ello la Sala entiende que si optamos por dicha solución y partiendo del hipotético supuesto de que el derribo de las viviendas no llegue finalmente a materializarse llegaríamos a la perversa consecuencia de que podrían quedar sin indemnizar los daños morales reales y efectivos padecidos ya por los propietarios hasta la fecha presente, con lo que el mecanismo de demorar hasta la demolición su resarcimiento podría suponer en la práctica que dichos daños no se indemnizaran nunca, lo que evidentemente atenta contra los más elementales fundamentos del principio de indemnidad del perjudicado, del cual se desentendería esta Sala si optas.e por la primera de las soluciones.

Por otra parte son estos daños ya producidos a lo largo de los años los únicos que los recurrentes reclaman, ya que al valorar aquéllos no efectúan una distinción específica entre los que acarrea el acto físico del derribo y los restantes que han sufrido, por lo estamos ya en este momento en condiciones de determinar y valorar en su integridad dicho sufrimiento moral. La conclusión se ve reforzada por el hecho de que la pendencia del recurso de casación ante el Tribunal Supremo sobre el procedimiento a través del cual debe hacerse efectivo el resarcimiento económico de los afectados por la orden de demolición no afecta en absoluto a la indemnización por los daños morales padecidos, ya que los mismos nunca podrán repararse a través de los mecanismos de la Ley de Expropiación Forzosa, caso de que el Tribunal Supremo optas.e por dicho procedimiento indemnizatorio”.

Desde el decimoquinto al decimoveno se dedica el Tribunal de instancia a concretar aquellos propietarios a quienes se les ha irrogado un daño moral y a cuantificar la indemnización correspondiente por dicho concepto.

En el decimoquinto puede leerse lo siguiente: “En trance de cuantificar dichos perjuicios morales deben realizarse con carácter previo una serie de consideraciones. En primer lugar, la Sala entiende que sólo resulta resarcible el sufrimiento moral de aquellos propietarios que adquirieron sus viviendas antes de que la licencia otorgada en el año 1991 que amparaba y daba cobertura legal a las edificaciones que se estaban levantando fuese anulada por la Sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1994, recaída en el recurso 111/93 que declaró contraria a Derecho y nula la licencia de construcción otorgada a CENAVI, ordenándose la demolición de lo construido.

Ello es así porque sólo a dichos propietarios, que habían suscrito sus oportunos contratos de compraventa antes de que recayese la susodicha Sentencia, podemos tenerlos por ignorantes y ajenos a la controversia judicial que se desencadenó con posterioridad a la adquisición de sus viviendas, locales y garajes, sin que en ningún momento fueran conscientes cuando adquirieron aquéllos que existiera objeción urbanística alguna que pudiera afectar a los inmuebles que compraban, ya que la edificación se encontraba amparada por licencia otorgada por el Ayuntamiento de Arnauero y hasta el año 1994 dicha Sentencia no fue revocada en primera instancia, con lo que se vieron sorprendidos por aquélla, con las negativas consecuencias psíquicas que venimos reseñando.

Por el contrario, el grupo de recurrentes que adquirió sus inmuebles con posterioridad a dicha Sentencia y a la publicación de la misma, era plenamente sabedor de que pesaba

una orden de demolición sobre dichas viviendas, locales y garajes, lo que se evidencia en las cláusulas contenidas tanto en dichos contratos de compraventa como en los de permuta suscritos después de la Sentencia de 4 de mayo de 1994, en los cuales se hace expresa referencia a las consecuencias jurídicas que para el contrato suscrito entre Inmobiliaria Arnúero y los adquirentes tendría la demolición de sus viviendas, pactándose a estos efectos la resolución del contrato de compraventa o de permuta.

En dicho clausulado de las sucesivas escrituras públicas se alude a la posible Sentencia judicial firme que pudiera decretar el derribo, llegándose incluso a señalar en determinadas escrituras concertadas de un lado, entre Desarrollo Inmobiliario de Isla, S.A. y los cónyuges D. Héctor y su esposa y terceros adquirentes, o en contratos que representen segundas transmisiones que la representante de la parte compradora hace constar a todos los efectos que proceda, que tiene completo conocimiento de la situación jurídica, urbanística, administrativa y judicial de las fincas que adquiere y que asume todas las consecuencias que de dicha situación se deriven, y exonera expresamente a la parte vendedora de toda responsabilidad que tenga origen en tal causa.

Por su parte, la parte vendedora cede a la compradora todos los derechos y acciones que le asistan por la misma causa, subrogándose en su posición y en toda clase de procedimientos judiciales o administrativos abiertos o que pudieran iniciarse en el futuro. A la vista de tales manifestaciones no podemos sino concluir que dichos adquirentes eran conscientes de que pasaban a formar parte de su patrimonio determinados bienes inmuebles sobre los cuales pesaba ya una Sentencia en primera instancia que acordaba el derribo, de cuyo contenido y consecuencias eran plenamente sabedores, por lo que en modo alguno pudieron verse sorprendidos por los sucesivos pronunciamientos judiciales, ya que la posibilidad de que llegaran a dictarse había sido plenamente asumida por aquéllos.

El sufrimiento moral de quien se ve sorprendido por una circunstancia inopinada y sobrevenida a la adquisición de sus viviendas, que en modo alguno resultaba previsible cuando aquélla se materializó, es indudablemente indemnizable. No así el de aquellos propietarios que escribieron con posterioridad a la Sentencia de 4 de mayo de 1994, a los cuales se la orden de demolición les ha irrogado un daño material que si bien era futuro cuando suscribieron aquéllas, era perfectamente posible y fue expresamente previsto por las partes en los sucesivos instrumentos públicos a través de los cuales se adquirieron los inmuebles y con el cual contaban cuando adquirieron sus inmuebles.

En consecuencia, la zozobra, inquietud, inseguridad y sorpresa que afectó a los primeros, que se vieron completamente sorprendidos en sus expectativas de haber adquirido unos inmuebles perfectamente legales no puede predicarse de los segundos, ya que compraron asumiendo el riesgo de que se trataba de inmuebles litigiosos, pendientes de que se declarara la definitiva firmeza de una orden de demolición ya recaída en primera instancia, con lo que su definitiva confirmación por el Tribunal Supremo no supone más que la conclusión de un procedimiento judicial ya iniciado cuando adquirieron sus inmuebles y de cuyas negativas consecuencias eran plenamente conscientes ya en dicho momento, habiendo asumido por tanto las consecuencias que pudieran derivarse del mismo, incluidas las negativas repercusiones psicológicas que estamos valorando como daños morales”.

En el decimosexto, que “La indemnización del primer grupo de propietarios a los que hemos hecho referencia debe graduarse atendiendo a la circunstancia de que se trate de primera o segunda vivienda, ya que el sufrimiento moral que la pérdida de aquélla acarrea, en cuanto domicilio habitual, único, núcleo de la vida personal y familiar, no es parangonable al que sufre el adquirente de un inmueble destinado al recreo, ocio y esparcimiento durante períodos más o menos largos de tiempo pero que no constituye su domicilio habitual, pues si bien el daño moral de su pérdida no puede minimizarse, habida cuenta de que también en una segunda vivienda se desarrolla parte de la vida familiar, no puede equipararse al del que pierde la que constituye su única residencia, sin alternativa posible en cuanto a la elección de domicilio se refiere”.

En el decimoséptimo, que “Finalmente la Sala entiende que no cabe atribuir un tratamiento diferenciado a efectos de la indemnización por perjuicios morales, tal y como efectúa la parte actora, a aquellos propietarios que han recibido asistencia médica a consecuencia del evento dañoso de la demolición y consiguiente pérdida de su vivienda, ya que dicho tratamiento médico se englobaría dentro del daño moral total del que sólo es una consecuencia. Por otra parte, tampoco resulta posible incrementar la indemnización por este concepto para aquellos adquirentes que hubiesen elegido dichas viviendas por consejo médico atendiendo a su ubicación, ya que dicha circunstancia no agrava el daño moral, que no podemos olvidar que viene determinado y originado por la demolición de los inmuebles, la cual es igual para todos, con independencia de las razones últimas que motivaron su elección, ya que con dicha tesis también se verían igualmente frustrados en sus expectativas los recurrentes que adquirieron por la privilegiada ubicación de las viviendas

y no por ello serían merecedores de una indemnización superior.

Por otra parte, la Sala realizará el cálculo de los daños morales atendiendo a los diversos grupos de propietarios que venimos reseñando, ya que no resulta posible pormenorizar uno a uno cada uno los que afectan a cada uno de los propietarios y familias que se han visto afectadas, tal y como objeta el Gobierno de Cantabria, pues nos hallamos ante una situación generalizada que afecta a un colectivo muy determinado de personas cuyos padecimientos tienen un origen idéntico y por lo tanto cabe prever que las reacciones psicológicas ante el mismo sean, si no idénticas, sí muy similares”.

En el decimoctavo, que “En trance de determinar qué cantidad corresponde percibir a aquellos propietarios a los que hemos reconocido el derecho al resarcimiento por daños morales, hemos de indicar que resulta inadecuada la forma de cálculo contenida en el escrito de demanda, y que cuantifica aquel atendiendo a los años en que el perjuicio se ha producido, a razón de 6.000 euros por cada año o fracción desde la fecha de adquisición de la vivienda hasta la fecha en que se produzca el abono de la indemnización, y ello por cuanto que dichos daños morales no son fraccionables sino que deben entenderse y valorarse en su globalidad, con independencia del tiempo en que se hayan venido sucediendo, si bien la prolongación del sufrimiento será tenida en cuenta a la hora de calcular el montante total de la indemnización por este concepto. Igualmente la Sala tiene en cuenta para fijar la valoración económica del daño moral, de un lado el valor material de las viviendas adquiridas, tal y como aparece reseñado en los documentos acompañados con el escrito de demanda y que oscila entre 90.000 euros y 150.000 euros, así como los baremos indemnizatorios del seguro del automóvil, que también contempla daños morales como los derivados de la pérdida de cónyuges o hijos, los cuales, si bien en modo alguno son parangonables a los que nos ocupan, pueden servir de límite y de elemento equilibrador a la hora de calcular la indemnización que corresponde percibir a los propietarios”.

Y en el decimonoveno, que “En trance de determinar cual es la “pecunia doloris”, esto es, en cuanto cabe valorar económicamente el dolor de las personas, a las que se han causado unos perjuicios que son ante todo de índole psíquica y que han generado un sufrimiento a los recurrentes que resulta difícil de trasladar a sumas dinerarias, la jurisprudencia ha dejado a la decisión racional, ponderada y proporcionada de los Tribunales la valoración y cuantificación de los mismos. En el supuesto de autos, y teniendo en cuenta las circunstancias que hemos reseñado anteriormente la Sala estima prudente y

razonable atendiendo a los padecimientos psíquicos a los que hemos hecho cumplida referencia, fijar una indemnización para los propietarios que hubieran adquirido sus viviendas con anterioridad a la publicación de la Sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1994 y que se trate de su primera vivienda de 12000 euros. Por su parte, aquellos propietarios que adquirieron sus viviendas en dicha fecha y que sean titulares de otra vivienda deberán percibir una indemnización reducida proporcionalmente a 9.000 euros”.

En el vigésimo razona el Tribunal sobre la responsabilidad de las Administraciones demandadas en los siguientes términos: “A este respecto, debe tenerse en cuenta que los daños que, luego de ser efectivos y evaluables en su integridad, constituyan lesión indemnizable por su carácter antijurídico han tenido directo origen o causa en el funcionamiento de los servicios públicos, sin intervención de fuerza mayor, y, por tanto, deben correr a cargo de las Administraciones titulares o responsables de dichos servicios (arts. 139 y 140 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común). Los aludidos daños traen causa de la anulación de la licencia (y de la consecuente orden de demolición de lo construido) otorgada por el Ayuntamiento de Arnúero por acuerdo de 4 de junio de 1991.

Dicha licencia fue anulada por Sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1994 porque autorizaba la construcción de viviendas en terreno que carecía de la condición de solar, esto es, que no reunía las condiciones legalmente exigibles para ser edificado y considerado como suelo urbano. Por este principal motivo se anuló la referida y licencia y no por haber sido previamente anuladas, también por Sentencia de esta Sala (de fecha 2 de noviembre de 1993), las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Arnúero, pues la anulación de estas últimas no era trascendente o relevante para la anulación de la licencia y así lo advertimos en el Fundamento 11º de la propia sentencia anulatoria de la licencia (... la cuestión no se centra tanto en determinar la posible nulidad de la licencia por declaración de nulidad del instrumento de planeamiento...).

Y no lo era porque, como correctamente afirma la defensa del Gobierno de Cantabria, las referidas Normas Subsidiarias no estaban en vigor ni sus determinaciones podían ser aplicadas o exigidas cuando se otorgó la licencia de construcción. Por ello mismo, la ilegalidad y nulidad de este instrumento de planeamiento ninguna repercusión pudo tener sobre la anulación de la licencia, origen de los daños reclamados. Ahora bien, dicha licencia constructiva se solicitó (24 de marzo de 1991) y se otorgó (4 de junio de 1991) después de la publicación y entrada en vigor de la Delimitación de Suelo Urbano (modificación núm. 4) del municipio

(Boletín Oficial Cantabria de 10 de octubre de 1990), instrumento en el que se incluyeron como urbanos los terrenos sobre los que se pretendía edificar.

Delimitación de Suelo Urbano que el propio Ayuntamiento había aprobado y hubo necesariamente de tener en cuenta al otorgar la licencia de construcción, aunque de hecho los terrenos no reunían las condiciones legales propias del suelo urbano. De ello se deduce que la licencia fue ilegal e indebidamente otorgada porque el suelo contemplado en la Delimitación del Suelo Urbano vigente no era realmente urbano, descubriéndose así en este instrumento la causa originaria y auténtica de los defectos o vicios de legalidad sustantiva que determinaron la anulación de la licencia y, con ella, provocaron los daños cuya reparación se pretende. Resulta por ello evidente que tales daños traen causa de un deficiente funcionamiento de los servicios públicos referido no sólo al otorgamiento de la licencia, sino también a la elaboración y aprobación de la Delimitación de Suelo Urbano (modificación núm. 4), por darse en ambos casos a los terrenos una consideración -la de suelo urbano- que legalmente no merecían por sus propias circunstancias físicas.

Por consiguiente, debe ser la Administración competente y responsable de dichos servicios la que corra también con la reparación de los perjuicios causados por su funcionamiento. Se da la circunstancia, sin embargo, de que de las antedichas actuaciones lesivas no es responsable una sola Administración. En efecto, el Ayuntamiento de Arnúero otorgó la licencia anulada y aprobó provisionalmente la Delimitación de Suelo Urbano, pero este instrumento recibió también la aprobación definitiva del Gobierno de Cantabria, sin cuyo concurso no hubiera podido desplegar su eficacia ni entrar en vigor, pues la legislación urbanística prevé la conjunta actuación de las Administraciones local y autonómica.

A la vista de ello, ambas Administraciones deben ser consideradas responsables del funcionamiento de los servicios públicos causantes del daño y, por tanto, el deber de repararlo recae solidariamente sobre ambas, pues así lo prevé el art. 140.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: "Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria".

Por consiguiente, debemos declarar solidariamente responsables de los daños derivados de la anulación de la licencia (y de la demolición que consecuentemente se produzca)

al Ayuntamiento de Arnúero y al Gobierno de Cantabria, y dado que su responsabilidad es compartida, recae sobre ambas". E insiste en ello en el vigésimo segundo (mal numerado), cuando refiere que "Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002: Sea o no aplicable al caso el artículo 140 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre que parece que sí lo es, aunque sea por analogía, ya que nos encontramos ante una actuación que, si no es propiamente "colegiada" entre varias Administraciones Públicas, es en todo caso "compartida", lo cierto es que la solución de la responsabilidad solidaria entre Administración Autonómica y Ayuntamiento en la aprobación de los Planes de Urbanismo es plenamente conforme a una jurisprudencia ya consolidada de este Tribunal Supremo, expresada, entre otras, en sentencias de 15 de noviembre de 1993, 2 de febrero de 1999 y 18 de marzo de 1999.

Todo ello, desde luego, sin perjuicio de las relaciones internas entre ambas Administraciones Públicas" y que "precisamente sobre dichas relaciones internas debe pronunciarse también esta Sala pues si bien frente a los perjudicados por la actuación de ambas Administraciones la responsabilidad de ambas debe declararse como solidaria, pudiendo los perjudicados exigir a cada una de ellas el montante total de la indemnización, en el ámbito de las relaciones internas entre ambas y como quiera que su actuación compartida e inescindible ha sido la generadora de los daños irrogados a aquéllos, deberán compartir también dicha responsabilidad por mitades e iguales partes, repartiéndose el abono de la indemnización debida al cincuenta por ciento, siempre en el bien entendido que dicha atribución opera exclusivamente en el orden interno de las Administraciones actuantes y nunca frente a los propietarios afectados".

Ya en el vigésimo tercero se dice lo siguiente: "La Sala no puede concluir sin señalar que la causa originaria y auténtica de los defectos o vicios de legalidad sustantiva que determinaron la anulación de la licencia y los daños que de la misma se derivan se halla en la Delimitación del Suelo Urbano (que indebidamente incluyó como tal terrenos que no reunían las características propias del mismo) y no en las Normas Subsidiarias de Planeamiento, como pretenden algunas partes del proceso, habida cuenta de que las mismas no habían entrado en vigor cuando la licencia fue otorgada. La declarada ilegalidad y anulación de estas Normas no resulta, por consiguiente, relevante para el presente proceso, lo que no nos impide advertir, a la vista de las actuaciones, que la aprobación de dichas Normas por los miembros de la Comisión Regional de Urbanismo, por el modo en que se llevó a cabo y por la ilegal y arbitraria clasificación como suelo urbano de terrenos que carecían por

completo de este carácter, contrariando informes técnicos obrantes en el expediente, pudiera ser constitutiva de delito, por lo que nos parece conveniente deducir el oportuno testimonio al Ministerio Fiscal".

SEGUNDO.- Frente a la sentencia se interpone recurso de casación por las dos Administraciones demandadas en la instancia y por los en ella recurrentes.

La Administración autonómica con fundamento en cinco motivos, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, a excepción del primero que se articula al amparo de la letra c). Por el primero, el Gobierno de Cantabria denuncia que la sentencia incurre en incongruencia "extra petítum", con vulneración del artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional. Por el segundo aduce la vulneración del artículo 24 de la Constitución. Por el tercero, cuarto y quinto, la infracción de los artículos 139 y 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Ré-

■
*"...el Ayuntamiento
 otorgó la licencia sobre
 unos terrenos
 indebidamente
 clasificados como
 urbanos, es decir, que no
 reunían tal condición,
 sin que tomara actitud
 alguna en relación con
 la revisión de dicha
 clasificación..."*
 ■

gimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La Administración municipal fundamenta su recurso en dos motivos, el primero al amparo del artículo 88.1.c) y el segundo al amparo de la letra d) de dicho precepto. Por el primero aduce la infracción del artículo 24 de la Constitución y del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por el segundo la vulneración de los preceptos indicados en el primero y además la de los artículos 139.1 y 2 y 140.1.2 de la Ley 30/1992, 87 de la Ley 8/1990 y 52 y 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

Y los recurrentes en primera instancia fundamentan su recurso en ocho motivos aducidos todos al amparo del artículo 88.1.d), a excepción del primero que se articula en la letra c). Por el primero denuncia la infracción de los artículos 33.1 y 67 de la Ley Jurisdiccional. Por el segundo y

tercero, a de los artículos 139 y 142.4 de la Ley 30/1992. Por el cuarto, la de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 y 42.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril. Por el quinto, sexto y séptimo, la vulneración de los artículos 1214 y 1253 del Código Civil, 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 24 y 9.3 de la Constitución, y Jurisprudencia. Y por el octavo, la del artículo 140 de la Ley 30/1992.

Por razones de más fácil comprensión de los temas sometidos a nuestra consideración en los escritos de interposición de los recursos de casación, aún conscientes de que algunos de los motivos podrían ser examinados conjuntamente, vamos a proceder a su examen individualizado, con la excepción que se dirá, comenzando por los aducidos por la Comunidad Autónoma.

TERCERO.- En el primero motivo del recurso del Gobierno de Cantabria, único invocado al amparo de la letra c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, denuncia que la sentencia incurre en incongruencia "extra petítum", con vulneración del artículo 33.2 de dicho texto legal. Entiende la Sra. Letrada de sus Servicios Jurídicos que el Tribunal de instancia no juzga dentro del límite de los motivos en que las partes fundamentaron el recurso y la oposición. Argumenta que los recurrentes en la instancia sostuvieron que el nexo causal se encontraba en que la anulación de la licencia traía causa de la anulación de las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento codemandado y en ello centró su defensa, y que sin embargo, el Tribunal, sin planteamiento previo a las partes, aprecia la relación de causalidad en la aprobación anterior a la de las Normas Subsidiarias de un Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano. En efecto, en el fundamento de derecho vigésimo primero de la sentencia recurrida, y que hemos reproducido en el primero de esta nuestra sentencia, expresamente se advierte que los defectos o vicios de legalidad sustantiva que determinaron la anulación de la licencia tienen como causa originaria y auténtica la aprobación de la delimitación de suelo urbano. Y, ciertamente, ello no había sido planteado por las partes.

Al respecto parece oportuno recordar que así como la vinculación del Juzgador a las pretensiones de las partes es absoluta, de modo que cualquier desviación que incida sobre las pretensiones supone incurrir en incongruencia, por el contrario esa vinculación ha de calificarse de relativa en relación con los motivos de impugnación u oposición, en cuanto respecto a estos el Tribunal dispone de la facultad de introducir en el debate procesal otros distintos a aquellos que fueron apreciados por las partes. Así resulta del artículo 65.2 al prever que "Cuando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones

se traten motivos relevantes para el fallo distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídos sobre ello”, y también del artículo 33.2, en el que se expresa que “Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo”.

Lo que no es procesalmente admisible, y es lo que en definitiva denuncia la Administración autonómica, es que el Juzgador introduzca nuevos motivos sin dar la oportunidad a las partes de debatirlos, trámite cuya omisión, por violar el principio de contradicción y provocar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (por todas sentencias del Tribunal Constitucional 40/2006, de 13 de febrero), conlleva la nulidad de actuaciones y la necesidad de retrotraerlas al momento en que la Sala de instancia incurrió en la falta.

La complejidad surge a la hora de determinar si con esa forma de proceder del Tribunal de instancia se introdujo realmente un nuevo motivo de debate que por tal debía someterse a la consideración de las partes haciendo uso de la facultad que le otorgan los citados artículos 65.2 y 33.2 de la Ley Jurisdiccional.

Resalta la Comunidad Autónoma, en el desarrollo argumental del motivo, la trascendencia que a los efectos de determinar la responsabilidad de las administraciones intervinientes tiene el que la causa originaria de la disconformidad a derecho de la licencia de construcción y en definitiva de su anulación por la sentencia de la Sala del Tribunal de Cantabria, de fecha 4 de mayo de 1994, radique en las Normas Subsidiarias o en el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, significando al respecto que en el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano sólo se permitía la construcción de 78 viviendas como máximo y que la licencia se concedió para la construcción de 144, además de para garajes, para a continuación afirmar que de haberlo tenido en cuenta la Sala sentenciadora hubiera establecido otro porcentaje de participación en la responsabilidad frente a terceros. Es más, sostiene que la alteración expresada de los términos del debate propició una sentencia estimatoria parcial del recurso que no se hubiera producido sin la alteración fáctica de referencia. Sin duda se refiere a que desestimado por la Sala de instancia que la causa originaria de la anulación de la

licencia no radicaba en las normas Subsidiarias en cuanto no habían entrado en vigor al concederse aquella, única aducida por los recurrentes, el pronunciamiento de la sentencia tendría que ser desestimatorio con respecto a su responsabilidad.

La respuesta al motivo casacional no puede ser otra que la de su no acogimiento. Y es que no se ajusta enteramente a la realidad la aseveración que sienta la Comunidad Autónoma y que le sirve de premisa para el desarrollo argumental del motivo, a saber, que no fue debatido por las partes que la causa originaria de la anulación de la licencia reside en el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano.

La resolución del Gobierno de Cantabria de 25 de octubre de 2001, denegatoria de la responsabilidad patrimonial demandada, descansa en que no toda anulación judicial de un instrumento de planeamiento urbanístico conlleva la anulación de las licencias concedidas a su amparo, así como en que la declaración de nulidad de las Normas Subsidiarias tiene efectos “ex tunc”, se retrotraen a la fecha de su entrada en vigor, cobrando vigencia el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, esto es, en razones que, con independencia de su conformidad o no a derecho, no cuestionan que la licencia fuera concedida en aplicación de las Normas Subsidiarias. Es en el trámite de contestación a la demanda cuando la Administración Autonómica aduce por primera vez que dichas Normas Subsidiarias no habían entrado en vigor a la fecha de la concesión de la licencia por la falta de publicación en el Boletín Oficial de Cantabria de la normativa que contienen, y es precisamente a ese planteamiento a lo que responde el Tribunal de instancia en sus fundamentos de derecho vigésimo y vigésimo primero, negando como causa originaria de la anulación de la licencia las Normas Subsidiarias y residenciándola en el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano.

Con lo precedentemente expuesto queremos poner de manifiesto que es el propio Gobierno de Cantabria quien en vía jurisdiccional cuestiona por primera vez como causa originaria de la anulación de la licencia las Normas Subsidiarias por su no entrada en vigor, apartándose de la fundamentación de la resolución administrativa por ella dictada, para en atención a ello concluir que es en definitiva la Administración autonómica la que da origen a que el Tribunal tenga que pronunciarse, en concreción de la responsabilidad de cada una de las Administraciones demandadas, sobre la causa originaria de la anulación de la licencia.

En consecuencia el motivo, conforme ya anunciamos, debe desestimarse. Con independencia de que resulta absolutamente paradójico que quien da pie al pronunciamiento del

Tribunal de instancia sobre la causa originaria de la anulación de la licencia, aduzca incongruencia “extra petitum” por infracción del artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional, es claro que en el supuesto de autos no se produce una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal, requisito exigido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 211/1998, 144/1991, 43/1992, 88/1992 y 122/1994).

CUARTO.- Por el segundo motivo, ahora al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, denuncia la Comunidad Autónoma recurrente la vulneración del artículo 24 de la Constitución. Argumenta que no fue parte ni fue emplazada en el recurso núm. 111/1993, en el que por sentencia de 4 de mayo de 1994, se declaró nula la licencia de construcción, para aducir, con base en dicho argumento, la causación de indefensión.

Por sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2007 se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la expresada sentencia de 4 de mayo de 1994, por lo que al haber ganado firmeza solo cabe el recurso de revisión en los supuestos tasados que previene el artículo 102 de la Ley Jurisdiccional, no concurrentes, o el incidente de la nulidad de actuaciones previsto en los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No repara la Comunidad autonómica que la indefensión que aquí aduce, caso de producirse, no se causaría en el recurso contencioso administrativo que nos ocupa, y sí, en su caso, en el recurso núm. 111/1993, en el que pudo hacerlo valer al amparo del artículo 238.3 de la Ley Orgánica citada en relación con el artículo 241.1 de igual texto legal.

Lo que no es viable desde una perspectiva procesal es que sin haber actuado en la forma precedentemente expuesta, esto es, formulando el incidente de nulidad de actuaciones y en el plazo legalmente establecido, pretenda ahora el acogimiento de la alegación de indefensión.

QUINTO.- En el tercer motivo, también al amparo del artículo 88.1.d), denuncia la Comunidad Autónoma la infracción de los artículos 139 y 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Arguye que ante la inexistencia del nexo causal invocado por los recurrentes en su escrito de demanda el pronunciamiento de la sentencia debió ser desestimatorio de la pretensión de responsabilidad del Gobierno de Cantabria.

El argumento viene a ser el mismo que el empleado en el motivo prime-

ro, ahora para tratar de convencer a este Tribunal de casación que al no aceptar la sentencia de instancia como causa originaria de la anulación de la licencia la anulación de las Normas Subsidiarias, no hay términos hábiles para apreciar que el daño o lesión cuya indemnización se reclama es consecuencia de la actuación de la Administración autonómica. En definitiva, aunque no lo dice expresamente, niega que el Tribunal de instancia pudiera apreciar como causa originaria de la anulación de la licencia la disconformidad a derecho del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano.

El motivo debe desestimarse, siendo suficiente remitirnos a lo expresado para la desestimación del motivo primero.

SEXTO.- En el motivo cuarto, también al amparo del artículo 88.1.d), denuncia nuevamente la Comunidad Autónoma la vulneración de los artículos 139 y 140 de la Ley 30/1992. Alega en su desarrollo argumental que aún admitiendo como causa originaria del daño la aprobación del Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, no existe ninguna relación de causalidad entre su actuar y el daño que se reclama originado por la anulación de la licencia.

El motivo en su argumentación provoca confusión pues después de lo expresado viene a decir que residenciar la causa originaria de la anulación de la licencia en la aprobación de aquel Proyecto supone volver a enjuiciar cual fue la causa de la nulidad de aquella, cuestión, en efecto, ya resuelta por la sentencia firme de 4 de mayo de 1994, y además de forma diferente. Si en la consideración inicial del motivo se admite aunque sea como mera hipótesis que la causa originaria reside en la aprobación del proyecto de delimitación del suelo urbano, no es procesalmente viable que a continuación se cuestione que el Tribunal de instancia hubiera apreciado otra causa originaria distinta a la expresada en la sentencia anulatoria de la licencia.

Por otro lado, la alusión a que el Proyecto de delimitación nunca fue impugnado y a que, en consecuencia, no se puede sentar como punto de partida que los terrenos clasificados como urbanos en dicho Proyecto no contasen con los requisitos legalmente exigidos para ello, eleva de grado la obscura redacción del motivo, llegando a su punto más álgido cuando, sin más apoyo que una prueba pericial, insinúa, al margen de lo resuelto en la sentencia de 4 de mayo de 1994, que al apreciar el perito que de un total de 168.000 metros cuadrados clasificados como suelo urbano en las unidades de actuación números 12 al 15, solo una parte, aproximadamente 30.000 m² tenía condiciones para merecer tal clasificación, “podría ocurrir” que los 26.000 m² clasificados como urbanos en el Proyecto de Delimitación

coincidieran con los 30.000 que dicho perito entiende que reúnen las condiciones para ser clasificados como urbanos; insinuación que, en cuanto basada en una mera posibilidad de coincidencias, no en una prueba, carece obviamente de toda virtualidad para apoyar la alegación de inexistencia de nexo causal entre el actuar de la Administración autonómica y el evento dañoso.

Parece además oportuno recordar que la concreción de la causa originaria de la anulación de la licencia adquiere en el caso enjuiciado una relevancia trascendental, en cuanto se demanda la responsabilidad patrimonial de dos administraciones públicas, la autonómica y la municipal, que exige precisar el grado de intervención de una y otra en la producción del evento dañoso. A diferencia de lo que sucede al examinar la disconformidad a derecho de la licencia, supuesto en el que la causa originaria de su anulación se presenta, como una cuestión secundaria o incluso indiferente, para concretar el grado de responsabilidad de las dos Administraciones demandadas es absolutamente necesario profundizar en la búsqueda de la causa originaria de la disconformidad a derecho del acto de concesión de licencia y eso es lo que se hace en la sentencia de instancia en la que el Tribunal sentenciador, ante la alegación de la Comunidad Autónoma en su escrito de contestación a la demanda, relativa a la no entrada en vigor de las Normas Subsidiarias, aducida con la finalidad de respaldar su pretensión de declaración de exención de responsabilidad, se ve obligado, al descartar que la causa originaria de la anulación de la licencia esté en aquellas normas, a indagar cual es a su juicio la verdadera causa.

Indicar para finalizar el examen del motivo que la firmeza de la sentencia de 4 de mayo de 1994 no puede erigirse en obstáculo procesal para el examen en el caso de autos de la causa originaria de la anulación de la licencia, en cuanto si bien la cosa juzgada, supuesto de inadmisibilidad que del recurso contencioso administrativo o de alguna de las pretensiones se contempla en el artículo 69.d) de la Ley Jurisdiccional, impide que los Tribunales en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza, en definitiva contradecir o desconocer lo resuelto por sentencia firme, esa intangibilidad, al menos en el caso enjuiciado, solo es predicable con respecto a lo decidido en el fallo de una sentencia firme anterior, pero no con respecto a su fundamentación jurídica.

SÉPTIMO.- Al igual que en los dos motivos anteriores, en el quinto, también al amparo del artículo 88.1.d), denuncia la Comunidad Autónoma recurrente la vulneración de los artículos 139 y 140 de la Ley 30/1992. Argumenta que aún admi-

tiendo que la causa originaria de la anulación de la licencia se residencia en la aprobación del Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano y que los terrenos en él incluidos no ostentan la condición de urbanos, no es posible apreciar su responsabilidad al 50%, en la misma proporción que la apreciada por el Ayuntamiento codemandado. Advierte que el acuerdo de la Comisión Regional de Urbanismo del Gobierno de Cantabria, de fecha 27 de septiembre de 1990, por el que se aprobó definitivamente la modificación núm. 4 del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, delimitó como suelo urbano una parcela de 25.000 m² para construir 78 viviendas y que la licencia autoriza la construcción de 144 viviendas, garajes y trasteros. Y concluye que, en consecuencia, su responsabilidad se limita a la indemnización que corresponde por las 78 viviendas.

La respuesta al motivo debe ponerse al momento en que analicemos los motivos séptimo y octavo de los perjudicados, en cuanto en ellos se cuestiona que en la sentencia se reside la causa originaria de la anulación de la licencia en el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano de referencia.

OCTAVO.- El Excmo. Ayuntamiento de Arnauero, como ya anunciamos en el fundamento de derecho segundo, aduce en su escrito de interposición del recurso de casación dos motivos; el primero, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, para denunciar la infracción por la sentencia del artículo 24 de la Constitución y del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el segundo, al amparo de la letra d) de dicho artículo 88.1, para denunciar además de los artículos citados de la Constitución y de la Ley procesal civil, los artículos 139.1 y 2 y 140.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículos 52 y 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y artículo 87 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

El escrito de interposición incurre en una deficiente formulación que lo condena al fracaso. Ni es permisible a la parte recurrente en casación formular "ad cautelam" dos motivos, uno al amparo de la letra c) y otro al de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, dirigidos ambos a denunciar la infracción de los artículos 24 de la Constitución y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, pues no se da cumplimiento con tal forma de proceder a la exigencia prevista en el artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional, relativa a que en el escrito de interposición se exprese razonadamente el motivo o motivos en que se ampara el recurso, ni lo es tampoco que en un solo motivo se denuncien diversas infracciones que por heterogéneas no se ajustan al principio de la especialidad de los motivos.

Indicar que la exigencia del artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional, sin duda infringido por la Administración municipal recurrente, no es de carácter meramente rituario, sino que responde a la necesidad de la concreción, por razones de seguridad jurídica, del marco en que debe desarrollarse el proceso.

No obstante, en cuanto los dos motivos esgrimidos por el Ayuntamiento recurrente tienen por finalidad discrepar de la fundamentación de la sentencia que trata de justificar la condena solidaria de las dos Administraciones demandadas, cuestión en la que incide, como ya vimos, el motivo quinto del escrito de interposición del recurso de la Administración autonómica, así como el séptimo y octavo del de los perjudicados, hemos de resolver dicha cuestión al examinar dichos motivos séptimo y octavo del escrito de interposición de los perjudicados.

NOVENO.- El motivo primero del escrito de interposición del recurso de los perjudicados y por el que denuncian, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, la vulneración de los artículos 33.1 y 67 de igual texto legal, debe desestimarse.

Al no reconocerse en la sentencia recurrida indemnización alguna por los conceptos de daño emergente y lucro cesante, no era obligado que el Tribunal de instancia se pronunciara sobre la legitimación "ad causam" de los reclamantes por esos conceptos, por lo que no hay términos hábiles para apreciar la incongruencia omisiva que en definitiva se denuncia en el motivo.

La circunstancia de que el Tribunal de instancia se hubiera pronunciado al respecto en la sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 1043/2001, pendiente de recurso de casación, no puede erigirse en obstáculo para la conclusión desestimatoria expuesta, como tampoco lo constituye que la sentencia aquí impugnada se remita a un futuro proceso para el reconocimiento del daño emergente y lucro cesante. Todo lo contrario, será en ese futuro proceso en donde deberá decidirse con libertad de criterio si los que reclaman por los indicados conceptos están legitimados para hacerlo.

DÉCIMO.- Los motivos segundo y tercero de los perjudicados, por los que denuncian al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional la infracción de los artículos 139 y 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tampoco pueden tener acogida.

Para que el daño sea indemnizable "ha de ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas, incidiendo sobre derechos o intereses legítimos -Sentencia de 17/12/1981-, evaluable económi-

camente". Así lo expresamos en la sentencia del pasado 13 de octubre de 2009, en el recurso de casación 2350/2005, en el que fueron partes las Administraciones recurrentes y en el que en primera instancia se impugnaba la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 9 de marzo de 2005, en el recurso contencioso administrativo 1216/01, que estimó parcialmente el promovido por el Excmo. Ayuntamiento de Arnauero "contra la resolución del Gobierno de Cantabria, de fecha 25 de octubre de 2001, por el que se inadmite por prescripción de la acción de reclamar y subsidiariamente se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por dicho Ayuntamiento el 2 de febrero de 2001....".

Aunque en la indicada sentencia los daños cuya reparación pretendía el Ayuntamiento se concretaron en el proyecto de demolición que se ordena en la sentencia de 4 de mayo de 1994, cuyo coste de ejecución ya había sido satisfecho por el Ayuntamiento, y en el coste de demolición, la doctrina que se expresa por esta Sala en dicha sentencia, para aceptar como único daño actual o efectivo el coste de los proyectos de demolición, rechazando que reúna tal condición el coste de demolición, es de aplicación al caso enjuiciado.

Si en esa sentencia indicáramos que "tal demolición no se ha llevado a cabo e incluso se están planteando soluciones alternativas al efecto, que en cualquier caso y aun cuando de momento no hayan prosperado, lo que es indiscutible es que la demolición no se ha materializado y por lo tanto el gasto en cuestión no se ha producido, por lo que no puede servir de fundamento a la reclamación formulada por el Ayuntamiento, que es libre de reclamar sucesivamente los gastos parciales que la ejecución le vayan suponiendo en lugar de atender al resultado final de la ejecución, pero que no puede fundar su reclamación en la exigencia de unos perjuicios o gastos posibles o eventuales que al no haberse materializado carecen de la condición de daño real y efectivo que resulta exigible para dar lugar a la responsabilidad patrimonial que se reclama. Menos justificación tiene la genérica referencia al reintegro de todos los gastos necesarios que se le produzcan como consecuencia de la orden de demolición de lo construido, que además de no concretarse se refieren a eventuales daños que carecen igualmente del requisito de certeza y efectividad que permita tomarlos en consideración como fundamento de una reclamación de esta naturaleza" (fundamento de derecho sexto, último párrafo), lo mismo debemos decir ahora, en cuanto al daño emergente y el lucro cesante que se reclama con apoyo en la orden de demolición no constituye un daño efectivo hasta que dicha orden se lle-

ve a efecto y los reclamantes de responsabilidad se vean obligados a abandonar sus propiedades.

Cierto es que con la sola orden de demolición pueden derivarse daños reales y efectivos no encuadrables en el daño moral reconocido y del que más tarde nos ocuparemos, y valga a título de ejemplo los expresados por los recurrentes en el escrito de interposición (imposibilidad o dificultad de venta de los inmuebles afectados por la orden de demolición ya no solo por los adquirentes sino también por la promotora; imposibilidad o dificultad de que dichos inmuebles garanticen obligaciones; imposibilidad de ejecución derechos de mejora, de reforma, etc.), pero no es menos cierto que esos daños, precisamente por hipotéticos, en ningún momento acreditados, no pueden servir de apoyo para la reclamación extemporánea por prematura.

DECIMOPRIMERO.- Igual suerte desestimatoria que los motivos anteriores aducidos por los perjudicados deben correr los motivos cuarto, quinto y sexto, relativos a cuestionar el "quantum" de la indemnización reconocida en la sentencia por daño moral.

Por el cuarto, al amparo del artículo 88.1.d), se denuncia la infracción de los artículos 139 y 141.1 de la Ley 30/1996 y el artículo 44.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril. Entienden que la sentencia, al reconocer indemnización por daño moral únicamente a los que compraron sus viviendas antes de la sentencia de 4 de mayo de 1994, y negarla expresamente a los que compraron por contrato privado antes de la indicada sentencia y escribieron después, supone una vulneración de los preceptos de mención.

Al respecto es de puntualizar que los recurrentes no aciertan a determinar el alcance de la sentencia del Tribunal que citan. Una cosa es que se reconozca en ella legitimación activa a compradores de viviendas por medio de documento privado, esto es, que se admita la posibilidad de su personamiento en un procedimiento en el que se cuestiona la conformidad a derecho de lo edificado, es más, en tales casos la Administración y el Tribunal están obligados a examinar de oficio la constitución defectuosa de la relación procesal y ordenar los emplazamientos, y otra muy distinta es que la fecha de un documento privado pueda surtir efectos frente a terceros, posibilidad expresamente negada en el artículo 1227 del Código Civil que expresa que "La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiera sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquier de los que lo formaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio o cargo".

Es absolutamente irrelevante la discusión relativa a si con la elevación del documento privado de compra venta a escritura pública se asumió o no un mayor riesgo que el existente, lo trascendente es que hasta la fecha en que se eleva a escritura pública y ante la no concurrencia de las otras circunstancias previstas en el citado artículo 1227 del Código Civil, no hay una fecha cierta de la adquisición que ampare la reclamación frente a terceros.

Indicar que los adquirentes después de la sentencia anulatoria de la sentencia de primera instancia y antes de recaer la del Tribunal Supremo asumieron incuestionadamente un riesgo si conocían el contenido de dicha sentencia y que indiferente es, a los efectos de reconocer indemnización por daño moral, que expresamente en los contratos se previera la subrogación del adquirente en todos los derechos del transmitente. Y es que lo que se indemniza por dicho concepto en la sentencia es el malestar originado por una inopinada y sobrevenida anulación de la licencia.

Con relación a los motivos quinto y sexto, por los que se denuncia la infracción de los artículos 1214 y 1253 del Código Civil, 217 y 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 y 9.3 de la Constitución, en discrepancia con el "quantum" indemnizatorio que por daño moral se reconoce en la sentencia, decir que ninguna vulneración de precepto legal valorativo de prueba se infringe en la sentencia recurrida al fijar estimativa y razonadamente en 12000 euros la indemnización correspondiente a los compradores de una primera vivienda y en 9.000 a los adquirentes de una segunda. La valoración por la Sala de instancia no se puede tachar de arbitraria o irrazonable en una esfera como la del daño moral en la que no es posible la aplicación de criterios objetivos, ni tampoco porque conduzca a resultados inverosímiles.

Sólo indicar que el informe psicológico aportado por los perjudicados sí responde a criterios subjetivos y no que no hay razón para dudar que en la valoración por el Tribunal se han tenido en cuenta los años transcurridos desde que se dictó la sentencia de derribo.

DECIMOSEGUNDO.- Los motivos séptimo y octavo del recurso de los perjudicados en cuanto tienen por finalidad discrepar de la sentencia en el extremo que fija como causa originaria de la anulación de la sentencia el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, al igual que hicimos con los motivos anteriores, vamos a examinarlos conjuntamente y en conexión con el motivo quinto de los aducidos por la Administración autonómica y el segundo del Ayuntamiento.

Recordemos que con el motivo quinto de la Administración autonó-

mica, tal como anunciábamos en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia, la indicada parte pretende una reducción de su responsabilidad con apoyo en que la causa originaria de la anulación de la licencia se fija en la sentencia aquí impugnada en la aprobación del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano. Y recordemos también que en el motivo segundo del Ayuntamiento, tal como hacíamos ver en el fundamento de derecho octavo, lo que se cuestiona es, al igual que en los motivos séptimo y octavo del escrito de interposición de los perjudicados, que la sentencia impugnada reside en el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano la causa originaria de la anulación de la licencia.

La cuestión que en definitiva se plantea es si la anulación de la licencia por la sentencia de 4 de mayo de 1994 deriva o es consecuencia de la anulación de las Normas Subsidiarias por sentencia de 2 de noviembre de 1993 o de la disconformidad a derecho del Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, cuestión ya resuelta en la sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 2009 a la que nos referíamos en el fundamento noveno.

Decíamos en dicha sentencia en su fundamento de derecho séptimo y debemos reiterar ahora que "Precisado el alcance del daño real y efectivo cuya reparación se pretende, y como resulta de los escritos de las partes y lo hasta aquí expuesto, el debate en esta reclamación de responsabilidad patrimonial entre administraciones se centra en la relación de causalidad entre la actividad desarrollada por cada una de ellas y el resultado lesivo, que se atribuye a la anulación por sentencia judicial de 4 de mayo de 1994 de la licencia otorgada por el Ayuntamiento de Arnuelo el 4 de junio de 1991 para construir 144 viviendas, con garaje, en los terrenos en cuestión, convalidada por acuerdo de la Comisión de Gobierno de 11 de marzo de 1993, tras la transmisión de la licencia y las modificaciones introducidas en el proyecto básico, anulación que el Ayuntamiento demandante considera una consecuencia a su vez de la anulación, por sentencia de 2 de noviembre de 1993, de la ilegal calificación del suelo urbano, realizada por la Comisión Regional de Urbanismo del 27 de noviembre de 1990 al aprobar las Normas Subsidiarias de Planeamiento en contra de la calificación como urbanizable que figuraba en la aprobación provisional del Ayuntamiento, rechazando que su actividad administrativa al efecto haya concurrido a la producción del resultado, planteamiento discutido de contrario en los términos que resultan de lo anteriormente expuesto.

Pues bien, la sentencia de 4 de mayo de 1994 reproduce parcialmente los argumentos de la de 2 de noviembre de 1993, concretamente los que se refieren a la calificación de unos terrenos como suelo urbano,

así como el resultado de la prueba pericial allí practicada en el sentido de que los terrenos calificados como urbanos por la Comisión Regional de Urbanismo carecen de los requisitos para merecer tal calificación, afirmando que del total de 168.000 metros cuadrados clasificados como urbanos, sólo una parte, del orden de 30.000 metros cuadrados, tenía condiciones para ser clasificados como tales. Añade la sentencia que en el propio procedimiento se ha practicado nueva prueba pericial en la que se concluye, entre otras cosas, que la edificación existente en las unidades de ejecución no alcanzan, ni por ocupación ni por edificabilidad, la consolidación de los dos tercios requerida, lo que lleva a la Sala a considerar que el terreno sobre el que se asientan las edificaciones construidas al amparo de la licencia otorgada no tiene la cualidad de urbano.

Razona seguidamente sobre la necesidad, para poder edificar, de que el terreno tenga la condición de solar, a menos que se asegure suficientemente la ejecución simultánea de las obras de urbanización y concluye que, en todo caso, resulta necesario para que surjan las distintas facultades urbanísticas, concretamente el derecho a edificar, que la parcela sobre la que se pretende construir ostente la cualidad de urbana, lo que no concurre en el presente caso, por lo que debe declararse la ilegalidad de la licencia impugnada. En la misma sentencia se examina la trascendencia que para la resolución del recurso haya de tener la sentencia de 2 de noviembre de 1993, que declaró la nulidad de las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Arnuelo, indicando que la cuestión no se centra tanto en determinar la posible nulidad de la licencia por declaración de nulidad del instrumento de planeamiento en que se fundamenta,...., sino, aceptando la vigencia de las Normas Subsidiarias hasta la resolución del recurso interpuesto contra la sentencia que las anuló, la procedencia de una acción ejercitada al amparo de lo dispuesto en el art. 39.2 de la Ley de la Jurisdicción como medio de impugnar un acto de aplicación de una disposición de carácter general.

Se justifica, por lo tanto, la anulación de la licencia en la valoración que la Sala efectúa de la condición del terreno sobre el que se asientan las edificaciones construidas, llegando a la conclusión de que no tienen la necesaria cualidad urbana exigida al efecto, lo que determina la nulidad de la licencia concedida, señalando que ello no es una consecuencia de la anulación por sentencia de 2 de noviembre de 1993 de las Normas Subsidiarias en que se fundamenta, en cuanto admite que tales Normas continuaron en vigor hasta la resolución del recurso interpuesto contra dicha sentencia, sino en la impugnación indirecta que de las mismas se efectúa al impugnar la licencia como acto de aplicación, a través de la cual

se aprecia esa indebida clasificación del suelo en cuestión como urbano que se traduce en la ilegalidad de la licencia impugnada.

No puede ponerse en duda, por lo tanto la relación de causalidad entre la indebida clasificación del suelo en las Normas Subsidiarias, como fundamento de la licencia, y el resultado lesivo derivado de la anulación de la misma, es decir la responsabilidad de la Administración Autonómica que aprobó definitivamente las mismas.

Lo que no resulta tan claro es que la actividad de dicha Administración sea la única causa del daño. El Ayuntamiento demandante entiende que es así y que su propia actividad no contribuyó al resultado lesivo, alegando que si bien el 12 de junio de 1990 aprobó provisionalmente la modificación núm. 4 del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano del municipio, incluyendo como tal 26.000 m² de terreno del lugar denominado Playa de la Arena, sólo un mes después, concretamente el 12 de junio de 1990, al aprobar provisionalmente las Normas Subsidiarias de Planeamiento, se califica dicho terreno como suelo apto para urbanizar, no como urbano, de manera que la Comisión Regional de Urbanismo, cuando el 27 de septiembre de 1990 (BOC 10- 10-1990) aprobó definitivamente el referido Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, confirmando la inclusión del terreno en el suelo urbano, ya conocía la distinta postura del Ayuntamiento al respecto y también informes técnicos en tal sentido, a pesar de lo cual se aprueba definitivamente el PDSU y seguidamente, el 27 de noviembre de 1990, también definitivamente, las Normas Subsidiarias de Planeamiento, que amplía incluso la superficie a clasificar como suelo urbano.

Considera por ello el Ayuntamiento que solo a la actuación de la Comisión Regional de Urbanismo es imputable el resultado lesivo, al clasificar indebidamente como urbano el terreno, lo que determinó la concesión de la licencia después anulada. Sin embargo, tal planteamiento no puede compartirse, pues lo que se pone de manifiesto con todo ello es que el Ayuntamiento al momento de otorgar la licencia conocía igualmente tales circunstancias en relación con la controvertida clasificación del terreno sobre el que se pretendía construir, pese a lo cual y sin ningún reparo ni actividad dirigida a privar de eficacia esa clasificación del suelo o cuestionar la concesión de la licencia a su amparo, procedió a su otorgamiento, actitud que no puede escudarse en el carácter reglado del reconocimiento de la licencia, pues ello no priva a la Administración, en este caso Ayuntamiento, de las posibilidades de reacción, ante una clasificación del terreno que considere indebida en un instrumento de planeamiento, que el ordenamiento jurídico le reconoce para su revisión y el consiguiente efecto en la concesión

de licencia e, incluso, de valorar la no concesión de la licencia al amparo de dichas Normas Subsidiarias, que, como se pone de manifiesto de contrario, no se publicaron en el Boletín Oficial de Cantabria hasta el 15 de abril de 1992, lo que cuestionaba su vigencia, como reconoce la propio Ayuntamiento en su escrito de interposición del recurso de casación, aun cuando alega que en aquel momento la cuestión no había sido resuelta definitivamente por la jurisprudencia; y no se diga que ello no hubiera impedido tal concesión dada la inclusión del terreno como urbano en el Proyecto de Delimitación de Suelo que había sido aprobado definitivamente, pues la propia parte pone de manifiesto y ya hemos dicho antes que en dicho Proyecto de Delimitación la superficie del suelo en cuestión era muy inferior y en ningún caso podía comprender la construcción de 144 viviendas y los garajes a que se contraía la licencia.

Con todo, lo que se quiere significar es que el Ayuntamiento otorgó la licencia sobre unos terrenos indebidamente clasificados como urbanos, es decir, que no reunían tal condición, sin que tomara actitud alguna en relación con la revisión de dicha clasificación si la consideraba indebida o valorara la improcedencia de su otorgamiento. Actitud en la que persiste el Ayuntamiento al convalidar la licencia el 11 de marzo de 1993, cuando ya se había producido la impugnación tanto de la licencia como de las Normas Subsidiarias. En definitiva, de la misma forma que imputa a la Comisión Regional de Urbanismo la aprobación definitiva, tanto del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano como de las Normas Subsidiarias, con pleno conocimiento de que el Ayuntamiento ya no entendía que fuera la apropiada y que así lo habían suscrito informes técnicos, el propio Ayuntamiento procedió a conceder la licencia después anulada conociendo esas mismas circunstancias, que después determinaron su ilegalidad, sin que a pesar de ello adoptara prevención alguna en su mano para corregir la situación, propiciando con ello el resultado lesivo a cuya producción ha concurrido con la Administración Autonómica, al otorgar en dichas condiciones la licencia anulada.

En consecuencia la obligación de responder de los daños y perjuicios sufridos, que se identifican con los gastos de demolición reclamados o realizados en sustitución de los terceros perjudicados en la cuota que en su caso se determine en los procesos en los que se reclame por los mismos, tiene su causa en la propia actuación de la Administración reclamante sin cuya participación no le sería exigible responsabilidad alguna, de la que no queda exonerada por la concurrencia a la producción del resultado de otra Administración pública, exoneración que solo tiene lugar cuando la Administración que invoca el perjuicio no participa en la

producción del resultado lesivo que se atribuye, exclusivamente, a la Administración demandada, que no es el caso.

En ello es congruente el planteamiento del Ayuntamiento recurrente, que fundamenta sus pretensiones precisamente en la consideración de que su actuación no contribuyó a la producción del resultado que se debió, según sus alegaciones, a la actuación de la Comunidad Autónoma de manera exclusiva, consciente de que, caso de estimar su concurrencia la producción del resultado lesivo, como acabamos de señalar, ha de responder del mismo y la pretensión ejercitada de indemnización por la Administración concurrente no resulta procedente.

En consecuencia procede la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Arnuero”.

■

"No puede ponerse en duda, por lo tanto la relación de causalidad entre la indebida clasificación del suelo en las Normas Subsidiarias, como fundamento de la licencia, y el resultado lesivo derivado de la anulación de la misma, es decir la responsabilidad de la Administración Autonómica..."

■

En consecuencia con lo precedentemente expuesto procede la desestimación del motivo quinto del escrito de interposición del recurso de la Comunidad Autónoma de Cantabria pues ni puede aceptarse al menos como causa originaria única de la anulación de la licencia el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, ni aún cuando se aceptara supondría una disminución de su responsabilidad, fijada en la sentencia con respecto a las dos Administraciones como solidaria frente a terceros, en aplicación del artículo 140.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y al 50% entre ellas, fijación con la que al no discrepar los reclamantes de responsabilidad, pone de manifiesto la falta de relevancia de sus motivos séptimo y octavo.

DECIMOTERCERO.- La desestimación de todos los motivos de los

recurso de casación interpuestos determinan la imposición de las costas a las partes recurrentes (art. 139.2 LRJCA), si bien, en uso de la facultad que confiere el apartado 3 del citado artículo, y en atención a la complejidad de los temas de debate, se fija en 3.000 euros la cantidad que por honorarios de Letrado las partes pueden reclamar.

FALLO

No ha lugar al el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria, el Excmo. Ayuntamiento de Arnuero, D. Ramón, D^a Maribel, D^a Santiago, D. Luis Antonio, D^a Aida, D. Alejo, D. Bruno, D^a Cristina, D. Epifanio, D^a Inmaculada, Hijos de Campo Cancillo, S.L., D. Hernán, D^a Pura, D. Mauricio, D^a María Teresa, D. Saturnino, D^a Carlota, D. Carlos Miguel, D^a Florinda, D. Agustín, D^a Montserrat, D. Casimiro, D^a Victoria, D. Eutimio, D. Hugo, D^a Begoña, D. Matías, D^a Florencia, D. Sixto, D^a Penélope, D. Juan Pedro, D. Armando, D. Dámaso, D^a María Virtudes, D. Fructuoso, D^a Celia, D. Justino, D^a Graciela, D. Plácido, D^a Olga, D. Virgilio, D^a Catalina, D. Juan Miguel, D^a Caridad, D. Baltasar, D^a Francisca, D. Efrain, D^a Nicolasa, D^a Zaida, D. Hilario, D^a Brígida, D^a Felicísima, D. Maximino, D^a Modesta, D. Segismundo, D^a Virtudes, D. Jesús María, D^a Carmen, D. Anton, D^a Gregoria, D. Daniel, D^a Petra, D. Gabriel, D^a María del Pilar, D. Leovigildo, D^a Elisabeth, D. Severiano, D^a Margarita, D. Jesús Manuel, D^a Teodora, D^a Aurora, D. Baldomero, D^a Gema, D. Emiliano, D^a Piedra, D. Isidro, D. Norberto, D. Adriano, D^a Eva, D. Cipriano, D^a Ofelia, D. Genaro, D^a Adolfina, D. Nicolás, D^a Esther, D. José Francisco, D^a Soledad, D. Artemio, D^a Belinda, D. Eliseo, D. Humberto, D^a Guillerma, D. Moisés, D^a Rosa, D. Carlos Alberto, D^a Candelaria, D^a Inocencia, D. Antonio, D. Dorotheo, D^a Sara, D. Higinio, D. Melchor, D^a Beatriz, D. Torcuato, D^a Gracia, D. Juan Enrique, D^a Rocío, Desarrollo Inmobiliario Isla, S.A., D. Braulio, D. Fabio, D^a Araceli, D. julio, D^a Flora, D. Roque, D^a Rosalía, D. Luis Andrés, D^a Angustia, D^a Felisa, D^a Ramona, D. Belarmino, D^a Asunción, D. Fermín, D^a Isidora, D. Leopoldo, D^a Sofía y D^a Blanca, contra la Sentencia de fecha 9 de marzo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso contencioso-administrativo número 1201/01, con imposición de las costas a las partes recurrentes con la limitación indicada en el fundamento de derecho decimotercero.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Seira Miguez.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Diez-Picazo Giménez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Agustín Puente Prieto.



2009/234808

TS Sala 4ª, Sentencia 17 septiembre 2009. Ponente: D. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Derecho a plus de penosidad de educadora de alumnos deficientes mentales

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora demandante contra sentencia, que revocando la de instancia, rechazó su reclamación de cantidad en concepto de plus de penosidad. La Sala señala, como en otras ocasiones, que el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía se ha marcado el objetivo de ir eliminando el plus en la medida en que los puestos sometidos a riesgos vayan dejando de ser penosos por aplicación de las adecuadas medidas de seguridad e higiene pero en este caso, la demandada no ha acreditado que haya adoptado las medidas correctoras en el puesto de la actora como educadora de educación especial de alumnos deficientes mentales, algunos con comportamientos agresivos, y tampoco se ha acreditado que la retribución que percibe la recurrente sea superior a los otros trabajadores de la Junta que prestan sus servicios en puestos semejantes donde no existen tales riesgos, por lo que se declara el derecho de la trabajadora al plus solicitado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social de Algeciras dictó sentencia el 27 de junio de 2007, autos 431/06, estimando las demandas formuladas, condenando a la demandada Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía a abonar a la actora Dª Nuria la suma de 3061'60 euros, en concepto de complemento de plus de penosidad, correspondiente al periodo 1 de junio de 2004 al 31 de octubre de 2005.

Tal y como resulta del relato de hechos probados de dicha sentencia la actora presta servicios para la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, prestando servicios en el Colegio Público Especial Virgen del Amparo, con la categoría profesional de educadora de educación especial, realizando las funciones que figuran detalladas en el Anexo I del VI Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía (BOJA de 28-11-02). Los alumnos del centro (algunos de ellos con más de 50 kg. de peso) son deficientes mentales, paralíticos cerebrales, oligofrénicos profundos, autistas y otros con trastornos graves de la personalidad, que incluso pueden llegar a adoptar comportamientos agresivos.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandada dictándose sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 7 de febrero de 2008, re-

curso 4325/06, estimando el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada y desestimando la demanda formulada. La sentencia entendió que el artículo 58.14 del VI Convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía no define expresamente las circunstancias que justifican el derecho al plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad, limitándose a establecer que estos pluses "deberán responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, por cuanto la regla formal general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifique, no procediendo el abono del plus reclamado cuando las actividades habituales que viene realizando el demandante sean las propias de su categoría laboral con las dificultades, riesgos y penosidad inherentes a la misma, por lo que no constando acreditado que la actora realice funciones distintas a las de su categoría de educadora de educación especial, no procede el reconocimiento del plus reclamado.

Contra esta sentencia la letrada Dª María Traverso Pedrero, en representación de la actora Dª Nuria, ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 12 de abril de 2007, recurso 179/07, firme en el momento de publicación de la recurrida. El recurso ha sido impugnado por el Letrado de la Junta de Andalucía, en la representación

que ostenta de la demandada, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima improcedente el recurso por no darse el requisito de la contradicción exigido por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia invocada como contradictoria, sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 12 de abril de 2007, recurso 179/07, para determinar si concurre el requisito de la contradicción tal como lo exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios.

En el supuesto examinado en dicha sentencia la actora también prestaba servicios para la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, si bien en el centro de educación infantil y primaria de Alhaurin de la Torre, con la categoría profesional de educadora de disminuidos, prestando servicios con niños que presentan gravísimas minusvalías físicas y psíquicas, clasificadas entre parálisis cerebrales, autismo, oligofrenias síndrome de Dawn etc., presentando algunos un alto grado de agresividad. La sentencia entendió que la actividad desarrollada por la actora como educadora, atendiendo a niños disminuidos físicos y psíquicos y realizando en su trabajo diversas actividades que suponen un constante esfuerzo y que son indudablemente dificultosas y conflictivas, en la medida en que se orientan a la atención de menores con notables deficiencias revela que, en el supuesto de autos, concurren las circunstancias excepcionales justificativas del reconocimiento del plus de penosidad reclamado.

Tanto la parte demandada en su escrito de impugnación del recurso como el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe mantienen que no existe contradicción entre las sentencias comparadas, al no concurrir la triple identidad exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. A este respecto hay que señalar que a primera vista podría parecer que las categorías de las actoras de cada una de las sentencias enfrentadas no son iguales, pues mientras en la sentencia recurrida consta que la actora ostenta la categoría de educadora de educación especial, en la de contraste la categoría profesional que se atribuye a la demandante es la de educadora de disminuidos. Tal divergencia, sin embargo, es sólo aparente pues la ahora recurrente en su demanda -hecho primero- consigna que su categoría es la educadora de disminuidos, hecho no combatido por la demandada, y en la sentencia de contraste, aludiendo a una sentencia de esa Sala de 9 de noviembre de 1999, se razona que la categoría de educa-

dor/a y monitor/a es típicamente docente y está prevista en los sucesivos Convenios de la Junta de Andalucía, tanto para la educación especial (con denominación de educador de disminuidos) como para la enseñanza ordinaria. De tales datos resulta que la categoría de educadora de educación especial -sentencia recurrida- y educadora de disminuidos -sentencia de contraste- son sinónimas, por lo que en este elemento, que la recurrida aduce que es diferente, concurre la identidad exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. No existe tampoco entre las sentencias comparadas la diferencia que alega el Ministerio Fiscal, entendiéndose que en la sentencia de contraste las funciones exceden de la categoría ostentada por la actora, en tanto en la recurrida se limita a realizar las funciones propias de su categoría. En efecto tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste se considera que las actoras realizan las funciones propias de su categoría, razonando en la referencial, motivo por el que se reconoce el derecho al percibo del plus reclamado, que la actora desarrolla su actividad como educadora en Colegio Público, atendiendo a niños disminuidos físicos y psíquicos y realizando en su trabajo diversas actividades que suponen un constante esfuerzo y que son indudablemente dificultosas y aflictivas en la medida en que se orientan a la atención de menores con notables deficiencias lo que revela que concurren circunstancias excepcionales justificativas del reconocimiento del plus de penosidad reclamado. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se aprecia la existencia de identidad entre las sentencias comparada ya que la cuestión suscitada en ambas -derecho al percibo del plus de penosidad previsto en el artículo 58.14 del VI convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, de los educadores de educación especial, que prestan servicios en centros de Educación Especial dependientes de la misma Consejería desarrollando las funciones propias de su categoría, asistiendo a alumnos afectados por importantes deficiencias- es idéntica, concurriendo asimismo en la triple identidad exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento laboral, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios.

Cumplidos los requisitos exigidos por los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar en el fondo del asunto planteado.

TERCERO.- La recurrente denuncia infracción del artículo 58.14 del VI Convenio Colectivo para el personal laboral de la Junta de Andalucía.

Razona, en esencia, que la categoría que ostenta es típicamente docente, encuadrada en el Grupo Profesional II, para el que se exige una titulación mínima de diplomatura universitaria o equivalente, reconocida por el Ministerio de Educación Ciencia, concurriendo la excepciona-

lidad reclamada por la norma para tener derecho al percibo del plus, en el hecho de que los servicios se prestan a alumnos deficientes mentales, algunos con más de 50 kg. de peso, parálíticos cerebrales, oligofrénicos profundos, autistas o con graves trastornos de la personalidad, que incluso llegan a adoptar comportamientos agresivos, con existencia de riesgo asociado al sobreesfuerzo físico, lo que lo convierte en excepcionalmente penoso.

La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la interpretación y aplicación del precitado artículo 58.14 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, en las sentencias de 23-10-08 (recurso 2947/0), 26-1-09 (recurso 3872/07), 8-4-09 (recurso 1696/08), habiendo señalado en la última de las sentencias dictadas, invocando la sentencia de 26 de enero de 2009, recurso 3872/07, lo siguiente: "En dicha sentencia, en su fundamento jurídico tercero, y con respecto al citado precepto, después de transcribir el apartado 14 del mismo, el cual establece que "responderá a circunstancias excepcionales, por cuando la regla general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifiquen, por lo que se tenderá a la desaparición de este plus a medida que por la Administración se tomen los medios adecuados para subsanar las condiciones tóxicas, o peligrosas que les dieran origen. Además de las circunstancias a que se hace referencia podrán tenerse en cuenta y en su caso, valorarse, la exposición a riesgos diversos por parte del personal", señala que: "El Acuerdo de la Comisión del V Convenio (BOJA 3 de marzo de 1998), establece, en la parte que aquí interesa, que para el reconocimiento y concesión del plus "no deben considerarse argumento suficiente los riesgos, dificultades o características intrínsecas de un oficio o profesión sin mayores análisis o valoraciones. Y ello porque el sentido de estos pluses no es compensar tales riesgos o dificultades intrínsecas, comunes a toda la profesión, que ya estarán contempladas en el salario, ni las diferencias de riesgo entre las distintas profesiones, sino a aquellos individuos concretos que de forma temporal o permanente se ven obligados a trabajar en condiciones significativamente peores que el resto de su colectivo de procedencia". Y mas adelante añade que "es necesario que el trabajo se desarrolle en unas condiciones significativamente peores y en las que están expuestos a mayores riesgos y dificultades que el colectivo de trabajadores que ostentan su misma categoría profesional". Finalmente enumera los riesgos que deben concurrir para el percibo del plus de penosidad, y entre ellos, además de otros que no son de interés, incluye la "excesiva carga física o mental".

Y en su fundamento jurídico cuarto, la Sala razona lo siguiente:

"Esta Sala ya ha tenido ocasión de interpretar el artículo 50 del V Convenio en su sentencia de 11-4-00 (rec. 3865/99), si bien en relación con el plus de peligrosidad. Pero al tratarse de argumentos que son igualmente aplicables tanto a los tres pluses que regula el art. 50 del V Convenio, como a las previsiones del art. 58.14 del VI Convenio, conviene reiterarlos ahora, aunque conduciéndolos al de penosidad que es el que se reclama.

Los arts. 50 (V Convenio) y 58 (VI Convenio) parten inicialmente de que la excepcionalidad de las tareas realizadas o de las circunstancias concurrentes es la condición determinante del percibo del citado plus. De modo que cuando la penosidad sea consustancial o inherente al puesto de trabajo no surgirá el derecho al complemento, siempre y cuando, como es lógico, se acredite: a) que el puesto de trabajo está, por la propia naturaleza de la actividad desarrollada, expuesto a determinados riesgos; y b) que la retribución del puesto en cuestión es, por razón de esos riesgos, de importe superior a la de otros puestos de igual categoría que no los padecen.

Por el contrario, sí procederá el plus cuando: a) los riesgos no sean inherentes a la actividad desarrollada en el puesto; b) aun estando el puesto de trabajo, por la propia naturaleza de la actividad, expuesto a determinados riesgos, éstos sean superiores a los que soportan otros puestos de la misma categoría y actividad; o, dicho en términos del Acuerdo de la Comisión del Convenio, que "el nivel de riesgos y dificultades del puesto sea mayor a los existentes en otros puestos desempeñados por el colectivo de trabajadores que ostentan la misma categoría profesional"; c) la retribución del puesto en cuestión no sea de superior importe a la de otros puestos semejantes que no los padecen y están servidos por trabajadores de la misma categoría profesional.

Cabe pues afirmar que cuando los artículos 50 y 58 señalan que el plus debe responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, no están vedando su abono en los casos en que siendo la penosidad habitual o incluso inherente al puesto de trabajo que se desempeña, la retribución de quien lo sirve no ha sido fijada en atención a tales circunstancias, rompiendo así con el necesario equilibrio entre trabajo y salario. Para estos puestos, no específicamente retribuidos, hay que entender que, cuando el número 1 habla de "circunstancias verdaderamente excepcionales", está simplemente indicando que son ya afortunadamente pocos que, en la amplia relación de puestos de trabajo de la Junta de Andalucía, siguen sometidos a riesgos, bien porque en la mayoría han desaparecido ya "las circunstancias negativas que los justifican" o bien porque su retribución ha sido fijada atendiendo expresamente

a dichos riesgos. Pero, si las circunstancias negativas permanecen y la retribución no ha sido adaptada a ellas, es claro que el plus deberá ser satisfecho.

De ahí que los preceptos que comentamos se refieran al loable objetivo de ir eliminando el plus, en la medida en que los puestos actualmente sometidos a riesgos que lo justifican vayan dejando de ser penosos, por aplicación de las adecuadas medidas de seguridad e higiene o de "los medios adecuados para subsanarlos". Lo que, sin embargo, no deja de ser un objetivo, mas que una realidad ya conseguida. Que ello es así, lo confirma el art. 50 en su número 2 al autorizar que se pueda reconocer o mantener el plus, no solo a los puestos que normalmente se encuentran afectados por esas circunstancias negativas, sino también a aquellos otros en que los trabajadores, pese a los esfuerzos de la Junta por erradicarlos, puedan estar temporalmente expuestos a riesgos diversos. Y el hecho de que, en función de las medidas que se vayan implantando, la existencia del plus pueda verse como transitoria o limitada en el tiempo, no quiere decir que los trabajadores que siguen en los puestos de trabajo penosos deban dejar de percibir el complemento antes de que queden definitivamente eliminados tales riesgos. Lo lógico y razonable es que mantengan su derecho al plus hasta que, como ya hemos dicho, las medidas de prevención logren suprimirlos, o hasta que su retribución se fije en atención a estos."

CUARTO.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, se concluye que ha sido la sentencia referencial y no la recurrida la que ha aplicado correctamente el precepto denunciado. A este respecto hay que señalar que, tal como resulta de la sentencia recurrida:

A) La demandante en el Colegio Público de Educación Especial Virgen del Amparo de La Línea de la Concepción realiza las tareas que para la categoría profesional de educadora de educación especial figuran detalladas en el Anexo I del VI Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía, siendo los alumnos del centro (algunos con más de 50 kg. de peso) deficientes mentales, parálíticos cerebrales, oligofrénicos profundos, autistas y otros presentan trastornos graves de la personalidad, pudiendo adoptar incluso comportamientos agresivos.

B) En el expediente administrativo obra unido informe técnico de 25 de agosto de 2005 en el que consta que respecto a la actora se detecta:

- Riesgo dorsolumbar asociado a esfuerzo físico
- Un riesgo por exposición a agresiones físicas.

La demandada no ha acreditado que haya adoptado las medidas correctoras que con relación a dichos riesgos se establecen en el citado informe.

C) No consta acreditado que la retribución que percibe la actora sea superior a los otros trabajadores de la Junta de Andalucía que prestan sus servicios en puestos semejantes donde no existen tales riesgos y están servidos por trabajadores de la misma categoría profesional.

Por todo ello la recurrente tiene derecho a la percepción del plus reclamado.

QUINTO.- Procede, por lo anteriormente razonado que el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora sea estimado, y sea casada y anulada la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, procede desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la la Consejería demandada frente a la sentencia de instancia, que se confirma. No procede condena en costas, a tenor del artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a Ana María Traverso Pedrero, en nombre y representación de D^a Nuria, contra la sentencia dictada el 7 de febrero de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de suplicación número 4325/06. Casamos y anulamos dicha sentencia y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, frente a la sentencia de fecha 27 de junio de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social único de Algeciras, en el procedimiento 431/06, seguido a instancia de D^a Nuria contra el citado recurrente, en reclamación de cantidad, cuyo pronunciamiento estimatorio confirmamos en su integridad. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al 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. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



EL DERECHO

Año XVI. Número 2779

Madrid, 12 de enero de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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.



2009/234634

TS Sala 1ª, Sentencia 13 octubre 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Acción de repetición contra cofiadores solidarios

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por los cofiadores codemandados contra la sentencia de la AP, que en lo esencial confirma la de instancia, declarando la Sala que es correcta la acción de repetición efectuada por el fiador demandante contra el resto de fiadores por las cantidades satisfechas por el primero y en los porcentajes que a cada uno le corresponden, habiéndose cumplido los requisitos para que esa acción prospere por ser la

fianza otorgada en su día a favor de tercero de carácter solidario y haber satisfecho la deuda el recurrido, librando con ello al resto de obligados al pago.



2009/217436

TS Sala 2ª, Sentencia 9 septiembre 2009.
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Autoría y cooperación necesaria en delito de agresión sexual y lesiones

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de agresión sexual, violación y lesiones. Afirma el TS que el recurrente es partícipe diferenciadamente, a título de autor y de cooperador necesario, en dos delitos contra la libertad sexual, de modo que, de un

lado, concurre la agravante específica de haber sido cometido por la actuación conjunta de dos personas cuando ocupó el lugar de autor; no pudiendo aquélla ser tenida en cuenta, por otra parte, cuando actuó como cooperador necesario.

2009/225078

TS Sala 2ª, Sentencia 16 septiembre 2009.
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

Abusos sexuales: parentesco y prevalimiento

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de abuso sexual. Para el Alto Tribunal la aplicación del art. 180.4 CP 95 estuvo plenamente justificada, y no hubo tampoco vulneración del "bis in idem", pues el prevalimiento, es cierto, encierra el presupuesto del abuso sexual, pero cuando el prevalimiento se basa justamente en esa relación de superioridad que deriva en este caso del



2009/166021

TS Sala 4ª, Sentencia 24 junio 2009.
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

Correcta retribución del personal de universidades madrileñas

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la federación de enseñanza accionante contra sentencia que rechazó su demanda de conflicto colectivo sobre incremento salarial.

Señala la Sala que las universidades públicas demandadas han satisfecho el sueldo a su personal docente e investigador en las cuantías a que tenían derecho legal y convencionalmente, tomando como referencia las fijadas en el convenio colectivo de aplicación y las variaciones anuales experimentadas por las retribuciones de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios, más otro porcentaje anual variable correspondiente a la repercusión por la incorporación gradual a las pagas extraordinarias de un porcentaje del incremento de destino.

ESADE
Facultad de Derecho
Universidad Ramon Llull



Foro IP&IT • Propiedad intelectual y Sociedad de la Información
La protección de la imagen y los datos personales en las redes sociales

FECHA:

Jueves, 28 de enero de 2010

ESADEFORUM:

Av. Pedralbes, 60-62. 08034 Barcelona

Más información a través de internet en la página web: www.esade.edu/seminariosderecho

Contacto: Sra. Nuria Taboada

nuria.taboada@esade.edu

T. 934 953 808

