



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 XVII. Número 2818

Madrid, miércoles 14 de abril de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/332704

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 30 diciembre 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Nulidad del plan insular de ordenación de Lanzarote por carecer de estudio económico financiero

El TS desestima los recursos de casación interpuestos por la Comunidad Autónoma de Canarias, por el Cabildo Insular de Lanzarote y por la fundación César Manrique contra la STSJ de Canarias que anuló, a instancias del Ayuntamiento de Tegüise, el Decreto del Gobierno de Canarias 95/2000, aprobatorio de forma definitiva de la revisión parcial del plan insular de ordenación de Lanzarote, ante la falta de estudio económico financiero. La Sala desestima el recurso al considerar que los planes insulares de ordenación exigen entre la documentación que le es propia los programas de actuación para el desarrollo del plan con las correspondientes bases de carácter técnico y económico, bases que, a falta de mayor precisión legal, habrán de especificar, al menos, los gastos que conlleven las previsiones del plan y las fuentes de financiación, y el PIOL aquí impugnado carece del documento llamado estudio económico financiero, o "bases de carácter económico".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación número 4757/2005 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª), dictó en fecha de 11 de febrero de 2005, y en su recurso contencioso administrativo número 1115/2000, por medio de la cual se estimó el interpuesto por el Ayuntamiento de Tegüise, y se anuló el Decreto impugnado 95/2000, de 22 de mayo, del Gobierno de Canarias, (Boletín Oficial de Canarias núm. 66, de 29 de mayo de 2000) que aprobó definitivamente la Revisión Parcial del Plan Insular de Ordenación de Lanzarote (en adelante PIOL).

SEGUNDO.- Las entidades Promotora Costa Papagayo, S.A., Xinoxol, S.L., Construcciones Mardo,

S.L. y Proyecto Primarza, S.L. impugnaron esa Revisión Parcial del PIOL que concretaba en la modificaciones específicas en relación con el Plan Parcial Playa Blanca:

(1) Reduciendo la edificabilidad autorizada en dicho Plan Parcial (que en cuanto a uso turístico y residencial sumaba 199.762,55 metros cuadrados y en el referido PIOL revisado se cifra en 157.785 metros cuadrados).

(2) Suprimiendo el uso turístico de dicho Plan Parcial.

(3) Sustituyendo plazas de uso turístico por plazas de uso residencial (de 2.967 pero en realidad 4451 plazas).

(4) Alterando los usos previstos en el Plan Parcial (estableciendo que un mínimo del 20% se dedique a servicios y equipamientos comercializables y a oficinas).

(5) Fijando superficies mínimas para viviendas y porcentajes máximos y mínimos de viviendas según el grupo en el que se incluyen en razón de su superficie. En relación con tales aspectos esgrimía la siguiente argumentación:

1º. Infracción del principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado previsto en el artículo 38 de la Constitución Española.

2º. La infracción del principio de confianza legítima al que debe someterse la Administración Pública, establecido en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), introducido de forma explícita en la citada por la Ley 4/1999, de 13 enero, como derivación del principio de buena fe previsto en el artículo 7 del Código Civil; a tal efecto citaba abundante jurisprudencia comunitaria, y de este Tribunal Supremo, y exponía como el Decreto impugnado vulneraba el citado principio en relación con las previsiones que se contenían en el inicial PIOL, aprobado por el Gobierno de Canarias mediante el Decreto 63/1991, de 9 de abril, en aplicación de la Ley del Parlamento de Canarias 1/1987, de 13 de marzo, reguladora de los Planes Insulares de Ordenación, y al amparo del cual las Administración municipal y los inversores privados habían realizado inversiones considerables que solo podían ser amortizadas si las previsiones del PIOL se mantenían.

3º. Ilegalidad del informe previo y preceptivo a emitir por el Cabildo Insular de Lanzarote en el procedimiento municipal de concesión de licencias, al carecer de habilitación legal.

4º. Igualmente carece de habilitación la prohibición de conceder licencias municipales de obra hasta que no se adapte a la Revisión del PIOL el Planeamiento general y parcial.

5º. En términos similares, la obligación de hacer recaer en sujetos privados la obligación de adaptar el Plan Parcial de urbanización a la Re-

SUMARIO

TS

CIVIL

Falta de vulneración de derechos por conocido programa de televisión **6**

Quantum indemnizatorio en fallecimiento prematuro de la víctima por causas ajenas al accidente **7**

PENAL

Delitos de homicidio intentado y robo de uso de vehículo **9**

Inaplicación de agravante de reincidencia en delito de falsedad **11**

ADMINISTRATIVO

Nulidad del plan insular de ordenación de Lanzarote por carecer de estudio económico financiero **1**

Infracción del dominio público hidráulico por regar una finca sin autorización **5**

SOCIAL

Entrega de cheque exclusivamente a trabajadores que acudieron a comida de Navidad **13**

RS

RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

visión del PIOL en el plazo de seis meses.

6°. La vulneración del principio de distribución de beneficios y cargas previsto en el artículo 5 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones.

7°. La ausencia de programación de medios económicos precisos para indemnizar la reducción de aprovechamientos urbanísticos que impone en el Plan Parcial de Playa Blanca, al aprobarse sin contener el Decreto Estudio Económico Financiero, de donde deducía la existencia de causa de nulidad de pleno derecho del citado Decreto, y, en particular de los artículos que citaba -relacionados con los aspectos mencionados- dejándolos sin valor ni efecto alguno; subsidiariamente solicitaba la condena del Cabildo Insular de Lanzarote al abono de las indemnizaciones que procedieran, a determinar en ejecución de sentencia.

TERCERO.- La Sala de Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de Las Palmas de Gran Canaria) estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la Revisión Parcial del PIOL que se impugna. Lo hizo con base en el argumento, que aceptó de la demanda, de que dicha Revisión carecía de Estudio Económico Financiero, (en adelante EEF) tal como la propia Sala había razonado con anterioridad en su sentencia de 27 de enero de 2006, recurso contencioso administrativo 1120/2000, la cual, a su vez, se remitía a la anterior de 25 de febrero de 1998, recurso contencioso administrativo 310/1998, referente al Plan Insular del año 1991), todo ello en una mezcla desordenada de argumentos y párrafos que hace difícil, si posible, distinguir entre lo que se dice y lo que se copia. Como exponemos, la Sala de instancia fundó la estimación del recurso contencioso administrativo y la anulación de la Revisión del PIOL en la falta de Estudio Económico Financiero, tal y como se expresa en sus Fundamentos Jurídicos, que reproducimos:

“Segundo.- El recurrente pretende por tanto declarar nula la revisión del PIO de Lanzarote por ser contraria al ordenamiento jurídico y nula de pleno derecho por carecer del Estudio Económico Financiero y de mecanismo de distribución de beneficios y cargas del planeamiento. (...) Descendiendo a la revisión del PIOL y en aplicación de la referida doctrina, esta Sala en el recurso 1110/2000, en relación a esta

cuestión dijimos que “presente caso, la medida del alcance o importancia de la precisión económica en el Estudio Económico Financiero en relación al Plan Insular de Lanzarote viene dada por la propia doctrina del Tribunal Supremo que se pronunció en relación al Plan de 1991 que pretendía llevar a cabo una drástica reducción del aprovechamiento urbanístico ya patrimonializado careciendo de previsiones indemnizatorias. La Sentencia de esta Sala núm. 310/1998 de fecha 25 de febrero de 1998 dictada en el Recurso contra el Decreto 63/1991 de 9 de abril del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias que aprobó definitivamente el Plan Insular de Ordenación Territorial de Lanzarote, declara la nulidad de los artículos 4.1.2.2.A.2.C y 4.1.3.6 en cuanto modifican la edificabilidad, número de plazas y programación previstas para el Plan Especial del Centro de Interés Turístico Nacional de Montaña Roja “al pretender el PIOT llevar a cabo una drástica reducción del aprovechamiento urbanístico ya patrimonializado sin previsión indemnizatoria alguna” y declara la nulidad de los artículos 4.1.2.2.A.2.b.2 en cuanto imponen la obligación del Club Lanzarote SA de adaptar el Plan Especial del Centro de Interés Turístico Nacional de Montaña Roja. Dicha sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2002).

La Revisión del Plan incluía una addenda al Documento Programa de Actuación y Estudio Económico Financiero de 1991, Documento 7, sin embargo, el Gobierno de Canarias antes de su aprobación definitiva interesó que se suprimiera toda indemnización a su cargo y que se estableciera, ad cautelam, una previsión económica abstracta por las posibles responsabilidades administrativas. En palabras del Cabildo el documento “se retocó”. La consecuencia es que de acuerdo con la Jurisprudencia citada procede anular los artículos 2.4.1.1, 3.3.1.4, 3.3.2.5, 4.1.2.2 y 4.1.3.6, en cuanto modifican la edificabilidad, número de plazas y programación previstas para el Centro de Interés Turístico Nacional “Montaña Roja” y tampoco en esta ocasión contiene previsión indemnizatoria alguna y los artículos 6.1.2.1.A.3 y 6.1.2.1.A.5 en cuanto imponen la obligación de Club Lanzarote SA de adaptar el Plan Especial del Centro de Interés Turístico Nacional “Montaña Roja”.

Tercero.- Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si existe el

estudio económico financiero. A este respecto hemos de señalar que en el documento número siete se hace constar que “El documento del Plan de 1991 Programa de Actuación y Estudio Económico Financiero no se modifica en la presente reforma, no obstante se ha considerado conveniente introducir una valoración de eventuales indemnización por alteraciones de planeamientos en términos de coste a efectos de fijar una previsión y asignación de la misma a las Administraciones territoriales que formulan y aprueban la presente reforma del PIOT”. Es decir, que el estudio económico financiero que se presenta es el mismo que el del documento del plan de 1991, si bien se le añade una “addenda al documento programa de actuación y estudio económico financiero del PIOT de 1991 introduciendo previsiones indemnizatorias por alteraciones de planeamiento derivadas del PIOT”. La disposición final única apartado tercero de la Ley 1/1987 establece que “La revisión de los Planes Insulares de Ordenación se ajustará a lo que dispone la vigente Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y sus Reglamentos para los Planes Generales Municipales de Ordenación.”. El artículo 12.6 e) del RD 1346/1976 de 9 abril 1976 prevé la necesidad de que exista un Estudio económico y financiero en relación con el artículo Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana. La revisión del PIOL no tiene un estudio económico financiero propio, limitándose a dar por reproducido el del propio PIOL (Decreto 63/1991). Expresamente el documento cinco destaca que la revisión no reforma ni revisa el Programa de Actuación y Estudio Económico Financiero.

Cuarto.- Como segunda cuestión es necesario plantearse si el documento siete puede considerarse que subsane este defecto. En el expediente administrativo, consta las vicisitudes que sufre el documento número siete durante la tramitación, analicemos los informes del Jefe de servicio de ordenación urbanística, y el acuerdo de la COTMAC de 4 de mayo de dos mil. En cuanto a los informes, existen cuatro informes firmados por el Jefe de Servicio de ordenación urbanística: El primero de fecha 24 de abril de dos mil dos proponía el informe favorable a la revisión del PIOL condicionado a la supresión del documento número siete

salvo criterio jurídico en contrario - folio 63- en sus consideraciones el informe -folio 61 precisa que no parece adecuado desde un punto de vista estrictamente técnico, que la previsión de una responsabilidad patrimonial sea aceptada por la Comunidad Autónoma, sin previo pronunciamiento firme de los Tribunales para cada supuesto, ni previsión presupuestaria al respecto, por lo que se considera, salvo mejor criterio del correspondiente dictamen jurídico, que no debiera integrarse este apartado en el documento aprobado definitivamente.

2°. El informe jurídico de fecha 27 de abril de dos mil respecto a la addenda señala que en cuanto a la responsabilidad patrimonial “se asigna el coste de las eventuales indemnizaciones al Cabildo de Lanzarote y a la Comunidad Autónoma de Canarias por lo que se propone “determinar si la Administración autonómica compromete responsabilidad patrimonial, en su caso, distinta de la solidaria con el Cabildo de Lanzarote”.

3°. La Ponencia de la COTMAC de fecha 28 de abril de dos mil folio 38 decidió informar favorablemente el PIOL con las precisiones realizadas por el Director General “ parece factible que se prevea cautelarmente un régimen indemnizatorio en abstracto”.

4°. El 11 de mayo de dos mil y 16 de mayo de dos mil se emiten nuevos informe por el Jefe de Servicio de Ordenación Urbanística, folio 65 y 1000, afirma que se presenta un nuevo documento número siete denominado “Addenda al documento Programa de Actuación y Estudio Económico financiero del PIO de 1991 introduciendo ad cautelam previsiones indemnizatorias por alteraciones de planeamiento derivadas de la presente reforma/revisión del PIO,... el contenido del nuevo documento: remarcar el carácter cautelar...restringir dichas previsiones al documento de Revisión...el apartado de asignación se atribuye al Cabildo”. Lo que produjo la “subsanción de las objeciones formuladas y que fueron asumidas por la Comisión”. En ambos informes y en sus antecedentes se dice que la COTMAC en sesión de 4 de mayo de dos mil, acordó informar la Revisión del Plan Insular de Ordenación de Lanzarote formulada por el Cabildo Insular, si bien estimando precisa la supresión del documento número 7 de previsiones indemnizatorias. En cuanto al informe emitido por la COTMAC en la sesión celebrada el cuatro de

mayo acordó según consta en el acta se dispuso:

“Primero: Informar favorablemente la aprobación definitiva parcial de la Revisión del Plan Insular de Ordenación de la Isla de Lanzarote, consistente, básicamente, en reducir el número de plazas alojativas turísticas y en modificar la programación de estas, ralentizando su ejecución, debiendo corregirse con carácter previo a la aprobación definitiva las siguientes cuestiones:

1. Debe suprimirse toda previsión indemnizatoria a cargo del Gobierno de Canarias (documentos V y VII del Plan), estableciendo, ad cautelam, una previsión económica abstracta por las posibles responsabilidades administrativas derivadas de la presente revisión del Plan Insular.”

2. Debe justificarse la diferencia detectada entre el número de licencias urbanísticas municipales estimadas y las autorizaciones sectoriales turísticas emitidas con carácter previo a aquéllas en virtud de lo establecido en el artículo 24 de la Ley 7/1995.

3. Deben corregirse las deficiencias sustantivas y formales señaladas en el apartado 4.3.4 del informe”.

Segundo: Comunicar al Cabildo Insular de Lanzarote la obligación legal de adaptar el Planeamiento Insular a lo dispuesto en la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias, que, en su Disposición Transitoria Primera incorpora, como contenido de los Planes Insulares, el propio de los planes de ordenación de los recursos naturales, así como el contenido establecido en la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias. Dicha adaptación legal deberá producirse en el plazo máximo de un año.

Tercero: El presente acuerdo, en unión del expediente administrativo y documentos técnicos anejos, se elevará al Consejo de Gobierno de Canarias para que, en el ejercicio de sus competencias, resuelva definitivamente.

Cuarto: El presente acuerdo será debidamente notificado al Cabildo Insular de Lanzarote. Finalmente el artículo 1.1.1.6 d.2) del Decreto 95/2000 incluye entre la Documentación del Plan Insular el Estudio Económico “con el contenido de evaluación económica y de asignación de las inversiones. Sus especificaciones se entienden como meramente estimativas en lo que respecta a las previsiones de inversión pública o privada y a la evaluación de costes.”

Quinto.- El Cabildo opone que el denominado documento número siete no fue suprimido sino retocado y que de hecho presentó una “addenda al documento Programa de Actuación y Estudio Económico financiero del PIOT de 1991 introduciendo ad

cautelam previsiones indemnizatorias genéricas por alteración de planeamiento derivadas de la Revisión del Plan Insular”, remitiéndose al Sr. Secretario de la COMAC con fecha 8 de mayo de dos mil, registrado bajo el número 4409 del Registro General. Sin embargo, no se ha aportado el denominado “documento retocado”. Por lo que entendemos que la aprobación realizada por el Decreto 95/2000, lo fue de acuerdo con el informe de la COTMAC, que no preveía el retoque del documento sino la supresión, con una cláusula ad cautelam que es la prevista en el artículo 1.1.1.6.d.2 del Decreto 95/2000 antes transcrito. También debemos rechazar el argumento de la innecesidad del estudio económico por no tener la revisión consecuencias económicas. A este respecto hemos de señalar, que la revisión transforma uso turístico en uso residencial, pues bien, el informe pericial obrante en autos muestra claramente la diferencia de valor de uno y otro uso. E, igualmente, el de que el PIOL es un instrumento que no necesita estudio económico. A este respecto hemos de reseñar que el PIOL en su versión inicial, se presentó con su estudio económico financiero, por lo que la revisión debe tener su propio estudio. En otro orden de cosas, y respecto a la alegación de que el PIOL no necesita un estudio económico financiero. Hemos de señalar que, al margen de la aplicación supletoria del derecho estatal, en los artículos referidos en fundamentos anteriores. La propia normativa autonómica, en su artículo 6.4 señala que los Planes Insulares estarán integrados por los documentos siguientes:

1. Memoria.
2. Documentación gráfica.
3. Normas para la aplicación de sus determinaciones.
4. Programas de actuación para el desarrollo del Plan con las correspondientes bases de carácter técnico y económico, señalándose los plazos en que hayan de redactarse los instrumentos de planificación de desarrollo del Plan y llevarse a cabo las actuaciones previstas en él.

5. Sistema de seguimiento del Plan Son los mismos documentos que exige el legislador estatal para los Planes Directores Territoriales de Coordinación en el artículo 12 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de aplicación supletoria de conformidad con la disposición final única de la ley autonómica 1/1987. Aplicando el precepto autonómico, el artículo 1.1.1.6 d) de la Revisión del PIOL incorpora lo que denomina “ Programa de Actuación y Estudio económico” este último con el contenido de “ evaluación económico y asignación de las inversiones...” a modo de ba-

ses económicas necesarias para desarrollar un plan. Sin embargo, no incluye en realidad esas bases, en tanto que se limita a traer y dar por reproducido el estudio económico del Decreto 63/91 añadiendo una cláusula genérica que no puede considerarse que sea base económica alguna. La propia exposición de motivos de la Ley 1/1987 destacaba que los PIOL, se creaban para ordenar territorialmente cada isla y que en “cuanto que instrumentos de gobierno van a permitir que el Ejecutivo Regional se beneficie de la visión global de la isla que cada plan ofrece y así disponer de una mayor capacidad de evaluar la repercusión de las inversiones sectoriales del Gobierno.” Por todo ello procede la estimación del recurso y la anulación de la revisión del PIOL impugnada”.

CUARTO.- Contra esa sentencia han formulado recurso de casación la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias (que esgrime un motivo de impugnación), el Cabildo Insular de Lanzarote (que expone cuatro) y la Fundación César Manrique (que utiliza ocho motivos de casación). El principio de unidad de doctrina y seguridad jurídica nos obliga a seguir los pronunciamientos realizados en la reciente STS de 4 de diciembre de 2009, dictada en el RC 6301/2006. Para el estudio de esos motivos conviene comenzar exponiendo unas ideas generales sobre la necesidad de que los Planes Urbanísticos contengan el documento llamado “Estudio Económico Financiero”, sobre la necesidad de que los Planes Insulares cuenten también con ese documento, y, finalmente, sobre si lo tiene o no el que aquí se impugna.

QUINTO.- Cuando esta Sala ha afirmado que la importancia del llamado “Estudio Económico Financiero” ha sido devaluada por la jurisprudencia (v. g. sentencias de 11 de marzo de 1999, 31 de mayo de 2001 y 13 de noviembre de 2003, por todas) lo ha dicho en el sentido de que para su validez no es necesario que consten en él las cantidades precisas y concretas cuya inversión sea necesaria para la realización de las previsiones del Plan (detalle que es propio de los concretos proyectos en que aquéllas se plasmen); sino que lo que se quiere decir es que, a fin de que los Planes no nazcan en el puro vacío, la vocación de realización y de real materialización que estos tienen debe venir apoyada en previsiones generales y en la constatación de que existen fuentes de financiación con que poderse llevar el Plan a la realidad. Desde este punto de vista, no ha existido ninguna jurisprudencia que haya devaluado la importancia del Estudio Económico Financiero, entre otras cosas porque el ordenamiento jurídico urbanístico no lo permite. En efecto, la exigencia de Estudio Económico Financiero es general en las leyes urbanísticas, que lo imponen en los Planes más importantes y en los más modestos. Así, el artículo 12.4 del Reglamento de Planeamiento

Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (RPU), exige que la documentación de los Planes Directores Territoriales contenga unas bases de carácter técnico y económico, que formen los Programas de Actuación; el artículo 37.5 exige el Estudio Económico Financiero entre la documentación de los Planes Generales; el artículo 57.6 lo impone para los Planes Parciales; el artículo 77-2 -g) lo requiere para los Planes Especiales; el artículo 74.1. f) lo establece para los Programas de Actuación Urbanística; únicamente los artículos 95 a 97 del citado Reglamento guardan silencio sobre esta exigencia para las Normas Subsidiarias, que ha sido llenado en sentido positivo por nuestra jurisprudencia (STS de 21 de enero de 1992, 31 de mayo de 2001 y 30 de octubre de 2009). Con esta batería de previsiones del ordenamiento urbanístico, no es extraño que la jurisprudencia haya requerido, entre la documentación de los Planes, la necesaria previsión del capital exigido por las realizaciones en él previstas y la de sus fuentes de financiación, y que haya concluido que su ausencia vicia el Plan, al convertirlo en mera figura decorativa, fuente de inseguridad jurídica y de desprestigio normativo.

SEXTO.- Los Planes Insulares de Ordenación no se sustraen a esa exigencia. La impone el artículo 6.4 de la Ley Autonómica 1/1987, de 13 de marzo, reguladora de los Planes Insulares de Ordenación, al exigir, entre la documentación que le es propia los “Programas de actuación para el desarrollo del Plan con las correspondientes bases de carácter técnico y económico”, bases que, a falta de mayor precisión legal, habrán de especificar, al menos, los gastos que conlleven las previsiones del Plan y las fuentes de financiación.

SÉPTIMO.- Respecto del contenido del Estudio Económico Financiero (o de las “Bases de carácter económico”) el artículo 42 del Reglamento de Planeamiento (referente a los Planes Generales) alude sólo a la evaluación económica de la ejecución de las obras de urbanización correspondientes a la estructura general y orgánica del territorio y a la implantación de los servicios, incluidos en los programas cuatrimestrales, y no incluye, por lo tanto, la evaluación económica de las indemnizaciones que exija la ejecución del Plan, lo que ha llevado a la jurisprudencia de esta Sala (v. g. STS de 22 de septiembre de 1997 -apelación 7002/90- y de 4 de mayo de 1999 -casación 3151/94-) a afirmar que no es necesario que el EEF incluya “ las indemnizaciones que la aprobación del Plan puede generar a favor de persona determinada “. Sin embargo, esa jurisprudencia se refiere a Planes cuya ejecución exige indemnizaciones singulares (“ a favor de persona determinada “, dice la segunda de las sentencias citadas) pero no a Planes cuya finalidad primera es precisamente limitar el aprovechamiento de

planes con obras de urbanización ejecutadas o en ejecución, e incluso limitar el aprovechamiento adquirido en licencias ya otorgadas; en estos casos no se trata de que la ejecución del Plan exija meras indemnizaciones (v. g. por vinculaciones singulares) sino de que la misma finalidad del Plan exige limitaciones generalizadas de aprovechamientos patrimonializados, que han de ser compensados con las correspondientes indemnizaciones. El PIOL impugnado, en efecto, reduce la oferta turística a la hotelera, revisa la distribución parcial de las edificabilidades previstas en los Planes Parciales, modifica la programación de plazas turísticas, que también limita, declara incompatibles con la nueva ordenación las licencias ya otorgadas y que excedan de las asignadas en el Plan Insular y prohíbe el otorgamiento de nuevas licencias que excedan del 25% de la capacidad alojativa.

Todos estos no son efectos colaterales del Plan Insular, sino que constituyen la finalidad misma que el planificador pretende, y se trata por lo tanto de conceptos indemnizables ínsitos en el Plan, cuya evaluación económica y fuentes de financiación deben especificarse en el EEF, si no se quiere hacer del Plan un puro dibujo o una privación ilegal y generalizada de derechos adquiridos.

OCTAVO.- El Plan Insular de Ordenación aquí impugnado carece del documento llamado Estudio Económico Financiero, o "Bases de carácter económico". Así lo ha dado como probado la Sala de instancia en lo que parece ser el segundo fundamento de Derecho de la sentencia impugnada, donde, a propósito del denominado documento núm. 7, y después de estudiar los informes del Sr. Jefe del Servicio de Ordenación Urbanística de 24 de abril de 2002, 11 de mayo y 16 de mayo de 2000, el jurídico de 27 de abril de 2000 respecto a la Addenda y el de la Ponencia de la Comisión de 28 de abril de 2000, llega a la conclusión, clara y rotunda, de que "la aprobación realizada por el Decreto 95/00 lo fue de acuerdo con el informe de la COTMAC, que no preveía el retoque del documento sino la supresión...". En consecuencia, es un hecho declarado probado que el documento llamado Addenda fue suprimido, y que el Plan se aprobó sin él.

Como veremos después, al responder a uno de los concretos motivos de impugnación, este hecho no puede ser discutido en casación.

NOVENO.- Con lo dicho están respondidos y rechazados la mayor parte de los motivos de casación esgrimidos por las tres partes aquí recurrentes, si bien precisaremos algunas ideas respecto de sus argumentos concretos.

DÉCIMO.- La Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias expone un motivo de casación,

subdividido en dos, ninguno de los cuales puede prosperar.

A) Por lo que llevamos dicho, ni la sentencia impugnada ha infringido los artículos 47.1, en relación con el 12.1.e) y 12-3-e) del T.R.L.S. de 1976, en lo referente a la obligatoriedad del EEF, ni tampoco el artículo 41-1 de la Ley del Suelo 6/98 y 37 del Reglamento de Planeamiento, en lo referente a las indemnizaciones por alteración del planeamiento. Sobre lo primero, nos remitimos a lo dicho más arriba. Sobre lo segundo conviene precisar que la Sala de instancia no ha reconocido derecho a indemnización alguna, sino que se ha limitado a anular el Plan por falta de EEF en el que debieron constar las bases de carácter económico sobre las indemnizaciones que la ejecución del Plan exige (y que son inherentes a las propias determinaciones de éste, por ejemplo, en los casos de licencias ya otorgadas, según el artículo 42 de la Ley 6/98 o en los casos de alteración del planeamiento, según su artículo 41).

B) Por lo demás, la sentencia impugnada no infringe lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2002, la cual se refería a otro PIOL anterior (el de 1991) y no argumentó nada sobre el EEF.

DECIMOPRIMERO.- El Cabildo Insular de Lanzarote esgrime cuatro motivos de casación.

1.- En el motivo primero se alega la infracción de los artículos 12.3.e) del TRLS de 1976, 37.5 y 42 del Reglamento de Planeamiento y 2.2 y 41 de la Ley 6/98, sobre naturaleza y alcance del EEF y sobre la innecesidad de que éste prevea indemnizaciones por alteración del planeamiento. Se trata de un motivo que debe ser desestimado por las mismas razones que tenemos expuestas en los fundamentos de Derecho quinto, sexto y séptimo.

2.- En el motivo segundo se alega la infracción de los artículos 46 a 50 del T.R.L.S. de 9 de abril de 1976, que reconocen a la Administración un "ius variandi" urbanístico. El motivo debe ser rechazado.

Ni la Sala de instancia ni este Tribunal Supremo han negado a la Administración sus competencias para modificar el originario PIOL de 1991 a fin de subvenir a las necesidades de racionalidad urbanística, medioambiental y económica en la oferta turística de la Isla. Es seguro que los diseños de la Administración de la Comunidad Autónoma y del Cabildo Insular están dirigidos a lograr el desarrollo más armónico y razonable para Lanzarote; no hay el más mínimo dato para dudar de la legítima finalidad de la actuación de las Administraciones canarias. Pero las competencias han de ser ejercidas de la forma en que el ordenamiento urbanístico prescribe, y en el presente caso, la ausencia del EEF ha vicia-

do el Plan Insular de Ordenación, haciéndolo disconforme a Derecho.

3.- En tercer lugar, se alega la infracción de los artículos 319 y 317 de la LEC, 1218 del CC. y 46 de la Ley 30/92, todo ello como consecuencia de haber concluido la Sala de instancia que el llamado documento núm. 7 había sido suprimido en la aprobación definitiva, lo que en su opinión no es cierto. Se trata, como se ve, de discutir la valoración que de la prueba ha hecho la Sala de instancia, cosa que no cabe en la vía casacional, como no sea que la valoración sea irrazonable, ilógica o contradictoria o que infrinja las normas sobre eficacia tasada de ciertos medios probatorios. Pero este no es el caso, porque, según vimos más arriba, la Sala llega a la conclusión de que ese documento no fue retocado, sino suprimido, y lo afirma después de examinar con lógica y detenimiento lo que dicen varios informes; razón por la cual no es conceptual ni procesalmente lícito que esta parte recurrente haga supuesto de la cuestión y afirme ahora que esos mismos documentos dicen otra cosa.

4.- Por último, en el cuarto motivo se denuncia la infracción del art. 120.3 de la CE, 248.3 de la LOPJ y 348 de la LEC en relación con la motivación de las sentencias y la apreciación de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica. Este motivo debe ser rechazado.

La Sala transcribe (aunque ya vimos que muy confusamente) los argumentos de otras sentencias referidas también al PIOL del año 2000, y, por lo tanto, atinentes al mismo supuesto.

La mera cita de un informe pericial sobre la diferencia de valor entre las plazas turísticas y las residenciales, carece de importancia para juzgar acerca de las consecuencias económicas del PIOL impugnado, algunas de las cuales (v. g. las referidas a licencias ya otorgadas) no necesitan para ser afirmadas de prueba pericial alguna, (aunque quizá sí para su concreta cuantificación).

DECIMOSEGUNDO.- La "Fundación César Manrique" expone ocho motivos de casación, ninguno de los cuales puede ser estimado.

1.- Por la vía del artículo 88-1-c) de la Ley Jurisdiccional 29/98, se alega la infracción de su artículo 48, párrafos 1 y 4 y de su artículo 61, en relación con el 24 de la Constitución Española. Se dice en el motivo que el llamado documento 7 (Addenda) forma parte del expediente administrativo, a pesar de lo cual no ha sido aportado al proceso. Y al afirmar la Sala su supresión en la aprobación definitiva, a pesar de haber sido propuesta y admitida la prueba de reproducción del expediente administrativo, ha originado indefensión para las partes demandadas y codemandadas.

Este motivo debe ser rechazado.

No es que la llamada "Addenda" (documento núm. 7) no exista como documento. Existe y ha sido aportado al proceso por el Cabildo Insular como documento núm. 5 de su escrito de proposición de prueba. Lo que la sentencia de instancia da como probado es que ese documento fue suprimido en la aprobación definitiva siguiendo el informe de la COTMAC (es decir, no que se destruyera, sino que se excluyó de esa aprobación). Y sobre este extremo -supresión o no supresión del documento- las partes han podido argumentar y probar lo que a su derecho ha convenido, por cuya razón no ha existido la infracción que se denuncia.

2.- En el segundo motivo se alega la infracción de los artículos 1215, 1216 y 1218 del CE. y 319 de la LEC, sobre valoración de la prueba, al concluir la Sala de instancia que el documento núm. 7 fue suprimido cuando lo cierto es que sólo fue modificado. El motivo debe fracasar por las mismas razones que dimos en el fundamento de Derecho octavo.

3.- Se alega después la infracción del artículo 66 de la Ley 30/92, en relación con el art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 130 del Reglamento de Planeamiento, sobre conservación de los actos, y ello porque la Sala debió sólo anular la supresión de la previsión indemnizatoria y no anular todo el Plan Insular de Ordenación. Tampoco este motivo puede prosperar. La Sala da como probado que no existe EEF (o "Bases de carácter económico") y ello produce lógicamente la anulación del Plan como un todo.

4.- Se alega en el motivo cuarto la infracción de los artículos 2.2, 41, 43 y 44 de la Ley 6/98, sobre indemnizaciones, por haber partido la Sala de la afirmación de que existen derechos a la indemnización, cuando estos son excepcionales, según la jurisprudencia; aparte de que no existe la drástica reducción de aprovechamiento que la Sala afirma. El motivo debe decaer por las mismas razones que expusimos en el fundamento de Derecho décimo, al responder al motivo A) de los esgrimidos por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

5.- En el quinto motivo se alega la infracción de la jurisprudencia por inaplicación de la referente al "ius variandi". Valga para su rechazo lo que dijimos al responder al motivo cuarto de los expuestos por el Cabildo Insular de Lanzarote.

También en este motivo se utiliza el argumento de que al aplicar la Sala de instancia los mismos razonamientos de su anterior sentencia de 25-2-98 está extendiendo los efectos anulatorios de los vicios formales del Decreto 63/91 al Decreto aquí impugnado 25/2000, como si fueran

disposiciones idénticas, cuando el segundo es producto del ejercicio de un nuevo "ius variandi". El motivo debe ser rechazado, porque no es cierto que la Sala haya extendido los vicios formales del Decreto que aprobó el PIOL de 1991 al que aprobó el aquí impugnado 95/2000. La sentencia de instancia ha anulado éste último por no tener EEF, lo que no fue causa de la anulación del Decreto anterior, que lo fue por falta de previsiones indemnizatorias, cosa materialmente distinta. (Por lo demás, nada impide anular dos disposiciones diferentes con base en el mismo argumento, si es que éste resulta de aplicación en ambos casos).

6.- En el sexto motivo se cita como infringida la jurisprudencia de esta Sala según la cual la falta de previsión indemnizatoria no constituye un vicio del EEF que sea causa de anulación del Plan.

Ya tenemos respondido a este argumento en el fundamento de Derecho séptimo, donde aclaramos el sentido de nuestra sentencia de 22 de septiembre de 1997 y 4 de mayo de 1999.

7.- El séptimo motivo se funda en la infracción del Derecho estatal supletorio (artículos 37, 42, 9, 10, 11 y 12 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico), en cuanto los Planes Directores Territoriales de Coordinación no requieren EEF, sino sólo "Programa de Actuación con las correspondientes bases de carácter económico", lo que, en opinión de la Fundación César Manrique, es distinto. Dada la vocación de efectividad que tienen los Planes urbanísticos, nada permite concluir que el requisito de expresión y constancia de los costes económicos que su ejecución conlleve y la de sus fuentes de financiación, sea distinta en los Planes Directores que en el resto de las figuras de planeamiento. Y ese es, sin duda, el contenido de las "Bases de carácter económico" que se citan en el artículo 6.4 de la Ley Autonómica 1/1987, de 13 de marzo y en el artículo 12.4 del Reglamento de Planeamiento 2159/1978, de 23 de junio. 8.- En último lugar, se alega la infracción de la jurisprudencia sobre exigencia y contenido del EEF, motivo que hemos de rechazar con base en los argumentos que tenemos expuestos en los fundamentos de Derecho quinto a séptimo.

DECIMOTERCERO. - Procede, por todo ello, declarar no haber lugar a los recursos de casación, con condena a las tres partes aquí recurrentes en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional), si bien, a la vista de las actuaciones procesales, esta condena queda limitada, en lo referente a la minuta del Sr. Letrado de la parte recurrida, a la cantidad máxima de 6.000'00 euros, respondiendo por terceras e iguales partes cada una de las tres entidades recurrentes en casación (artículo 139.3). Por todo ello, en nombre de

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

FALLO

Declaramos no haber lugar a los recursos de casación número 4757/2005 interpuestos por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el Cabildo Insular de Lanzarote y por la Fundación César Manrique contra la sentencia dictada en fecha de 11 de febrero de 2005, y en su recurso contencioso administrativo número 1115/2000, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de Las Palmas de Gran Canaria), que anuló, a instancias del Ayuntamiento de Teiguise, el Decreto del Gobierno de Canarias 95/2000, de 22 de mayo, aprobatorio de forma definitiva de la Revisión Parcial del Plan Insular de Ordenación de Lanzarote. Condenamos a la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, al Cabildo Insular de Lanzarote y a la Fundación César Manrique en las costas del recurso de casación, en los términos expresados.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Rafael Fernández Valverde.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

2009/332701

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 9 diciembre 2009. Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

Infracción del dominio público hidráulico por regar una finca sin autorización

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Consejo de Ministros en la que, resolviendo expediente sancionador tramitado por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, se impuso a la comunidad de bienes recurrente la sanción de multa con la obligación de indemnizar por daños al dominio público hidráulico. La sanción fue impuesta por tener en explota-

ción captaciones de agua subterránea para el riego de 45 hectáreas de arroz y 155 hectáreas de algodón existiendo resolución denegatoria de la Confederación Hidrográfica del expediente de inscripción en el catálogo de aguas privadas, sin que haya quedado acreditado que los actores no realizaran plantación de algodón, siendo escasamente creíble la alegación de que hubieran arrendado la finca, pues no se expuso en su escrito de alegaciones, y la prueba testifical carece de relevancia aprobatoria, pues no viene acompañada de ningún documento contractual, recibo de pago, justificante tributario o de cualquier otra índole que de alguna manera corrobore la existencia del arrendamiento, siendo de todo punto inverosímil que, de haber habido arrendamiento, no exista rastro documental alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo lo dirige la representación de D. Carlos Miguel, D. Jesús Miguel, Dª Eugenia y Dª Guillerma contra la resolución del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004 en la que, resolviendo expediente sancionador tramitado por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (expediente núm.000), se impone a la comunidad de bienes integrada por los hermanos Eugenia Jesús Miguel Carlos Miguel Guillerma la sanción de 601.012,10 € y la obligación de indemnizar por daños al dominio público hidráulico en la cantidad de 362.040,00 € así como la obligación de abstenerse de realizar cualquier explotación de los pozos denunciados y la de inutilizar dichas pozos en el plazo de quince días, con posibilidad de ejecución subsidiaria.

En el antecedente primero hemos dejado reseñados los fundamentos fácticos y jurídicos de la resolución sancionadora recurrida así como el enunciado de las cuestiones y argumentos de impugnación que plantea la parte actora en su escrito de demanda. Procede entonces que pasemos ya a examinar cada uno de esos aspectos de la controversia.

SEGUNDO.- Ya vimos que los hechos que se imputan a los recurrentes en la resolución recurrida, y por los que terminan siendo sancionados, consisten en...tener en explotación captaciones de agua subterránea para el riego de 45 Hectáreas de arroz y 155 Hectáreas de algodón existiendo resolución denegatoria de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del expediente de inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas, en el sitio denominado "Hato Garrido", del termino municipal de Aznalcázar (Sevilla). Se aduce en la demanda, en primer lugar, la falta de legitimación de los herma-

nos Eugenia Jesús Miguel Carlos Miguel Guillerma y de la comunidad de bienes de la que son partícipes para ser imputados en el expediente sancionador porque -según afirman- consta acreditado que los demandantes no efectuaron en el año 2000 plantación alguna de algodón. El argumento no puede ser acogido. Por lo pronto, viene referido únicamente a la imputación relativa al riego no autorizado de 155 hectáreas de cultivo de algodón, no así a la de riego de 45 hectáreas de cultivo de arroz. Por lo demás, el alegato de que en el año 2000 los demandantes no cultivaron algodón en el sitio denominado "Hato Garrido" dista mucho de haber quedado acreditado.

Debe tenerse en cuenta que en su escrito de alegaciones frente al pliego de cargos (folios 31 a 33 del expediente) los ahora demandantes no alegaron que en la parcela no se hubiese cultivado algodón, pues únicamente cuestionaban la medición de superficies de cultivo que se le imputaban así como la valoración de daños contenida en el pliego de cargos. Es en un momento posterior, al formular alegaciones frente a la propuesta de resolución, cuando se alega por primera vez que en el año 2000 los recurrentes no cultivaron algodón en la parcela núm.001, aportando en dicho trámite, como documento núm. 1 (folio 46 del expediente) copia de impreso de solicitud ayudas por el cultivo de algodón. Pues bien, no podemos atribuir virtualidad probatoria a ese documento aportado en vía administrativa, pues el hecho de que respecto de una determinada finca o parcela no se haya solicitado ni concedido esa clase de ayudas no excluye que el cultivo haya existido; e incluso es razonable pensar que no se solicite ayuda de la Administración si el cultivo se lleva a cabo con riego no autorizado. En esa misma línea de razonamiento, resulta escasamente creíble la alegación de que la finca o parte de ella estuvo arrendada ese año 2000, pues nada se dijo sobre ello en las alegaciones que los recurrentes formularon al pliego de cargos, siendo también al formular alegaciones frente a la propuesta de resolución cuando por primera vez adujeron la existencia de un arrendamiento. Además, ninguna prueba aportaron entonces sobre esa relación arrendataria y ni siquiera facilitaron la identidad del supuesto arrendatario.

La falta de acreditación del arrendamiento ya fue destacada en el informe de la Abogacía del Estado que figura reseñado en la resolución recurrida. Y luego, ya en el curso de este proceso, el único dato a favor de la alegación de los demandantes viene dado por la declaración testifical de D. Mauricio, quien afirma que el año 2000 la entidad Explotaciones Agrícolas del Puerto, S.L., que él dirigía, tuvo arrendada la finca DIRECCION002 y sembraron en ella unas 155 hectáreas de algodón. Consideramos que esta escueta afirma-

ción del testigo carece de relevancia aprobatoria, pues no viene acompañada de ningún documento contractual, recibo de pago, justificante tributario o de cualquier otra índole que de alguna manera corrobore la existencia del arrendamiento, siendo de todo punto inverosímil que, de haber habido arrendamiento, no exista rastro documental alguno. En fin, el que los demandantes no aludiesen a dicho arrendamiento en sus primeras alegaciones y el que a lo largo del procedimiento administrativo no aportasen datos o documentos acreditativos del mismo, ni siquiera la identidad del arrendatario, son factores que, unidos a la precariedad e insuficiencia de la prueba aportada en el curso del proceso, nos llevan a concluir que la existencia del mencionado arrendamiento no ha quedado acreditada.

TERCERO.- Los demandantes invocan artículo 1.214 del Código Civil para afirmar que la carga de la prueba incumbe a la Administración actuante (fundamento jurídico IV de la demanda). Ahora bien, siendo cierto ese postulado, debe notarse que su escueta formulación en la demanda no viene seguida de ningún desarrollo ni complemento argumental. Tan lacónica invocación carece de virtualidad, ya que la resolución sancionadora deja especificados los hechos que se imputan y los elementos probatorios examinados -denuncia de la Guardería Fluvial e información técnica recabada tanto para la medición de la superficie de cultivo como para la valoración de los daños causados al dominio público-.

CUARTO.- Por último, en el fundamento V de la demanda se alega, también de forma sumamente escueta, que la subparcela correspondiente al cultivo de arroz a que se refiere la denuncia se regó, de un lado, aprovechando aguas pluviales, lo que está permitido conforme a lo previsto en el artículo 54 del Real Decreto Legislativo 1/2001 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, y, de otra parte, con aguas de titularidad privada procedentes de un sondeo que fue inscrito en el Registro de Pozos y Manantiales y en la correspondiente Sección de Minas con fecha 17 de noviembre de 1976. Pues bien, ninguna prueba hay acerca de las características de la balsa que se dice habilitada en la finca para la recogida y almacenamiento de aguas pluviales, ni por tanto, sobre el riego que habría podido llevarse a cabo por esta vía. Y tampoco consta que en la finca a que se refiere la resolución sancionadora exista ningún sondeo que haya sido legalizado y registrado conforme a las previsiones de Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Más bien al contrario, tanto en la denuncia del agente de la Guardería Fluvial (folio 8 del expediente) y en el informe del Encargado del Acuífero 27 (folio 10) como en la propia resolución sancionadora

recurrida (antecedentes primero y cuarto) se hace referencia, sin que el dato haya sido rebatido, a la existencia de una resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica de 12 de junio de 1.997 en la que se denegó la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas de un sondeo en el sitio denominado Hato Garrido, en el término municipal de Aznalcázar (Sevilla).

QUINTO.- En atención a lo expuesto en los apartados anteriores, y no habiendo sido cuestionados por los demandantes los demás aspectos de la resolución sancionadora, el presente recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado, sin que proceda imponer las costas procesales a ninguno de los litigantes de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

FALLO

Debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 246/2006 interpuesto en representación de D. Carlos Miguel,

D. Jesús Miguel, D^a Eugenia y D^a Guillerma contra la resolución del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004 en la que, resolviendo expediente sancionador tramitado por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (expediente núm.000) se impone a la comunidad de bienes integrada por los hermanos Eugenia Jesús Miguel Carlos Miguel Guillerma la sanción de 601.012,10 € con la obligación de indemnizar por daños al dominio público hidráulico en la cantidad de 362.040,00 € sin imponer las costas de este proceso a ninguno de los litigantes.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Orpúlido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Rafael Fernández Valverde.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Calvo Rojas, estando en la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Secretario, certifico.



TS Sala 1^a, Sentencia 1 marzo 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Derecho al honor, intimidad y propia imagen

Falta de vulneración de derechos por conocido programa de televisión

El TS declara no haber lugar a recurso de casación, contra sentencia dictada en anterior instancia en la que se fallaba a favor de los demandados por una posible vulneración al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del recurrente, por un conocido programa de televisión. El Tribunal confirma la sentencia de la AP, argumentando entre otros motivos, que se trata de una persona con proyección pública, que las fotos han sido tomadas en un lugar público y que en dicho programa se han facilitado datos ya conocidos que no han llegado a penetrar en un círculo íntimo ajeno al público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se promueve acción de protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen por la representación procesal de D. José Á. dirigida contra la entidad "Gestvisión S.A." y "Atlas S.A.", con ocasión de las informaciones que sobre su persona se difundieron en el programa televisivo denominado "Aquí Hay Tomate", en emisiones comprendidas entre los meses de octubre de 2003 a 17 de diciembre de 2004, en concreto en 51 programas, solicitando que se declare que se ha

producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor a tenor de las menciones en tono burlescas proferidas sobre su persona, en orden a su intimidad por relacionarse con D^a M^a José y con D^a Purificación (conocida como N...) y en relación a su derecho a la propia imagen al mostrarse ilustraciones con su anterior esposa y con D^a Purificación (N...).

La sentencia de Primera Instancia de 27 de enero de 2005 estimó parcialmente la demanda interpuesta, que resultó revocada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19^a por cuanto entendió que nos en-

contramos ante un profesional de notoriedad y proyección pública resultando su imagen captada en lugar abierto al público; así mismo estimó que no se vulnera su derecho a la intimidad al tratarse de datos ya conocidos y dados a conocer por los interesados y de los que ya se habían hecho eco otros medios de comunicación y tampoco se vulnera su derecho al honor pues en el presente caso se procede a transcribir y dar sentido en tono jocoso a las menciones recogidas por D^a Purificación García (conocida como N...) en su libro "Una vida de espectáculo".

SEGUNDO.- Interpone recurso de casación la parte actora, al estimar en sus tres motivos, vulnerado su derecho al honor, intimidad y propia imagen, al extralimitarse la parte demandada en el ejercicio al derecho fundamental de libertad de expresión e información.

El recurso de Casación formulado debe ser desestimado:

El honor, protegido como derecho fundamental (o de la personalidad, desde el punto de vista del Derecho civil) por el artículo 18.1 de la Constitución, carece de definición legal. El artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, más que definir el honor, da un concepto negativo, al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima como la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Declaran las sentencias de 17 de febrero de 2009 y 16 de julio de 2009, que reiteran una doctrina que viene desde la de 2 de marzo de 1989 que, el honor tiene un sentido subjetivo y un sentido objetivo; el primero es el sentimiento de la propia persona, en su consideración personal, la inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí mismo y el segundo es la trascendencia o exteriorización, representado por la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad; que no es otra cosa que las dos dimensiones del honor, la puramente individual y la de carácter social.

Sobre el derecho a la intimidad se ha dicho, de forma reiterada que su concepto no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance, como ha advertido esta Sala, pero necesariamente ha de tenerse en cuenta que conforma patrimonio personal y que abarca lo que entra en el propio ámbito y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno, sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compues-

to por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las ingerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada, en cuyo supuesto el círculo se abre y la intimidad se comunica.

La Sentencia de 26 de septiembre de 2008 recuerda que el derecho a la intimidad "implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado"

La imagen, tal como ha definido la jurisprudencia, en la sentencia de 26 de febrero de 2009, es la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, destacando los dos aspectos de facultad exclusiva del interesado a difundirla o publicarla y el de evitar su reproducción sin su consentimiento, salvo los casos previstos en el art. 8.2 del mismo texto legal.

TERCERO.- En el caso de autos, procede declarar que no nos encontramos ante una colisión de derechos, sino que el ejercicio de los proclamados en el artículo 20, no han rebasado el límite que impone esta norma, en su apartado 4 y no han atentado al derecho al honor, intimidad y la propia imagen que proclama el artículo 18, siempre de la Constitución Española y que viene desarrollado en la Ley Orgánica 1/1982, 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por cuanto en el caso de autos y como bien declara la Audiencia Provincial de Madrid, y que ahora procede ratificar:

- Se trata de un personaje público. La Sala siempre ha mantenido que cuando se trata de un personaje de protección pública, la protección del honor disminuye (la persona que acepta su carácter público, acepta también los riesgos que ello conlleva), la de la intimidad se diluye (no totalmente, pero su círculo íntimo debe estar en parte al alcance del conocimiento público) y la de la imagen se excluye (en los casos que prevé la ley, cuando se halla en lugar público).

- No hay atentado al honor, pues, hay que sumar el contexto. La información publicada se encuadra dentro de la denominada crónica social, donde se comentan datos ya conocidos o dados a conocer por los interesados y en donde no se puede ver más que juicios de valor, acerca de los hechos que narran y no se han empleado expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias por más

que en algún caso pueda observarse una crítica un tanto jocosa y ácida.

- No hay atentado a la intimidad, pues se han facilitado datos ya conocidos que no han llegado a penetrar en un círculo íntimo ajeno al público.

- No hay atentado a la imagen, pues se trata de imágenes captadas en lugar público, de persona con proyección pública.

Todo lo cual determina, la desestimación del recurso interpuesto, en sus tres motivos con imposición de las costas causadas a la parte recurrente, aplicando el artículo 398 en su remisión al artículo 394 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José Ángel contra la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2006, dictada en grado de apelación, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª.

Segundo.- Condenamos a la parte recurrente D. José Ángel al pago de las costas causadas.

Tercero.- Líbrense a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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 Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.

2009/332672

TS Sala 1ª, Sentencia 10 diciembre 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Contrato de seguro

Quantum indemnizatorio en fallecimiento prematuro de la víctima por causas ajenas al accidente

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por compañía de seguros. Se diri-

me el quantum indemnizatorio debido al prematuro fallecimiento de la víctima por causas ajenas al accidente. El motivo sexto de la demanda, enunciado como "Infracción legal en relación al artículo 20,4 LCS", es estimado por el Tribunal, considerando que, al existir dos tramos diferenciados de intereses, sin que pueda retrotraerse a la fecha del siniestro el interés del 20%, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al legal del dinero y tipo vigente de cada día, cantidad que se incrementará en un 50%. A partir de esta fecha, el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo de ese porcentaje, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Los herederos de una persona que había fallecido con posterioridad al accidente por causas ajenas a él reclamaron de dos compañías aseguradoras con carácter solidario la indemnización correspondiente a los daños personales que aquella había sufrido en el accidente de circulación en el que intervinieron dos vehículos respectivamente asegurados por cada una de ellas.

2. El Juzgado entendió que la responsabilidad no podía ser atribuida con carácter exclusivo a ninguno de los vehículos asegurados y condenó solidariamente a ambas aseguradoras a abonar la indemnización correspondiente por gastos de ambulancia y ortopedia, secuelas, factor de corrección por perjuicios económicos, necesidad de ayuda de otra persona, daños morales complementarios, perjuicios morales a familiares, adecuación de vivienda y de vehículo. Condenó asimismo a las aseguradoras al pago de un interés moratorio del 20% desde el momento del siniestro.

3. En lo que aquí interesa, el Juzgado:

(a) Se planteó si respecto de las indemnizaciones por concepto de daños morales complementarios, ayuda de terceras personas, adecuación de vivienda y perjuicios morales a familiares procedía operar una reducción por el tiempo limitado de padecimiento de las secuelas, dado el prematuro fallecimiento de la víctima por causas ajenas al accidente.

(b) Descartó la aplicación de cualquier reducción a la indemnización por los días de incapacidad temporal y por las secuelas.

(c) Consideró inaplicable una reducción a la indemnización por da-

ños morales complementarios, pero estimó, en cuanto a ésta, que no dejaba de tener relevancia el hecho de no haberse prolongado la situación de la lesionada por mayor número de años.

(d) Consideró que no cabía reducción en la indemnización por adecuación de la vivienda y del vehículo; pero estimó, respecto de la primera, que no se podía prescindir de la relevancia de la no-prolongación de la situación de minusvalía de la lesionada por no quedar constancia de haber incurrido en las correspondientes inversiones en la vivienda, aun cuando se pudiera haberse acudido a la alternativa de ocupación de otra vivienda.

(e) Respecto de la necesidad de ayuda de terceras personas consideró que no se podía prescindir para la fijación de la indemnización de la edad de la lesionada en la fecha del accidente (61 años), más que del hecho de su fallecimiento dos años después de la producción del accidente.

(f) Respecto a los perjuicios morales a familiares atendió en la fijación de la indemnización al hecho de no haberse prolongado mucho tiempo la situación especialmente gravosa que para los familiares derivaba de la prestación de los cuidados especialmente intensos.

4. Justificó la indemnización por demora en que no se acreditó la puntualidad y suficiencia de la pensión provisional abonada por la compañía y en la falta de cualquier otra entrega o consignación por las compañías aseguradoras.

5. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. Se fundó, en síntesis, en lo que aquí interesa, en que:

(a) No tenía sentido la aplicación del apartado primero.9 del Anexo sobre valoración de daños corporales contenidos en la LRCSCVM porque, con independencia de que la norma está pensada para el supuesto de que apareciesen nuevas consecuencias a la víctima procedentes del mismo siniestro, el Juzgador al aplicar las indemnizaciones había tenido en cuenta que la víctima falleció a los dos años del accidente para fijarlas reduciendo las cifras que se contemplan en el "baremo".

(b) Para evitar la imposición de intereses en los términos del art. 20 de la LCS desde que la apelante conoció el siniestro pudo haber consignado la cantidad debida (la tetraplejia se conoció enseguida) en vez de esperar a que lo hiciera la compañía Mapfre S. A., a quien incumbirían sus correspondientes responsabilidades, sin olvidar que hubo con anterioridad un proceso penal y un título ejecutivo que determinaba claramente la suya.

6. Contra esta sentencia interpone recurso de casación Allianz, S. A., el

cual ha sido admitido en los motivos cuarto, quinto y sexto, al amparo del artículo 427.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo cuarto. El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula: "Infracción legal en relación al anexo de la Ley 30/95 (sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), concretamente al no aplicarse el punto noveno del apartado primero del citado anexo, relativo a que la indemnización podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de la misma". El motivo se funda, en síntesis, en que si se permite modificar una indemnización por la aparición de daños sobrevenidos, se podrá disminuir la indemnización si la causa de ésta deja de existir o si por sustanciales alteraciones de las circunstancias, cesa en su continuidad. Por ello considera que, una vez desaparecida la lesión por fallecimiento de quien la padecía habrá que valorar la indemnización en orden al tiempo en que aquella lesión se sufrió, ya que si no se estaría indemnizando algo que ya no existe y, por tanto, provocando un enriquecimiento injusto.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- El fallecimiento prematuro de la víctima de daños corporales en accidentes de circulación:

A) Se plantea la cuestión de si el fallecimiento con posterioridad al accidente de la víctima que ha sufrido daños personales debe determinar la disminución de la indemnización devengada en el mismo proceso en que se fija.

a) Las indemnizaciones por daños fisiológicos en sentido estricto, y aquellas que, aun cubriendo perjuicios de carácter patrimonial, se calculan en la LRCSCVM en función de la importancia de aquéllos (indemnizaciones por secuelas, factor de corrección por perjuicios económicos y por daños morales complementarios) deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado, si se trata de incapacidad permanente, desde el momento en que se consolidan mediante su determinación a través del alta médica. El fallecimiento prematuro del perjudicado no permite su modificación por el órgano jurisdiccional ni legitimaría una acción de enriquecimiento injusto en el caso de haber sido ya percibidas. La razón de ser de esta afirmación radica en que el enriquecimiento injusto exige que no exista una regla que justifique el desplazamiento patrimonial producido. En este caso, la regla de Derecho que justifica el desplazamiento patrimonial de la indemnización en su totalidad radica en que la determinación de los daños por estos conceptos se hace en la LRCSCVM sobre un sistema de presunciones es-

tablecido en función de unos parámetros temporales y personales considerados en abstracto, los cuales, salvo circunstancias excepcionales, no pueden ser alterados por circunstancias no previstas sin desvirtuar la técnica de presunciones a que se atiende en estos conceptos el sistema de valoración.

b) Respecto de las indemnizaciones concedidas por daños no patrimoniales fijados mediante una horquilla establecida en relación con circunstancias concretas (factor de corrección por incapacidad permanente, daños morales a familiares) rige el mismo principio como regla general, pues la indemnización se fija por el legislador mediante criterios abstractos, vinculados en principio a las circunstancias de la víctima subsistentes en el momento del siniestro. Sin embargo, el juez, llamado en estos casos por la ley a determinar la cuantía de la indemnización dentro de la horquilla legal atendiendo a la concurrencia de circunstancias determinadas, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración, pues los acontecimientos posteriores al accidente pueden influir, por su propia naturaleza, en las circunstancias a las que la LRCSCVM vincula la valoración por parte del órgano jurisdiccional (actividades habituales de la víctima, necesidad de ayuda de otra persona, alteración de la convivencia por cuidados continuados).

c) Este mismo principio según el cual el juez, en el momento de fijación de la indemnización, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración debe entenderse aplicable en el caso de indemnizaciones concebidas por la ley como finalistas (en caso de gran invalidez, necesidad de ayuda de otra persona, perjuicios morales a familiares, adecuación de la casa y vehículo). El fallecimiento prematuro del perjudicado no es suficiente para excluir la indemnización en el momento de su fijación por el hecho de no haberse podido disponer de ella con la finalidad prevista, salvo que se pruebe que dicho fallecimiento determinó su carencia absoluta de objeto. En efecto, el carácter finalista de las indemnizaciones no impone, según la LRCSCVM, limitaciones sobre su empleo en beneficio del perjudicado ni permite control alguno sobre su destino, y, en términos generales, la falta de empleo de una indemnización por daños en la reparación de éstos no altera su fundamento causal como instrumento de compensación de los daños padecidos y, en consecuencia, no puede dar lugar por sí misma a enriquecimiento injusto si no se prevé expresamente en la ley o concurren circunstancias excepcionales.

d) La acción por enriquecimiento injusto basada en el principio con-

dictio causa data causa non secuta (reclamación por causa dada, pero no continuada), dada su naturaleza, sólo puede darse en supuestos excepcionales, y ese mismo requisito resulta la doctrina de la perpetuatio iurisdictionis (perpetuación de la jurisdicción), que sólo permite tener en cuenta hechos posteriores a la demanda en casos excepcionales o expresamente previstos por el legislador. Ésta es la interpretación que debe aplicarse a la cláusula contenida en el Anexo, primero, 9, LRCSCVM, en el cual se prevé la modificación de la indemnización por causa sobrevenidas, pero se exige que éstas sean "sustanciales", es decir, que sean suficientemente importantes para afectar a la esencia de la indemnización, privándola de todo posible sentido de reparación o compensación del daño padecido, o consistan en la "aparición de daños sobrevenidos".

B) En el caso examinado la aplicación de esta doctrina conduce a las siguientes consecuencias:

a) Las indemnizaciones concedidas por secuelas, por perjuicios económicos y por daños morales complementarios no resultan afectadas por el fallecimiento posterior de la víctima. No se aprecia que la sentencia recurrida, al confirmar las apreciaciones de la sentencia de primera instancia en ese sentido, incurra en infracción legal alguna.

b) En cuanto a indemnización por perjuicios morales a familiares, la sentencia recurrida entiende la fijación de la indemnización al hecho de no haberse prolongado mucho tiempo la situación especialmente gravosa que para los familiares derivaba de la prestación de los cuidados especialmente intensos, por lo que la solución aplicada es conforme con la doctrina anteriormente fijada. Lo mismo debe entenderse en relación con la necesidad de ayudas de terceras personas, pues la sentencia recurrida, para fijar la cuantía de la indemnización, tiene en cuenta que la víctima falleció a los dos años del siniestro.

c) En cuanto a las indemnizaciones por adecuación de la vivienda y del vehículo, la sentencia recurrida, al confirmar las apreciaciones de la sentencia de primera instancia, tiene en cuenta la relevancia de la no-prolongación de la situación de minusvalía de la lesionada pero valora, para no denegar la indemnización, que se ocupó otra vivienda especialmente adaptada para minusválidos. La aplicación del sistema de valoración efectuada por la sentencia recurrida se ajusta, pues, a la doctrina anteriormente fijada.

CUARTO.- Enunciación de motivo quinto. El motivo quinto se introduce con la siguiente fórmula: "Infracción legal en relación al artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre), al

existir causa justificada para la no-imposición de intereses". El motivo se funda, en síntesis, en que nos encontramos ante un supuesto de hecho en el que se determinó una concurrencia de culpas entre los conductores de ambos automóviles, por lo que el "quantum" (cuantía) no quedó fijado hasta la declaración por el juzgador de la citada concurrencia de responsabilidades. El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Imposición de los intereses del artículo 20 LCS.

A) Según el art. 20.8.º LCS el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. Con reiteración ha declarado esta Sala (tanto en la primitiva redacción del art. 20 LCS, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre), que se excluye su aplicación cuando existe causa justificada para demorar el pago de la indemnización, entre otras razones, por discrepancia razonable en torno a la procedencia o no de la cobertura del siniestro o del importe de la indemnización que debe satisfacerse, siempre que se haya consignado o abonado el importe mínimo (SSTS 12 de marzo de 2001, 9 de marzo 2006, 7 de febrero de 2007, Rec. 1435/2000, 11 de junio de 2007, Rec. 1722/2000, 22 de diciembre de 2008, RC núm. 1555/2003, 7 de mayo de 2008, RC núm. 2137/2001, 1 de julio de 2008, RC núm. 372/2002, 18 de noviembre de 2008, RC núm. 2344/2003, 26 de noviembre de 2008, RC núm. 1459/2002, 9 de diciembre de 2008, RC núm. 2032/1994, 26 de marzo de 2009, RC núm. 469/06, 23 de abril de 2009, RC núm. 2031/06).

Se aplica, por el contrario, cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la reclamación por el asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio para el asegurado o perjudicado que deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación (SSTS 17 de octubre de 2007, Rec. 3398/2000, STS 18 de octubre de 2007, Rec. 3806/2000, STS 6 de noviembre de 2008, RC núm. 332/2004, la cual destaca, "a los efectos de verificar la existencia de la causa justificativa que exonera del recargo por mora, que la compañía demandada realizó una consignación en el previo procedimiento penal, que fue declarada insuficiente, y que fue completada con posterioridad, a la vista de dicha declaración de insuficiencia"). Por tanto, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso para vencer la oposición de la aseguradora, se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realiza-

das por el tribunal de instancia, al cual, como declara reiteradamente la jurisprudencia, corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada.

La aplicación de la anterior doctrina al caso examinado conduce a la desestimación del motivo, pues la sentencia recurrida afirma que para evitar la imposición de intereses en los términos del art. 20 LCS desde que la hoy recurrente conoció el siniestro pudo haber consignado la cantidad debida (la tetraplejía se conoció enseguida) en vez de esperar a que lo hiciera la compañía Mapfre S. A., a quien incumbirían sus correspondientes responsabilidades, sin olvidar que hubo con anterioridad un proceso penal y un título ejecutivo que determinaba claramente la suya. No constituye causa justificada para la falta de consignación el hecho de que pudieran existir dudas en cuanto a la concurrencia de culpas entre los conductores, pues ya la sentencia de primera instancia afirma que no se aprecia que la responsabilidad por la producción del accidente le pueda ser atribuida con carácter exclusivo a ninguno de los dos vehículos asegurados, y recoge que así se había apreciado ya en el proceso de ejecución seguido en ambas instancias.

SEXTO.- Enunciación del motivo sexto. El motivo sexto se introduce con la siguiente fórmula: "Infracción legal en relación al artículo 20.4.º de la Ley de Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre), al existir dos tramos diferenciados de intereses, sin que pueda retrotraerse a la fecha del siniestro el interés del 20%". El motivo debe ser estimado.

SÉPTIMO.- Tipo aplicable a los intereses por mora de la aseguradora. Esta Sala, en la STS, Pleno, de 1 de marzo de 2007, RC núm. 2302/2001, ha sentado por razones de interés casacional a efectos de unificación de jurisprudencia, la siguiente doctrina: "Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento".

Esta jurisprudencia ha sido aplicada en sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las SSTS 11 de diciembre de 2007, RC núm. 5525/2000, 25 de febrero de 2009, RC núm. 1327/04, 1 de julio de 2008, RC núm. 372/2002, 26 de noviembre de 2008, RC núm. 1459/2002, 6 de febrero de 2009, RC núm. 1007/2004, 25 de febrero de

2009, RC núm. 1327/2004, 23 de abril de 2009, RC núm. 2031/06, 19 de mayo de 2009, RC núm. 229/05.

OCTAVO.- Estimación del recurso. La estimación del sexto motivo de casación conduce a casar la sentencia recurrida y a estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Allianz, S. A., respecto a la determinación de la cuantía de los intereses por demora que deben abonar las aseguradoras.

No ha lugar a la imposición de las costas de apelación ni a las de este recurso de casación. Así se infiere del régimen establecido en el artículo 398, en relación con el artículo 394 LEC.

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

FALLO

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A., contra la sentencia de 28 de febrero de 2005 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el rollo de apelación núm. 272/2004, cuyo fallo dice: "Fallamos.

Que desestimando el Recurso de Apelación formulado por la Compañía Allianz S.A. representada por el Procurador D. Luis Abalo Álvarez y la impugnación formulada por D. Amadeo, D.ª Sandra, D. Anton, D.ª Sonia, D.ª Teresa, D. Arsenio, D.ª Victoria, D. Balbino y D. Benigno representados por la Procuradora D.ª Rosa Gardenia Montenegro Faro contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario núm. 398/03 por el Juzgado de Caldas núm. 2 la debemos confirmar y confirmamos íntegramente sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta instancia".

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno en cuanto confirma el pronunciamiento de primera instancia relativo a los intereses por demora de las aseguradoras, manteniendo subsistentes los restantes pronunciamientos.

3. En su lugar, estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Allianz, S. A., representada por el Procurador D. Luis Abalo Álvarez, y, anulando el pronunciamiento sobre abono de los réditos de demora del 20% contenidos en los apartados 1.º y 2.º del fallo de la sentencia de primera instancia recurrida en apelación, los sustituimos por la condena al abono, durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se

devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. Mantenemos subsistentes los restantes pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

No ha lugar a imponer las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias

necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Salas Carceller.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz.- Gabriel Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'callaghan Muñoz. Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.



2009/271329

TS Sala 2ª, Sentencia 3 noviembre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurcar

Exclusión de responsabilidad de la aseguradora

Delitos de homicidio intentado y robo de uso de vehículo

Se estima el recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de homicidio intentado y robo de uso de vehículo. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la responsabilidad civil que había sido declarada a cargo de la entidad recurrente, pues el seguro obligatorio tiende a proteger a las víctimas de los daños causados por una conducta de riesgo como es la circulación de vehículos de motor; pero es el legislador, que lo establece como elemento de protección, quien ha decidido excluir de su ámbito indemnizatorio a las víctimas de acciones dolosas en las que el vehículo haya sido utilizado como instrumento directo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los dos acusados han sido condenados como autores de un delito intentado de homicidio a penas de cinco y seis años de prisión y a indemnizar al lesionado en la cantidad de 10.260 euros, respondiendo directamente la entidad Mapfre Automóviles, subsidiariamente la propiedad del vehículo. Contra la sentencia interpone recurso de casación la entidad Mapfre Automóviles, formalizando dos motivos. En el primero, sostiene que se han infringido los preceptos que cita, ya que, según entiende, no procede declarar su responsabilidad, dado que, aun cuando el Tribunal haya apreciado dolo eventual respecto del resultado, la acción lesiva se ejecutó con dolo directo, por lo que quedaría incluida en el ámbito de los casos en los que se excluye la responsabilidad de la compañía aseguradora, en los términos del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 24 de abril de 2007.

1. La jurisprudencia ha examinado la cuestión relativa a la obligación de las compañías de seguros de indemnizar al perjudicado como consecuencia de delitos dolosos cuando se haya utilizado, en una u otra forma, un vehículo de motor, a la luz de las últimas modificaciones normativas. Entre ellas, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor dispone, en el artículo 1.1, que "El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación". Y en el apartado 4 que "Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta Ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bie-

nes". Por su parte, el Reglamento del Seguro Obligatorio (RD 7/2001, de 12 de enero), establece, en su artículo 3.1:

"A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común"; y, en el artículo 3.4 que "Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal".

En el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 24 de abril de 2007, se alcanzó la conclusión de que tales normas afectaban a la doctrina hasta entonces mantenida y que, especialmente del artículo 3.4 del Reglamento del Seguro Obligatorio, se deducía que únicamente deberían quedar fuera de la cobertura del Seguro Obligatorio los daños causados por "dolo directo". Y, en este sentido, el pleno de la Sala tomó el siguiente acuerdo: "No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito.

Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor", con lo que se viene a eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera una acción totalmente extraña a la circulación como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala. En consecuencia, lo decisivo no es tanto la presencia de dolo directo en la conducta sino la determinación del concepto de "hecho de la circulación", que a estos efectos no es identificable con todo suceso relacionado con la circulación de un vehículo, o con una acción realizada aprovechando que el vehículo es un objeto que circula.

Quedarán incluidos los casos en los que, circulando un vehículo se cree un peligro no autorizado que después llega a concretarse en un daño o lesión, pero no será considerado hecho de la circulación el empleo del vehículo como instrumento,

con dolo directo, encaminado a la causación del daño.

2. En el caso, la acción ejecutada por los autores consiste en poner en marcha el vehículo hacia el lugar donde está la víctima; detenerlo en dicho lugar y agarrar a aquella por el cuello; y ponerlo en marcha seguidamente circulando unos cuatrocientos metros arrastrándolo al lado del vehículo, hasta que consiguió soltarse. El Tribunal, que no puso en duda el dolo directo respecto de la acción ejecutada, afirmó, sin embargo, la existencia de dolo eventual respecto del resultado homicida, condenando a ambos autores por un delito de homicidio intentado.

En principio se trata de una conducta claramente diferenciada de las previstas en los artículos relativos a los delitos contra la seguridad del tráfico, en los que se sancionan conductas creadoras de un riesgo para la vida o la integridad física de las personas, que en caso de concretarse en un resultado darían lugar a indemnización a cargo de las compañías aseguradoras, en tanto que se han definido expresamente como hechos de la circulación.

Sin embargo en el caso, la acción delictiva se encamina directamente a causar una lesión en la integridad física de la víctima, empleando como instrumento un vehículo y aprovechando las características de éste que le permiten circular. La naturaleza de la acción, además, permite apreciar que un probable resultado de muerte, aunque no sea querido directamente, es aceptado por los autores, por lo que resulta imputable a título de dolo eventual.

El acto lesivo, pues, se ejecuta con dolo directo de causar lesión, y es ese resultado lesivo, en tanto causado con dolo directo, lo que hace que la acción no pueda ser considerada hecho de la circulación. Es claro que la acción que causa el resultado dañoso que debe ser indemnizado se ejecuta con dolo directo, aunque al autor se le impute por dolo eventual un probable resultado de muerte no efectivamente causado. Por lo tanto, el empleo del vehículo como instrumento lesivo se realiza con dolo directo, sin perjuicio de que al autor le sea igualmente imputable el resultado homicida, aquí intentado, a título de dolo eventual. El seguro obligatorio tiende a proteger a las víctimas de los daños causados por una conducta de riesgo como es la circulación de vehículos de motor; pero es el legislador, que lo establece como elemento de protección, quien ha decidido excluir de su ámbito indemnizatorio a las víctimas de acciones dolosas en las que el vehículo haya sido utilizado como instrumento directo.

En consecuencia, el motivo se estima, no siendo necesario el examen del segundo motivo, y dictándose segunda sentencia en la que se dejará

sin efecto la declaración de responsabilidad civil de la Compañía Mapfre Automóviles.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación procesal de Mapfre Automóviles S.A. contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimoquinta), con fecha 18 de marzo de 2.009, en causa seguida contra Luis Pedro y otros dos más, por delito de robo de uso de vehículo de motor y homicidio en grado de tentativa. Con declaración de oficio de las costas correspondientes a este recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Gimenez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de noviembre de dos mil nueve.

El Juzgado de Instrucción número 50 de los de Madrid, instruyó Sumario con el número 7/2.008, por delito de robo de uso de vehículo a motor con violencia y homicidio en grado de tentativa, contra Luis Pedro, mayor de edad y con antecedentes penales, con D.N.I. núm.000, nacido en Madrid el 8-03-1982, hijo de Basilio-Félix y de M^a del Carmen, con domicilio en Madrid, CALLE000 núm.001, núm.002 núm.003; Jesús Miguel, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, con D.N.I. núm.004, nacido en Madrid el 19/12/1982, hijo de Javier y de Adela, con domicilio en Madrid, CALLE001 núm.005, núm.006 núm.007; y Juan Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales, con NOI núm.008, nacido en Madrid el 5/09/1983, hijo de Valentín y de Felisa, con domicilio en Madrid, CALLE002 núm.009, núm.010 núm.011; y una vez declarado concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15^a, rollo 55/2.008) que, con fecha dieciocho de marzo de dos mil nueve, dictó Sentencia condenando a Luis Pedro como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa a la pena de seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Condenando a Jesús Miguel como cooperador necesario responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa a la pena de cinco años de

prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Acordando indemnizar conjunta y solidariamente a Anton en la cantidad total de 10.260,00 euros, debiendo responder directamente Mapfre Automóviles, S.A., y subsidiariamente María Inés. Con expresa condena a cada uno de ellos de una quinta parte de las costas de este juicio, incluidas las de la acusación particular. Absolviendo a Luis Pedro, a Jesús Miguel y a Juan Antonio del delito intentado de robo de uso de vehículo a motor, declarando de oficio las tres quintas partes restantes de las costas. Acordando concluir en legal forma la pieza de responsabilidad civil. Una vez firme que sea la presente resolución, alcense cuantas medidas se hubieren acordado contra la persona y bienes de Juan Antonio.- Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por el responsable civil directo Mapfre Automóviles S.A., y que ha sido casada y anulada parcialmente, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede dejar sin efecto la responsabilidad civil de la Cía. Mapfre Automóviles.

FALLO

Se deja sin efecto la declaración de responsabilidad civil directa de la entidad Mapfre Automóviles.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Gimenez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

Publicación.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2009/276023

TS Sala 2ª, Sentencia 16 noviembre 2009. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Al no estar concretada la fecha, las dudas deben beneficiar al reo

Inaplicación de agravante de reincidencia en delito de falsedad

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por un delito de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la agravante de reincidencia con respecto al delito de falsedad, ya que en la sentencia sólo se dice que el acusado fue condenado por tal delito, pero ni se concreta la fecha de la firmeza de la sentencia ni tampoco cuándo quedó extinguida la condena. La ausencia de esos datos, continúa la Sala, impide saber cuándo realmente ha de comenzarse a computar el periodo de cancelación de los antecedentes penales, y en esta tesitura, las dudas han de ser interpretadas a favor del reo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos dictó sentencia, el 9 de febrero de 2009, en la que condenó a Urbano como autor de un delito de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito de estafa, con la concurrencia de la agravante de reincidencia y de la atenuante analógica de drogadicción, a las penas de un año de prisión y una multa de ocho meses, con una cuota de seis euros, por el delito de falsedad; y por el delito de estafa, un año de prisión y una multa de seis meses, con una cuota diaria de seis euros. Además, indemnizará al Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria en 5.810 euros.

Los hechos, sucintamente resumidos, consistieron en que el acusado, tras apoderarse de dos cheques que la empresa "Talleres Portugal" había remitido por correo ordinario a la entidad "Tubisa", por la suma de 1.420,15 y 1420,16 euros, modificó el nombre de los beneficiarios y su importe y los presentó al cobro, en compañía de otra persona que actuaba en convivencia con él, en una oficina del BBVA de la ciudad de Burgos. Con siguió así beneficiarse de la cantidad de 5.810 euros, que después tuvo que reintegrar la entidad bancaria a la sociedad emisora de los cheques.

El acusado formula recurso de casación con base a cuatro motivos, to-

dos ellos por infracción de ley penal sustantiva.

SEGUNDO.- En el motivo primero, y en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción de los arts. 248.1 y 250.1 y 3 (sic) en relación con el art. 390.1, todos ellos del Código Penal. La tesis que postula el recurrente se centra en afirmar que el delito de falsedad en cheque bancario queda absorbido, por aplicación del principio de consunción (art. 8.3 del C. penal), por el tipo agravado de la estafa que se contempla en el art. 250.1.3 del C. Penal. Por lo cual, no estaríamos ante un concurso medial de delitos sino ante un concurso de normas en el que el delito de estafa agravada desplazaría al delito falsario.

La implantación del subtipo de estafa agravada en el C. Penal de 1995 por perpetrarse la defraudación mediante el uso de cheque, pone de relieve que el legislador ha querido acentuar la punición penal para tutelar los efectos mercantiles reseñados en el art. 250.1.3 del C. Penal (cheques, pagarés y letras de cambio), en los casos en que la estafa se lleva a cabo valiéndose de esos documentos. Por consiguiente, el mismo legislador que prescindió de castigar el cheque en descubierto como delito independiente por considerar que la tutela de la norma penal no ha de extenderse a la protección del cheque como figura autónoma del tráfico mercantil, sí consideró en cambio que debía protegerlo penalmente de forma especial en los supuestos en que es utilizado como medio engañoso para ejecutar el delito de estafa.

Y aquí es donde surgió un primer dilema centrado en dilucidar si el nuevo texto legal de 1995 pretende tutelar el cheque mediante el subtipo agravado de estafa sólo para evitar los supuestos en que se expide en descubierto (contra una cuenta sin fondos que respalden su pago), o si también protege el cheque cuando el engaño integrante de la estafa no aparece configurado por la apariencia de fondos sino por la confección de un cheque falso, que es utilizado como medio engañoso para que el sujeto pasivo se desprenda del dinero en favor del defraudador.

Se suscitó así el interrogante de si no se estaría penando dos veces el hecho falsario: primero a través del delito de falsedad y después como supuesto agravatorio específico de la estafa, pues en ambos casos es la falsedad de los efectos mercantiles la que opera, ya que es ella la que integra el engaño único que sirve de señuelo para intentar defraudar a las entidades financieras. La cuestión se complica más todavía al sopesar que el único fin de la falsificación del documento suele ser el presentarlo al cobro inmediato en los bancos correspondientes.

Así las cosas, podría estimarse que la norma específica de la estafa agra-

vada del art. 250.1.3 desplazaba al delito de falsedad, dejando ya de operar el concurso de delitos. Se aplicaría de este modo un concurso de normas en que, merced al criterio de la consunción, el delito de falsedad quedaría consumido por el tipo específico agravado de la estafa.

La complejidad del problema suscitado generó una primera fase de incertidumbre en la jurisprudencia de este Tribunal, que llegó a admitir la tesis del concurso de normas en su sentencia 1235/2001, de 20 de junio.

Con el fin de zanjar la cuestión concursal planteada, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 8 de marzo de 2002 acogió el criterio del concurso de los delitos de falsedad en documento mercantil y de estafa agravada del art. 250.1.3 del C. Penal. Los argumentos para ello se expusieron en los fundamentos de las sentencias dictadas a partir ese Pleno (SSTS 2250/2002, de 13-3; 832/2002, de 13-5; 1035/2002, de 3-6; 1475/2002, de 20-9; 1623/2002, de 8-10; 752/2003, de 22-5; 916/2003, de 24-6; y 1430/2003, de 29-10):

1º) La mayor capacidad lesiva de la utilización de ciertos documentos mercantiles, por su idoneidad para vencer las barreras de autoprotección de la víctima, dada la confianza que generan los instrumentos mercantiles en el tráfico jurídico, justifica la agravación, que en consecuencia concurre en cualquier caso aunque los instrumentos utilizados sean auténticos. El art. 250.1.3 no hace referencia al cheque falsificado, lo que quiere decir que deben incluirse en dicho precepto las diversas posibilidades de cometer un delito de estafa a través de un cheque, que puede no estar falsificado como sucede en el caso del cheque carente de fondos suficientes para hacerlo efectivo.

2º) De no estimarse la aplicación conjunta de ambas figuras delictivas, entendiéndose ya computada o consumida en la estafa la utilización del cheque falso (art. 8.3 C. Penal), se dispensaría el mismo tratamiento penológico al que falsifica un cheque para cometer estafa que a quien lo utiliza para el mismo fin sin falsificarlo previamente. Con lo cual, se olvida que lo que refuerza la antijuricidad de la acción descrita en el citado art. 250.1.3 del C. Penal es el ataque a la seguridad del tráfico mercantil, bien jurídico distinto -se dice en algunas de las sentencias citadas- al que tutela el tipo falsario, que protege también la fe pública y la función social de los documentos. La conducta falsaria no puede por tanto quedar absorbida por el delito de estafa, pues la sanción de ésta no cubriría todo el disvalor de la conducta realizada al dejar sin sanción la falsificación previa, que conforme a lo dispuesto por el art. 392 C. Penal no requiere para su punición el perjuicio de tercero ni el ánimo de causárselo por tratarse el cheque de

un documento mercantil y no de un documento privado.

Esta doctrina del concurso medial de delitos se ha visto después refrendada en las resoluciones que se han ido dictando en años posteriores (SSTS 1556/2004, de 30-12; 591/2006, de 29-5; 180/2007, de 6-3; 1067/2007, de 17-12; 822/2008, de 4-12; y 236/2009, de 17-3).

La pretensión del recurrente de que el delito de falsedad en documento mercantil quede absorbido por el delito de estafa agravada del art. 250.1.3 del C. Penal, opción que en su momento ocupó el centro del debate y tuvo incluso algunos visos de que prosperara, actualmente no puede, pues, acogerse al haberse impuesto la línea jurisprudencial propicia al concurso de delitos y no al concurso de normas.

El motivo debe por tanto rechazarse.

TERCERO.- 1. En el segundo motivo se alega la infracción de ley, por el cauce del art. 849.2 de la LECr., al entender que ha sido vulnerado el art. 21.1 en relación con el 20.2 del C. Penal. En la instancia se le aplicó al acusado una atenuante analógica de drogadicción, decisión de la que discrepa el recurrente por entender que debió apreciarse una eximente incompleta o una atenuante muy cualificada. La base argumental para ello sería que padece una adicción de muy larga evolución a la heroína y a la cocaína (más de veinte años, dice), que hace preciso el tratamiento con metadona. A lo que habría de sumarse un trastorno límite histriónico de la personalidad con síntomas de impulsabilidad, baja tolerancia a la frustración, autoestima muy baja y dificultades de comunicación.

En la sentencia de instancia se rechaza la aplicación de una eximente incompleta de drogadicción con el argumento de que, si bien el acusado padece una dependencia a la heroína y cocaína de muy larga evolución, por la que recibe tratamiento con metadona, y también padece un trastorno límite histriónico de la personalidad, con los síntomas que reseña la parte recurrente, lo cierto es que se desconoce el estado psíquico en que se hallaba cuando ejecutó los hechos que se le imputan. Y también se ha descartado que padeciera un síndrome de abstinencia en cualquiera de sus grados y que actuara con sus facultades especialmente perturbadas en el momento de la ejecución del hecho.

2. La jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo como doctrina consolidada que la eximente incompleta de drogadicción precisa que se acredite una profunda perturbación que, sin anularla, disminuya sensiblemente la capacidad culpabilística del autor, aun conservando la comprensión de la antijuricidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de

que también en la eximente incompleta la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva. Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad; o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad, aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas (SSTS 672/2007, de 19-7; 742/2007, de 26-9; 713/2008, de 13-11; y 665/2009, de 24-6).

Y en cuanto a las psicopatías, tiene afirmado este Tribunal, con relación a sus efectos en la capacidad de culpabilidad, que "en general los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y solo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido" (SSTS 696/2004, de 27-5 y 633/2009, de 10-6, entre otras).

En la STS 2167/2002, de 23 diciembre, se decía que "la jurisprudencia ha sido en general reacia a reconocer eficacia atenuatoria a los trastornos de la personalidad o psicopatías, con mayor razón cuando no han sido calificados de graves. En la actualidad tienen encaje en el artículo 20.1 pues se trata sin duda de anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos". La STS 363/2003, subraya que "por lo general, sin embargo, los trastornos de personalidad se valoran penalmente como atenuantes analógicas (Sentencias de 12 y 27 de marzo de 1985, 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986, 6 de marzo de 1989 o 5 de noviembre de 1997). Sólo en supuestos especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías, han sido valorados como eximentes incompletas (Sentencias de 10 y 25 de octubre y 14 de noviembre de 1984, o 16 de noviembre de 1999).

Por último, es importante resaltar que lo característico de la drogadic-

ción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible. La drogadicción está así relacionada con lo que criminológicamente se denomina delincuencia funcional, en la que la comisión del delito se halla directamente motivada por la obtención final de sustancia estupefaciente con el fin de solventar la situación de ansiedad que genera la necesidad de consumir ciertas sustancias estupefacientes. Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP y su correlativa atenuante 21.1 CP, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas (SSTS 665/2009, de 24-6; 608/2009, de 2-6; 16/2009, de 27-1; 672/2007, de 19-7; 145/2007, de 28-2; y 1071/2006, de 9-11).

3. La aplicación de la doctrina precedente al supuesto que ahora se dirime impide apreciar la circunstancia de drogadicción como eximente incompleta o como atenuante muy cualificada. Son dos los argumentos desestimatorios que fundamentan la denegación.

En primer lugar, que, tal como se señala en la sentencia impugnada, no se conocen cuáles eran las condiciones psíquicas en que se hallaba el acusado cuando ejecutó los hechos. Y desde luego en la sentencia no se ha reseñado una especial perturbación mental en el momento de la ejecución de los actos delictivos. Ello no se desprende ni de la prueba testifical ni tampoco de la pericial.

Y en segundo lugar, no aparece recogida en la sentencia una relación funcional clara entre los hechos delictivos y la drogadicción del acusado. Y es que los delitos por los que es condenado -falsedad en documento mercantil y estafa- no presentan por su forma de comisión las connotaciones específicas de la delincuencia funcional. Tanto la forma en que se preparó la ejecución mediante la sustracción de los documentos mercantiles y su falsificación, como el cobro de los cheques en el banco requieren un tiempo importante de preparación y de reflexión, y también una especial meticulosidad e intensidad razonadora que parece poco compatible con el estado compulsivo propio de la urgencia en la adquisi-

ción de sustancia estupefaciente y de la ansiedad que ello pudiera generar. Y así lo ha apreciado la jurisprudencia en otros casos similares en que la condena se refiere a un delito de estafa (SSTS 528/2003, de 8-4; y 80/2007, de 7-2).

Por tanto, la naturaleza y las connotaciones de los delitos cometidos no parecen compatibles con una situación de notable limitación de las facultades del acusado para adecuar su conducta a las exigencias de la norma, una vez que se muestra clara la comprensión de la ilicitud de las acciones delictivas en las que incurrió de forma escalonada.

Así pues, ni consta acreditada que en el momento de la ejecución de los hechos concurriera una especial limitación de sus facultades intelectivas y volitivas que repercutieran en el elemento normativo de capacidad de culpabilidad, ni tampoco aparece clara la vinculación de los hechos delictivos con una notable disminución de la capacidad motivacional del sujeto, aspecto que no sólo tiene relevancia a la hora de operar con la atenuante genérica sino que también ha de ser ponderado en alguna medida cuando se postula la aplicación de una eximente incompleta.

Se desestima, por tanto, el motivo de impugnación.

CUARTO.- 1. En el motivo tercero, y por la vía del art. 849.1 de la LECr., la defensa postula -con una exposición confusa en la que entremezcla de forma enrevesada los párrafos dificultando la comprensión del motivo- las atenuantes de reparación del daño y de dilaciones indebidas, citando como único precepto vulnerado el art. 21.5 del C. Penal. Es más, los argumentos de la atenuante de dilaciones indebidas los llega incluso a introducir en el motivo siguiente, que trata de la agravante de reincidencia.

2. Pues bien, con respecto a la atenuante de reparación del daño, la fundamenta el recurrente en el dato de que le ha sido embargada una furgoneta. A ello le replica la Sala de instancia que ese extremo no consta en autos ni tampoco figura que haya sido declarado solvente. Y como la reparación además ha de ser efectiva y voluntaria para que opere la atenuante, la Audiencia le deniega su aplicación con tales razonamientos.

Al no haber contrapuesto el recurrente argumento consistente alguno a lo razonado por la Sala de instancia en la sentencia, admitiendo incluso en el recurso el acusado que la furgoneta le fue embargada por iniciativa del juzgado, sólo cabe remitirse a la sentencia impugnada y a la referencia que en ella se hace sobre la falta de voluntariedad de una reparación que ni siquiera es completa.

3. La misma línea desestimatoria ha de aplicarse a la pretensión de que

se aprecie una atenuante analógica de dilaciones indebidas. Dejando al margen el error subsanable en que incurre la parte al apoyar el recurso en el art. 21.5 del C. Penal, lo cierto es que en el escrito de recurso no se vierte ningún razonamiento que contradiga lo que en su momento argumentó el Tribunal sentenciador.

La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional, -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTC 237/2001, 177/2004 y 153/2005; y SSTS 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5; 705/2006, de 28-6; 892/2008, de 26-12; 40/2009, de 28-1; y 202/2009, de 3-3).

En el caso enjuiciado la Audiencia arguyó para rechazar la atenuante que el proceso había durado tres años desde que se inició hasta que recayó sentencia, y que durante ese tiempo el acusado había estado en dos ocasiones en busca y captura, generando dos periodos en que la causa estuvo paralizada, lo que influyó -dice la sentencia- en el retraso notable de la práctica de la prueba pericial caligráfica.

Los argumentos expuestos por la Sala se consideran razonables y desvirtúan de plano la tesis atenuatoria del recurrente, pues un periodo de tiempo inferior a los tres años, tras descontar las demoras debidas a las búsquedas y capturas del acusado, no puede subsumirse en el concepto de dilación indebida.

Así las cosas, el tercer motivo de impugnación se desestima.

QUINTO.- Por último, en el cuarto motivo se reprocha a la sentencia de instancia la aplicación indebida de la agravante de reincidencia con respecto al delito de falsedad en documento mercantil, citándose a tal efecto el art. 849.1 de la LECr. y el art. 22.8 del C. Penal. El argumento en que se funda el recurso es que, al no constar en los hechos de la sentencia la fecha de extinción de la pena impuesta en la resolución anterior, los plazos de rehabilitación han de computarse desde la fecha de la firmeza, debiendo así resolverse la duda a favor del reo.

Según jurisprudencia reiterada de esta Sala, para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el "factum" de la sentencia los siguientes datos: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último extremo sólo será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho que es objeto del enjuiciamiento actual, por cuanto la aplicación "contra reo" de cualquier precepto sólo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE.

Y en los supuestos en que no consten en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición (SSTS 875/2007, de 7-11; 132/2008, de 12-2; y 647/2008, de 23-9).

También es criterio consolidado de esta Sala que, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del artículo 849.1, no puede acudir al examen de las actuaciones al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo (SSTS 647/2008, de 23-9; y /2008, de 20-12).

Pues bien, en la resolución ahora recurrida sólo se especifica en la premisa fáctica que el acusado ha sido ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha 12 de junio de 2001, por un delito de falsedad en documento mercantil, a la pena de siete meses y dos días de prisión y 16 días de responsabilidad personal subsidiaria. Pero ni se concreta la fecha de la firmeza de la sentencia ni tampoco cuándo quedó extinguida la condena.

La ausencia de esos datos impide saber cuándo realmente ha de comenzarse a computar el periodo de cancelación de los antecedentes penales.

En esta tesitura, las dudas han de ser interpretadas a favor del reo. Ello quiere decir que, ante la ausencia de datos concretos, la extinción de la pena no puede exceder del mes de febrero del año 2002. Por lo cual, computado a partir de ese mes de febrero de 2002 el periodo de tres años de cancelación (el correspondiente a la cuantía de la pena, según el art. 136.2.2 del C. Penal) habría ya transcurrido en el mes de diciembre de 2005, que fue cuando se inició la conducta delictiva que ahora se juzga.

Debe, pues, ser estimada la pretensión de la parte recurrente de que se deje sin efecto la agravante de reincidencia y se le reduzca la pena, que habrá de adecuarse a las circunstancias individuales del caso.

Se estima, en consonancia con lo expuesto, el recurso de casación, se anula parcialmente la sentencia y se declaran de oficio las costas del recurso (art. 901 LECr.).

FALLO

Estimamos parcialmente el motivo cuarto del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de Urbano contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, de fecha 9 de febrero de 2009, que lo condenó como autor de un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia en el delito de falsedad y de la atenuante analógica de drogadicción en ambos, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil nueve.

El Juzgado de Instrucción número 2 de Burgos, instruyó diligencias previas-proc. abreviado núm. 29-06, por un delito de falsedad en docu-

mento mercantil, en concurso medial con un delito de estafa, contra Urbano, nacido en Madrid, el día 10 de marzo de 1966, con DNI núm. 000, hijo de Ventura y de Victoria, lo remitió a la Audiencia Provincial de Burgos, cuya Sección Primera, dictó sentencia en fecha nueve de febrero de dos mil nueve, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La exclusión de la circunstancia agravante de reincidencia con respecto al delito de falsedad en documento mercantil conlleva una nueva individualización de las penas para ese delito, que se cuantifican en esta segunda instancia en su límite mínimo, esto es: seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de seis meses, con una cuota diaria de seis euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Condenamos a Urbano como autor de un delito de falsedad en documento mercantil, con la concurrencia sólo de la circunstancia modificativa de drogadicción por analogía, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a una multa de seis meses, con una cuota diaria de seis euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



2009/321840

TS Sala 4ª, Sentencia 10 diciembre 2009. Ponente: D. Joaquín Samper Juan

Lesiona el principio de igualdad

Entrega de cheque exclusivamente a trabajadores que acudieron a comida de Navidad

El TS, tras rechazar la excepción de inadecuación del procedimiento y el error en la apreciación de la prueba, estima el recurso de casación interpuesto por la caja de ahorros demandada y declara discriminatoria su decisión de no abonar mediante cheque la cantidad de 600 € a los trabajadores que no acudieron a la comida de Navidad, en la que se hizo entrega de igual cantidad a los que sí asistieron.

Para la Sala, frente a la denominación de "obsequio" otorgada por la recurrente, ha de prevalecer su consideración como gratificación extraordinaria de la que han sido excluidos sin justificación razonable los no asistentes a la comida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente conflicto colectivo se inició en virtud demanda interpuesta por "SECCRA, Federa-

ción de Trabajadores y Técnicos" (en adelante, SECCRA) frente a la Caja Rural de de Jaén, Barcelona y Madrid (en adelante, Caja) con la pretensión, en síntesis, de que se de-

clarara discriminatoria la decisión adoptada por la Caja de no abonar la cantidad de seiscientos euros (600 €) a los trabajadores que no fueron a la comida de Navidad convocada por la Caja y en la que se hizo entrega de igual cantidad a los que si asistieron. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en sentencia de 8 de abril de 2.009 (autos 57/2008) desestimó la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por la Caja y estimó íntegramente la demanda.

Y frente a ella interpone la Caja recurso de casación ordinario o tradicional, articulado en tres motivos. SECCRA ha impugnado el recurso. Y el Ministerio Fiscal, en su muy razonado informe, y tras rebatir el planteamiento que la Caja hace en cada uno de los motivos, llega a la conclusión de que el recurso es improcedente.

SEGUNDO.- Antes de pasar al examen de los concretos motivos del recurso, conviene dejar constancia aquí de los hechos que pudieran ser más relevantes para el debate, de entre los que constan en el extenso relato de hechos probados, que aparece literalmente transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución.

I. Los presidentes y secretarios de los todos Comités de empresa de la Caja, con ocasión de que en octubre de ese año se cumplían 50 años de actividad de la Entidad, dirigieron el 23 de septiembre de 2.007 una carta al Director General, en la que recababan información "sobre la determinación tomada en la Comisión Ejecutiva relativa a la gratificación especial para los trabajadores de la Caja con motivo del 50 aniversario".

Y le recordaban que la empresa ya había manifestado, en la comida de Navidad de 2.006, su voluntad de otorgar una gratificación con motivo del cincuentenario; y que esa voluntad se reiteró en la celebración del cincuentenario que tuvo lugar tras Asamblea General de la Caja y en la última reunión del Comité a la que asistió.

II. El 21 de noviembre de 2007 dirigieron nueva carta, ahora al Presidente de la Caja, recordándole sus manifestaciones en orden a otorgarles una remuneración extraordinaria y sugiriéndole que la comida de Navidad sería el momento adecuado para recompensar a los trabajadores.

III. Con fecha 26 de noviembre, el Presidente les contestó con carta en la que les habla de que "la pérdida de negocio es motivo de preocupación y que la crisis exige un esfuerzo en la captación de recursos". Y termina manifestando que "si por alguien se considera que dicho esfuerzo no está acorde con la retribución obtenida, será necesario que abandone la entidad, incorporándose a cualquiera otra de las entidades financieras que a buen seguro atenderán sus reivindicaciones".

IV. El 18 de diciembre se celebró la Comisión Ejecutiva de la Caja, y en ella, consta que el Presidente de la misma, propone que con motivo del 50 aniversario se entregue al personal de la Caja en la Comida de Navidad a celebrar el 22 de diciembre, "un obsequio cuantificable en el máximo de seiscientos euros por asistente (...) que es independiente de la posible gratificación graciable que esta Comisión o el Consejo Rector pueda adoptar en su día, una vez cerrado el ejercicio 2.007 y a la vista de los resultados económicos".

Consta en el libro de actas de la Comisión, aportado por la Caja y al que se remite el hecho probado 6º de la sentencia recurrida, que inmediatamente antes de realizar tal propuesta el Presidente informó sobre la reunión mantenida hace solo unos momentos con representantes de los Comités de Empresa de la Entidad con motivo de los escritos remitidos el pasado mes de noviembre por los Comités y que fueron contestados por la Presidencia conforme al acuerdo adoptado en la sesión del Consejo Rector del pasado mes de noviembre. Y que los representantes de los trabajadores continúan insistiendo en la percepción de alguna remuneración con motivo del 50º aniversario de Caja Rural de Jaén.

V. El Director General dirigió un saludo a todos los trabajadores de la Caja invitándoles a la citada comida, en la que nada les decía sobre la posible entrega del obsequio ni su cuantía. Y en la comida del día 22 se entregó "a cada uno de los asistentes a la misma, trabajadores y personal ajeno a la empresa un cheque bancario de 600 euros".

VI. El 27 de diciembre los representantes de los trabajadores se dirigieron de nuevo al Presidente, reclamando la entrega de 600 euros que no asistieron a la comida, por entender que tal cantidad "correspondía a la gratificación extraordinaria reiteradamente solicitada". A lo que el Presidente respondió reproduciendo, casi literalmente, el acuerdo de la Comisión Ejecutiva del 18 de diciembre.

VII. En el informe anual del 2.007, dirigido a los socios de la Caja, se recogen, como palabras textuales del Presidente, que "ha sido un año excepcional en la consecución de beneficios, que han crecido un 63,97% antes de impuestos".

TERCERO.- Con el primer motivo de su recurso denuncia la Caja, al amparo del art. 205 b) LPL, la infracción del art. 151.1 de la propia Ley reiterando así, la excepción de inadecuación de procedimiento que ya opusiera en la instancia. Como fundamento de su excepción alega, en primer lugar, que la pretensión ejercitada por el Sindicato demandante no es propia de un conflicto colectivo porque no se dan los requi-

sitos exigidos por dicho precepto, es decir, que "la demanda afecte a intereses generales de un grupo de trabajadores y que verse sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia o de una decisión o práctica de empresas". Al interpretar dicho precepto esta Sala IV ha señalado reiteradamente, (sentencias de 19-5-04 (rcud. 2811/2003) 4 octubre 2004 (rcud. 39/2003), 8 de julio del 2005 (rcud. 144/2004), y 28-1-2009 (rcud. 137/2007) entre otras muchas) que las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos:

1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, "entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad".

2) Otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como "un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros". Y ha señalado también que el hecho de que un conflicto colectivo pueda tener un interés individualizable, en el sentido de que lo declarado en él pueda luego concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuada esta modalidad procesal, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación, aquí de una decisión o práctica de la empresa, que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores.

Ello es así porque en los conflictos colectivos late un interés individual o plural, en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto, como muestra claramente el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. Aplicando al caso la doctrina que acabamos de exponer debemos afirmar que la pretensión ejercitada en este caso sí reúne los requisitos exigidos por el art. 151. 1 LPL. La controversia afecta, sin duda a un grupo genérico de trabajadores de la empresa que están unidos por el elemento de homogeneidad que constituye el hecho de que el grupo está integrado por todos los trabajadores de la Caja (casi 300, según afirma la propia Caja en motivo segundo del recurso) que por diversas razones no acudieron a la comida de Navidad organizada por aquella (a la que asistieron poco más de 200) y se han visto afectados, por igual y de manera indiferenciada, por la decisión que ha dado origen al conflicto.

El hecho, evidente, de que puedan identificarse individualmente cada uno de los trabajadores afectados, no

desvirtúa ni su condición de integrante del grupo, ni el carácter homogéneo de éste, pues todos ellos seguirían estando identificados por esa circunstancia, la decisión empresarial que se impugna, adoptada con carácter general. Prueba de ello es que la declaración que se pretende, se mantiene en el plano del interés general del grupo, sin consideración alguna a las circunstancias singulares que puedan concurrir en cada uno de los trabajadores que lo configuran.

CUARTO.- Los otros dos argumentos que en el primer motivo se esgrimen para sostener la inadecuación de procedimiento, deben ser igualmente rechazados, porque:

A) No se reclama la condena al pago de cantidad concreta para cada uno de los trabajadores afectados, como sostiene la empresa. Las pretensiones de condena, como la que se incluyó inicialmente en la demanda, no son propias, en efecto, de un conflicto colectivo. Pero en el caso, tal petición fue expresamente desistida en el acto del juicio, con lo que el objeto de la litis quedó reducido a la pretensión declarativa, única sobre la que se pronuncia la sentencia recurrida. Y a los concretos efectos que ahora se debaten, poco importa que tal desistimiento se produjera por exclusiva iniciativa de los demandantes o como respuesta al planteamiento de la Magistrado Ponente. Lo que resulta indudable es que la pretensión de condena dejó de formar parte de la controversia y por tanto carece de toda virtualidad para desnaturalizar el conflicto colectivo.

En todo caso, conviene recordar que si la parte creyó que con tal desistimiento se produjo un quebrantamiento de las normas esenciales que rigen el acto del juicio, además de formular oportuna protesta en dicho acto debió articular en esta sede un motivo amparado en el art. 205. c), y nada se ha hecho.

B) No se trata de un conflicto de intereses, como se alega. Ya señalamos en la sentencia de 5-3-08 (rec. 100/2006) que "el conflicto colectivo (...) presupone una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto que el conflicto de intereses o económico tiene como finalidad la modificación (...) del orden jurídico preestablecido, es decir, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, estas controversias no pueden encontrar solución en derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación". Habría sido, en consecuencia, posible hablar de conflicto de intereses, si los demandantes frente al silencio

de los órganos gestores de la Caja ante una solicitud de percibir una gratificación extraordinaria no prevista en su convenio colectivo, hubieran pretendido obtenerla de los tribunales.

Pero en el caso, la pretensión de los trabajadores no transita por esa vía, pues lo que pretenden es combatir una decisión o práctica inicial de la empresa que afecta por igual a todo el grupo y que consideran discriminatoria, utilizado este concepto en el sentido amplio de contraria al principio constitucional de igualdad o trato igual - así lo señala la sentencia recurrida en el penúltimo párrafo de su fundamento cuarto - para lo que resulta inequívocamente adecuada la modalidad procesal del conflicto colectivo.

C) En el motivo se incluyen también otros argumentos (ausencia de condición mas beneficiosa, y pura liberalidad del "obsequio" entregado en la comida) que no guardan relación con la excepción planteada ni afectan al procedimiento seguido, sino al fondo del asunto. Por todas las razones expuestas, el motivo primero queda desestimado.

QUINTO.- Igual suerte adversa debe correr el segundo motivo, formulado al amparo del art. 205. d) LPL. La constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 6-7-04 (rec. 169/03), 18-4-05 (rec. 3/2004), 12-12-07 (25/2007) y 5-11-08, (rec. 74/2007), entre otras muchas) respecto del error en la apreciación de la prueba es inequívoca. Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico.

b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas.

c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia. Pues bien, como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, en el presente supuesto están ausentes, al menos, los requisitos señalados bajo las letras a), b) en cuanto se alude a pruebas distintas de la documental, y c) del párrafo anterior.

La parte recurrente no combate ninguno de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, ni identifica ninguno concreto como erróneo; al contrario reconoce, tácitamente, la certeza de todos ellos al

razonar sobre la existencia de los mismos y citar los documentos de los que se obtuvieron por la Audiencia Nacional. De otro lado, tampoco ofrece ninguna redacción alternativa que sustituya a la que considera errónea, ni ninguna nueva que complete el relato. Finalmente se queja de que la Sala de instancia haya dado mayor credibilidad a las pruebas documentales aportadas, que a las declaraciones del Presidente y Director General de la Caja, cuando la declaración de parte o la de testigos no son prueba hábil para demostrar un error que solo puede ser acreditado mediante prueba documental obrante en autos. Tales graves deficiencias hacen inviable el motivo.

En realidad la parte no pretende la adición, supresión o modificación de ningún punto del relato fáctico, sino que se limita a rechazar las conclusiones que se exponen en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, por considerar que, en su opinión, son el resultado de una valoración equivocada de unos hechos probados que formalmente son correctos. Pero esa es una cuestión ajena al motivo que examinamos, pues el apartado d) del art. 205 LPL no es el cauce adecuado para exponer esas discrepancias, que deben hacerse valer por la vía del apartado c) de dicho precepto, que es el que da soporte procesal al tercero de los motivos del recurso. Este segundo motivo, queda por tanto desestimado.

SEXTO.- En el tercer motivo del recurso, que se articula como ya hemos dicho por el cauce del apartado c) del art. 205 LPL, la Caja vuelve a invocar "la infracción del art. 151. 1 LPL y de la jurisprudencia aplicable al caso". El primer argumento que se expone en el motivo es de difícil comprensión, pues se afirma que se ha producido la infracción del precepto "al considerar que la cuestión planteada afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, ya que en absoluto la pretensión de SECCRA, que representaba en el momento de la demanda a menos de un veinte por ciento de la plantilla de la Caja (de 500 trabajadores aprox.) es el reconocimiento de una paga extraordinaria de 600 euros".

Si lo que se quiere decir es que dada la escasa implantación de SECCRA en la Caja, carecía de legitimación para interponer el conflicto, debemos señalar que se está planteando una cuestión nueva que no tiene cabida en casación; y que, en todo caso, el art. 152 a) LPL no condiciona la legitimación de un sindicato para interponer un conflicto colectivo a su nivel de implantación, sino a que su ámbito de actuación sea igual o superior al del conflicto; y ni se ha alegado ni mucho menos probado que no concorra tal requisito.

Si lo que lo se pretende alegar es que se pedía el reconocimiento de una paga extraordinaria, debemos

reiterar lo ya dicho, y es que dicha pretensión fue expresamente desistida por lo que quedó desde ese momento sanada la posible inadecuación de procedimiento. Y si lo que se insinúa, al recoger expresamente un argumento de la sentencia, es que solo podrán accionar individual o pluralmente los trabajadores que no asistieron a la comida para reclamar la cantidad que consideren oportuna como indemnización por la lesión de su derecho a un trato igual que aquí se les ha reconocido, habrá que decir que es cierto, pero que ello no deriva del planteamiento del conflicto, sino de la previa existencia del grupo genérico de trabajadores nacido como consecuencia de la decisión de la Caja.

SÉPTIMO.- También en el desarrollo del motivo se citan varias sentencias del Tribunal Constitucional y una de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; pero como es sabido, ninguna de ellas constituye jurisprudencia, cuya creación queda reserva, por mandato del art. 1.6 del Código Civil, a las reiteradas sentencias del Tribunal Supremo.

Cita además la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 12 de noviembre de 1.996 que ninguna relación guarda con el precepto que se dice infringido, ni con el caso; en realidad, parece que se quiere reforzar con ella, la conclusión de que la actuación de la Caja no fue discriminatoria (en puridad, lesionadora del principio de igualdad); pero para el éxito de tal aserto, que hubiera supuesto el triunfo del recurso, habría que haber combatido el pronunciamiento de la Audiencia Nacional desde el plano de la normativa constitucional y ordinaria sustantiva y, sin embargo, no se invoca ni un solo precepto de tales clases como infringido.

Cita también cuatro sentencias de esta Sala. Las tres primeras, de 18-6-92, 26-6-95 y 13-10-97 que aluden al modo como debe plantearse un conflicto colectivo; pero como ya hemos visto al resolver el primer motivo del recurso, el que examinamos se ajusta perfectamente a nuestra jurisprudencia.

Finalmente, con la de 21 de febrero de 1.994, de la que transcribe un amplio párrafo, se pretende sostener, por una parte, que no nos encontramos ante una condición mas beneficiosa sino ante una mera liberalidad, y así es efecto, hasta el punto de que ni se alegó en demanda, ni se habla para nada de ella en la sentencia recurrida.

Y por otra, que el cheque bancario al portador de 600 euros que se entregó a los trabajadores que asistieron a la comida de navidad, constituyó un mero regalo "que no se integra en la contraprestación que se da en el sinalagma funcional que caracteriza el contrato de trabajo".

Apunta con ello, ciertamente, al núcleo de la cuestión debatida, y desde luego es esa, en abstracto, nuestra doctrina.

Pero no cita ningún precepto sustantivo que de soporte al argumento, ni rebata los datos fácticos (previas promesas de la Caja, reiteradas reclamaciones de los representantes legales de los trabajadores, resultado económico del año 2.007 altamente satisfactorio, naturaleza del "obsequio", y su coincidencia en cuantía con las gratificaciones entregadas por la Caja en Navidades anteriores) ampliamente recogidos en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida y que han llevado a ésta a considerar que frente a la denominación de "obsequio" atorgada por la Caja, debe prevalecer su consideración como una gratificación extraordinaria de la que han sido excluidos sin justificación razonable los no asistentes a la comida.

Tales ausencias no permiten la estimación del motivo, porque la Sala no puede sustituir, sin violentar su obligada posición de neutralidad, lo que constituye una obligación inexcusable de la parte recurrente.

De conformidad con todo lo razonado y con el precedente informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso de casación interpuesto por la Caja, y la confirmación de la sentencia recurrida. Sin que ello suponga la aceptación por esta Sala de la aplicación del principio de igualdad en las relaciones entre privados, cuestión sobre la que no puede pronunciarse por falta de planteamiento adecuado en el recurso. Sin costas (art. 233.2 LPL).

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación promovido en nombre de la Caja Rural de Jaén, Barcelona y Madrid, contra Sentencia de fecha 8 de abril de 2009, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el procedimiento núm. 57/08. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2818

Madrid, 14 de abril 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.

TS CIVIL

2010/6376

TS Sala 1ª, Sentencia 26 enero 2010.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Declaraciones amparadas por la libertad de expresión al tratarse de asuntos de interés público

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, acuerda confirmar la de primera instancia que entendió que las manifestaciones litigiosas publicadas por la parte demandada no habían vulnerado el derecho al honor de los actores, estando amparadas por el derecho de expresión y de información dado el contexto en que se producen y el carácter público de los actores, tratándose de manifestaciones que constituyen meros juicios de valor y opiniones personales sobre un asunto de interés público y no siendo consideradas insultantes o difamatorias, si bien alguna de ellas pudieran resultar hirientes, y quizás peyorativas desde su acepción gramatical.

2009/327293

TS Sala 1ª, Sentencia 26 noviembre 2009.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Manifestaciones radiofónicas que no tienen carácter insultante amparadas por la libertad de información

El TS declara haber lugar a los recursos de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, acuerda desestimar la demanda absolviendo a los demandados al entender la Sala que las manifestaciones publicadas litigiosas no han vulnerado el derecho al honor del actor como se estimó por el juez "a quo", dado que denunciaban que el actor había mentado a la audiencia en el programa radiofónico en el que se emitieron aquellas, y ser consideradas veraces y de interés general y no injuriosas o insultantes ni atentatorias a su prestigio profesional, encontrándose conforme a la jurisprudencia amparadas en los derechos a la

libertad de información y de expresión que han de prevalecer sobre el del honor del actor.

TS PENAL

2009/276027

TS Sala 2ª, Sentencia 29 octubre 2009.
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Inaplicación de agravante de organización en delito contra la salud pública

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la agravante de organización que había sido aplicada, pues la AP ha reproducido diversos precedentes jurisprudenciales sobre los requisitos del concepto de organización del art. 369,2 CP 95; y sin embargo, no ha fundamentado adecuadamente la existencia de una organización. La prueba reunida, continúa la Sala, sólo se refiere a un hecho concreto y a la suposición de que los tres partícipes pensaban realizar otras acciones similares o que lo venían haciendo en forma habitual, y la Audiencia no señala en qué se fundamenta esta conclusión.

2009/276029

TS Sala 2ª, Sentencia 20 noviembre 2009.
Ponente: D. Luciano Varela Castro

Absolución del delito de deslealtad profesional

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de estafa, falsedad, y deslealtad profesional. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de este último delito, pues no constando que el acusado le ocultase al perjudicado la necesidad de observar los plazos que en su caso se hubieran acordado, su comportamiento, no acudiendo, antes como hizo a la postre, al tercero que se comprometiera a vender, permite dudar de la exclusividad causal del comportamiento del acusado.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/300170

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 9 diciembre 2009.
Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado en accidente sufrido en zona no destinada al paso de peatones

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmaba la resolución presunta del Ministerio de Fomento que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los recurrentes. La Sala considera que la Administración no había creado una situación de riesgo, pues el hecho de que, en el viaducto donde ocurrió el accidente, la mediana de la autovía diera al vacío no puede considerarse objetivamente un peligro para los usuarios; y ello porque, como es obvio, ese lugar no está diseñado para viandantes, sino para la circulación de automóviles.

2009/300252

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 9 diciembre 2009.
Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Desestimación del recurso en interés de ley planteado sobre un precepto autonómico anulado

El TS desestima el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Gobierno de Canarias contra la sentencia dictada por el TSJ de Canarias, que en apelación anuló la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, anulándola así como la declaración administrativa de no disponibilidad para la docencia de la recurrente. La Sala considera que no puede haber lugar a este recurso de casación en interés de la Ley porque se plantea respecto del art. 18, 1, g) Orden de 12 agosto 2003, que ha sido anulado por sentencia de la Sala de Santa Cruz de Tenerife de 30 junio 2006, ejecutada por Orden de 4 junio 2007, y, además, versa sobre

cuestiones de derecho autonómico, ajenas al contenido que el art. 100 LJCA asigna a este remedio extraordinario.

TS SOCIAL

2009/300319

TS Sala 4ª, Sentencia 11 noviembre 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Nulidad de convenio suscrito por asociaciones empresariales sin representatividad para negociar

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por las federaciones sindicales y la asociación empresarial codemandadas frente a sentencia que anuló el I Convenio Colectivo del Sector de Intervención Social de Madrid, al entender que las asociaciones empresariales que lo habían negociado carecían de legitimación bastante para darle valor de norma estatutaria.

La Sala rechaza, por un lado, la falta de legitimación activa de la asociación porque es doctrina consolidada la de que es parte interesada en impugnar un convenio aquella asociación que está implantada en el sector y cuyos representados se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del convenio cuestionado; por otro lado, las asociaciones patronales que negociaron el Convenio impugnado carecían de la representatividad exigida ya que, ni representaban al 10% de las empresas del sector, ni las empresas representadas por ellas ocupaban a la mayoría de los trabajadores del mismo.

2009/300315

TS Sala 4ª, Sentencia 22 octubre 2009.
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

Salarios de tramitación a cargo del Estado

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación al Estado por salarios de trámite.

La Sala señala que si la sentencia se dicta transcurridos más de 60 días desde la fecha de la presentación de la demanda se ha de imputar la responsabilidad al Estado que marca el art. 57,1 ET y tal responsabilidad no se limita al período que exceda de esos 60 días hasta la fecha en que se dicta la sentencia, sino que comprende la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, por tanto, se revoca la resolución impugnada y se condena a la administración demandada al pago de los salarios de tramitación desde la fecha siguiente a aquella en que se dictó la sentencia hasta el día en que se notificó esta resolución judicial.