



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2770

Madrid, martes 15 de diciembre de 2009



2009/150908

TS Sala 1ª, Sentencia 6 julio 2009. Ponente: D. José Almagro Nosete

Grabación de voz e imagen con cámara oculta

Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen

El TS declara no haber lugar al recurso de casación ya que coincide con la Sala de apelación en considerar que el derecho a la libertad de información no puede prevalecer en el caso presente en el que la imagen de la actora no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, sin que la filmada fuera persona que ejerza profesión de notoriedad o proyección pública, ni el lugar o dependencia donde se realizó la filmación fuera lugar abierto al público, y todo ello sin consentimiento de la actora ya que su imagen fue captada a través de cámara oculta, lo que conduce a apreciar que se ha producido intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la mejor comprensión del supuesto sometido a examen casacional, resulta conveniente reseñar lo siguiente:

Por Dª Remedios se formuló demanda sobre protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, dirigida contra la entidad "El Mundo Televisión" (Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A.), y contra D. Ernesto, como director del reportaje aparecido en el programa "Investigación TV" de la cadena "Telemadrid" los días 18 de junio y 19 de noviembre de 2002, con motivo de la grabación con cámara oculta de la voz y la imagen de la demandante, que aparece en el citado reportaje, que versaba sobre el resurgir de la extrema derecha en España. En la demanda se solicitaba que se declarase lesionado el derecho al honor y a la propia imagen de la demandante como consecuencia de las manifestaciones vertidas sobre su persona en el reportaje referido, condenando a los demandados, de forma conjunta y solidaria, a abonar a la ac-

tora la suma de seis mil euros (6.000 euros) en concepto de daño moral, y a insertar en iguales programas en los que se hubiera emitido, y a su costa, el fallo de la sentencia en la que se declare que la utilización de la imagen y palabra de la Sra. Remedios realizadas en el referido reportaje son atentatorias a su honor, y al pago de las costas del procedimiento.

El Juzgado de 1ª Instancia número 26 de Madrid dictó sentencia el 6 de noviembre de 2003, en la que se estimó en parte la demanda, y se declaró que no había intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora, ni en su derecho a la intimidad, y que, en cambio, sí existía intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, condenando a los codemandados a indemnizar por el daño moral sufrido en la cuantía de 1.200 euros, y a reparar el daño mediante la inserción en el programa en que se emitió el reportaje, o en otro de similar audiencia, del fallo de la sentencia, absolviendo a los demandados en relación a no haber cometido intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad de la actora.

Interpuesto recurso de apelación por los codemandados, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, dictó sentencia el 7 de febrero de 2005, desestimatoria del recurso de apelación. En dicha sentencia, a los efectos de centrar la cuestión litigiosa, se han recogido como hechos más relevantes los siguientes: «Con fecha 16 de junio de 2002 y 19 de noviembre de 2002 se emitieron en el Programa "Investigación TV" de la cadena Telemadrid, un programa cuyo contenido era el resurgir de la extrema derecha en nuestro país, programa producido por la code demandada El Mundo Televisión (Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A.) y dirigido por el igualmente demandado D. Ernesto. En uno de los reportajes de dicho programa se informa por la locución (voz en off) que los periodistas fingiendo que querían formar parte de su grupo, se introducen en la sede del partido denominado "Democracia Nacional". Una vez en el interior se emiten imágenes y palabras captadas mediante cámara oculta, del delegado de dicho Partido en Madrid, a quien presentan como "Santo"; a continuación la "voz en off" informa que los periodistas se dirigen a una mujer, concretamente a la actora a quien denominan "Perversa", que es presentada como "una militante de Democracia Nacional", de la que se afirma "que su discurso desmiente la imagen que el partido pretende proyectar", al tiempo que se emite una grabación audiovisual, captada igualmente mediante cámara oculta, en la que aparece la imagen en primer plano de la demandante al tiempo que habla dirigiéndose a otras personas que no aparecen en la imagen, y formulando opiniones personales acerca de determinados periodistas, así como sobre inmigrantes marroquíes de los que se queja que tienen muchos hijos y que constituyen una auténtica invasión, exhortando a los jóvenes presentes a tener muchos hijos, cuyo contenido íntegro consta transcrito a los folios 4 y 5 de los autos a los que nos remitimos». A la vista del objeto de la apelación, la Audiencia, en cuanto al fondo de la misma, entró en el examen de si se había o no producido intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la actora, tal y como entendió el Juzgador de instancia, concluyendo que sí existió, al entender que la captación subrepticia

SUMARIO

TS

CIVIL

Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen **1**

PENAL

Calificación de los hechos como homicidio intentado en lugar de lesiones **4**

ADMINISTRATIVO

Competencia de la comunidad autónoma para la aprobación definitiva de la revisión del planeamiento **6**

SOCIAL

Improcedente despido de trabajador con contratos temporales celebrados en fraude de ley **13**

Defectuosa notificación por Administración de la resolución de despido **15**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

de imágenes y palabras de la actora mediante una cámara oculta y su posterior emisión en un programa televisivo de gran audiencia en una cadena generalista como Telemadrid constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante, incardinable en el art. 7.5 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, basándose para ello en consideraciones como las siguientes: las imágenes fueron obtenidas de forma subrepticia, sin consentimiento de la actora, a la que se ocultó la condición de periodistas de sus interlocutores, quienes utilizaron un dispositivo audiovisual, que habían ocultado para que no se detectara su presencia, para grabar la imagen y manifestaciones de la actora efectuadas en un ámbito de privacidad con el objeto de incorporarlas al programa después emitido en un medio de comunicación de masas; ponderando todas las circunstancias concurrentes en la grabación y difusión de la imagen de la actora, entiende el Tribunal que no puede primar el derecho de información sobre el derecho a la propia imagen; la demandante es persona que carece de toda notoriedad pública, no es un personaje conocido del público, no tiene la condición de autoridad ni funcionario público, ni tampoco es persona que tenga cualquier otra clase de relevancia social; según resulta del propio reportaje emitido en el programa litigioso aparentemente fue elegida al azar por los periodistas entre otros simples militantes que se encontraban en el momento de la grabación en la sede del partido político, por otra parte prácticamente desconocido, no constando que la actora sea persona de importancia en la organización, ni que sus opiniones personales ni su actividad sean relevantes dentro de la actividad política ni pública de la misma, no concurriendo, por tanto, la excepción prevista en el apartado a) del número 2 del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982; por otra parte, las imágenes de la actora que son objeto de enjuiciamiento no son meramente accesorias de la información, por lo que no entra en juego la excepción prevista en el núm. 2, apartado c) del artículo 8 de la citada Ley Orgánica; la imagen y manifestaciones de la actora nada relevante aportan al reportaje, que pudo emitirse perfectamente sin ellas, sin que por ello se mutilase la información proporcionada, no apreciándose un interés público relevante en la captación y difusión más allá del que podría tener la imagen y palabras de un mili-

tante cualquiera de un partido político minoritario; tampoco aparece justificada la utilización de una cámara oculta, pues aparte de su irrelevancia, las opiniones de la actora, aun cuando puedan considerarse discutibles o desafortunadas, no suponen un riesgo para la sociedad que haga necesario obtener dicha información por métodos subrepticios, ni tampoco consta que no pudieran obtenerse de otra forma menos lesiva para sus derechos; la grabación se verifica en un ámbito de privacidad, en la sede de un partido político, lugar que no consta sea accesible al público en general, y en el marco de una conversación informal de la actora con personas de las que pensaba participaran de sus ideas. Concluye la Audiencia que en el caso de autos no se justifica el sacrificio del derecho de la actora a su propia imagen, que ha sido publicada en varios medios de difusión, en aras a una información sobre sus opiniones que debe considerarse irrelevante e innecesaria, por lo que las molestias y sinsabores que ha producido a la actora la emisión de su imagen en el reportaje litigioso no aparecen proporcionadas al rédito social que supuestamente se pretende obtener con la información publicada, por lo que debe concluirse que la intromisión ilegítima ha existido en efecto.

Contra la sentencia dictada en apelación interponen los codemandados recurso de casación, que se articula en un único motivo, enunciado del siguiente modo: "Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2, párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, se formula este motivo de casación por vulneración del derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20 CE, en relación con el derecho a la propia imagen y la jurisprudencia que lo desarrolla". En el recurso de casación se argumenta en relación a cuatro aspectos, respecto a los cuales la parte recurrente muestra su desacuerdo con los criterios contenidos en la sentencia impugnada, a saber: 1) Sobre el razonamiento relativo a que las imágenes de Dª Remedios no eran necesarias para el reportaje realizado se argumenta, en síntesis, que sí lo era dado el medio, audiovisual, por el que se emite la información, debiendo ser acreditada la información visualmente para dejar patente al público la finalidad del contenido del reportaje, y por tanto la imagen de la actora tenía un contenido esencial dentro de la información, añadiendo que por las características del periodismo de investigación es evidente la necesidad de que la identidad de la fuente sea mos-

trada al público, también a los efectos de cumplir el requisito de veracidad de la información. Asimismo, se sostiene la aplicación al caso de la doctrina del reportaje neutral, que es prevalente en este caso el derecho a la información, dada la veracidad e interés general de la información, destacando lo que entiende como contradicción de la Audiencia al considerar que las imágenes no son accesorias y sin embargo considerar que nada relevante aportan al reportaje; 2) Sobre el razonamiento relativo a que las imágenes de Dª Remedios se captan en un ámbito de privacidad, como es la sede de un partido político, que no sería un lugar accesible al público, se alega por la parte recurrente que se trata de lugar abierto al público, citando Consulta evacuada por la Fiscalía General del Estado, al disponer de infraestructura y acondicionamiento que permite el acceso físico de público a su interior, y puede acceder indiscriminadamente cualquier persona. Se aduce que en el caso que nos ocupa estamos ante imágenes grabadas a la actora durante su horario laboral y en su ejercicio profesional, siendo este ámbito ajeno a la protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, así como que la sede de un partido político tiene carácter de lugar público, no es un espacio íntimo ni privado, fuera de la esfera de intimidad de la demandante; 3) Sobre el razonamiento relativo a que Dª Remedios no es un personaje público, por lo que no estaría justificada la excepción prevista por el art. 8. 2 a) de la L.O. 1/1982, alega la parte recurrente que la demandante ostenta una evidente proyección pública como consecuencia de su militancia activa en el partido Democracia Nacional, así como que la actividad de la Sra. Remedios lejos de pararse en una militancia activa "proseguía" en una labor de captación de nuevos seguidores, tarea ésta en la que asistía al Presidente del Partido de la sede social del mismo, pudiendo denominarse su papel como de relaciones públicas del partido, abundando en la argumentación mediante la definición de los vocablos "militar", "partido" y "político"; 4) En lo relativo a la prevalencia del derecho a la propia imagen de la actora sobre el derecho a la libertad de información, entiende la recurrente que se dan todas las circunstancias para que prevalezca éste, al ser la información veraz, de interés general y concurrir ánimo informativo.

SEGUNDO.- A la vista de lo anteriormente reseñado, el objeto de la presente impugnación casacional viene limitado a la ponderación de si

ha de prevalecer el derecho a la propia imagen de la actora o el derecho a la libertad de información de los codemandados, ello en el marco de la utilización del método de cámara oculta para la obtención de la voz e imágenes de la demandante.

En relación con el uso de cámaras ocultas en reportajes periodísticos, conviene traer a colación la doctrina contenida en la sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 16 de enero de 2009 (recurso número 1171/2002). De esta Sentencia cabe destacar, desde una perspectiva general, que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen en nuestro ordenamiento sustantividad y contenido propio, de modo que ninguno queda subsumido en el otro, como si fuera una manifestación concreta de él -sentencias del Tribunal Constitucional 81/2.001, de 26 de marzo, y 156/2.001, de 2 de julio -. Lo que implica admitir la posibilidad de que unos mismos actos constituyan intromisión ilegítima en el ámbito de protección reconocido a todos o sólo a alguno de ellos, siendo indispensable, por lo tanto, poner en relación las circunstancias concurrentes con cada uno de esos derechos, considerando cuáles son sus contenidos respectivos y cuales los límites que les afectan e interesan al caso. Todo ello de acuerdo con el significado que a los artículos 18.1 y 20 de la Constitución Española atribuye el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las funciones que le otorgan los artículos 123 y 161.1.b) de aquel texto y el 1.1 de la Ley 2/1.979, de 3 de octubre.

Descendiendo al contenido del derecho a la propia imagen, que es el que ahora se discute en este recurso, la citada Sentencia recuerda que la importancia que en la vida de relación tienen los rasgos físicos que permiten la identificación exterior del ser humano, ha llevado al reconocimiento del derecho a la propia imagen, que se manifiesta, entre otras, en la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquella por un tercero no autorizado -sentencias 81/2.001, de 26 de marzo, 83/2.002, de 22 de abril, 72/2.007, de 16 de abril, y las que en ellas se citan-.

Sentado lo anterior, sigue diciendo la citada Sentencia que, aunque los derechos mencionados son eficaces frente a todos o erga omnes, ninguno es, en nuestro ordenamiento, ilimitado. Antes bien -al margen de la significación que, en la identificación

del ámbito respectivo de protección, el artículo 2 de la Ley 1/1.982 atribuye a la norma legal, a los usos y a los actos del propio titular-, el contenido de todos ellos puede resultar restringido por imponer tal sacrificio la concurrencia con otros derechos igualmente reconocidos -sentencias 156/2001, de 2 de julio, 121/2002, de 20 de mayo, 158/2003, de 15 de septiembre, 171/2004, de 19 de octubre, 216/2006, de 3 de julio, 72/2.007, de 16 de abril, 139/2007, de 4 de junio, 244/2007, de 10 de diciembre, 68/2008, de 23 de junio, entre otras muchas-.

En esos casos se hace preciso determinar cuál de ellos es, a la vista de las circunstancias concurrentes, el más digno de protección, conforme a las conocidas como técnicas de ponderación y proporcionalidad, que llevan a valorar las razones a favor de cada uno, al fin de identificar cual es el que debe ser considerado preferente en la ocasión y de hallar el punto de equilibrio entre la preferencia y el correlativo sacrificio que resulte adecuado a la vista de las circunstancias concurrentes. En este sentido, y por lo que respecta al derecho a la propia imagen, la Sentencia tantas veces citada recuerda que la Sentencia núm. 72/2.007, de 16 de abril, dice que el derecho a la propia imagen puede ceder cuando exista un interés público en la captación o difusión de la misma, si ese interés público se considera que debe prevalecer sobre el particular de la persona en evitarlas.

Y cuando, como también en este recurso se plantea, la libertad de información o de expresión -cuyas diferencias ha señalado, entre otras, la sentencia 139/2007, de 4 de junio -sea uno de los derechos enfrentados, como es lógico suponer, deberán ser tenidas en cuenta, primeramente, las condiciones que son necesarias para la protección constitucional de las mismas. Por lo que respecta a la libertad de información, que es lo que ahora interesa, pone de manifiesto el Tribunal Constitucional la posición especial que ocupa la libertad de información en nuestro Ordenamiento, en cuanto garantía de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático -sentencia 21/2000, de 31 de enero, 62/2008, de 23 de junio, y las que en ellas se citan-. Pero condiciona su protección a que la información, además de veraz - condición tratada en numerosas sentencias, entre ellas la 68/2.008, de 23 de junio -, se refiera a hechos con relevancia pública - sentencia 139/2007, de 4 de junio, y las que en ella se citan-. Conforme a dicha doctrina, la información ha de tener por objeto hechos que, por su trascendencia social o por la relevancia de la persona en ellos implicada, puedan considerarse merecedores de difusión para el conocimiento por los demás, al fin de formar opinión pública -sentencia 139/2007, de 4 de junio y las que en ella se citan-.

Sin embargo, para que prevalezca un derecho sobre otro que merezca la misma protección es preciso, no sólo que concurren aquellos requisitos condicionantes de la protección constitucional del que deba prevalecer, sino que lo hagan en el grado o medida que resulte necesario para justificar el sacrificio de aquel con el que entró en conflicto.

En particular, cuando se pretenda sacrificar el derecho a la intimidad en beneficio de la libertad de información, las antes referidas reglas exigen, por un lado, que el interés público en el conocimiento de los hechos registrados venga cualificado en medida precisa para justificar la intromisión producida por su causa en la esfera privada ajena y, por otro, en que esta última, por sí y por cómo se llevó a cabo, hubiera sido imprescindible para obtener la información, además de proporcionada para que la lesión del derecho desconocido fuera la menor posible -al respecto, sentencia 156/2001, de 2 de julio -.

Respecto a la consideración del trabajo de los reporteros como reportaje neutral, en la indicada sentencia del Pleno se rechaza que en el caso concreto pudiera merecer tal consideración, pues fue el propio medio el que había provocado la noticia, como acontece con el llamado periodismo de investigación, y en tales casos -cual el allí enjuiciado- el referido concepto no resulta aplicable -al respecto, sentencias 6/1996, de 16 de enero, y 17/2004, de 18 de octubre -. A este respecto, sigue diciendo la Sentencia de Pleno citada que el engaño intencionado del que se sirven los reporteros, en último caso, sería invalidante de la voluntad formada con tan grave vicio, sin que quepa desconocer que el consentimiento que el artículo 2.2 de la Ley 1/1.982 convierte en causa excluyente de la ilicitud de la intromisión es sólo aquel que tiene por objeto el que recae sobre el ámbito invadido, el cual -en el caso que se enjuiciaba- no era la inviolabilidad del domicilio -artículo 18.2 de la Constitución Española -, sino fundamentalmente la intimidad de la demandante. El empleo de la llamada "cámara oculta" se caracteriza porque las personas cuya actuación es filmada lo desconocen y, precisamente por ello, se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían. De ahí que la autorización para entrar en el lugar donde se hizo la filmación (una consulta en el caso enjuiciado por la Sentencia de Pleno referida, y las dependencias de un Partido Político en el presente caso) no pueda ser interpretada como consentimiento a la grabación y, menos, a la publicación del programa por medio de televisión. No cabe hablar de aceptación cuando quien habría de prestarla desconoce aquello sobre lo que tendría que consentir.

Hechas las anteriores consideraciones generales, procede ahora entrar en el examen de la posible vul-

neración del derecho a la propia imagen de la actora recurrida y de si debe o no prevalecer frente a esta el derecho a la información.

TERCERO.- En primer término, es evidente que, tanto en el momento de la grabación como en el de la emisión del programa de televisión, la demandante fue privada del derecho a decidir, para consentirlo o impedirlo, sobre la reproducción de la representación de su aspecto físico determinante de una plena identificación. Como se dijo en la Sentencia de 19 de julio de 2004, el derecho a la propia imagen atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica, generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (en este sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo y 156/2001, de 2 de julio).

En segundo lugar, la actora fue plenamente identificada por sus rasgos físicos, no estándose ante el caso de una imagen meramente accesorio de la información, a los efectos del artículo 8.2, c) de la Ley 1/1980. Además, la imagen de la actora no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, pues, como se señala en la Sentencia recurrida, nada aportaba al reportaje, que pudo emitirse perfectamente sin ella, sin que por ello se resintiese la información transmitida, y sin que tampoco pueda tener acogida ahora el argumento de que, al tratarse de un reportaje de periodismo de investigación, la teoría del reportaje neutral hace que deba prevalecer el derecho a la información frente el derecho a la propia imagen, pues fue el propio medio el que provocó la noticia, como acontece con el llamado periodismo de investigación, y ya se ha indicado que en tales casos el referido concepto no resulta aplicable.

Tampoco cabe entender, a los efectos del artículo 8.2, a) de la L.O. 1/1982, que la demandante sea persona que ejerza profesión de notoriedad o proyección pública, y que el lugar o dependencia donde se realizó la filmación sea lugar abierto al público. La mera militancia de la demandante en el partido Democracia Nacional - extremo que no ha quedado probado en modo alguno la convierte en persona de notoriedad o proyección pública. Respecto de que la demandante tuviera los cometidos de captación de militantes, asistencia al presidente del partido o se encargara de relaciones públicas, son extremos que no se alegaron al contestar la demanda por ninguno de los codemandados, ni fueron objeto de prueba a lo largo del proceso, y ni siquiera fueron alegados en el acto del juicio, por lo que constituyen cuestión nueva, incu-

rriéndose asimismo en la formulación de supuesto de la cuestión, desde el momento en que la Audiencia afirma que no consta que la actora sea persona de importancia en la organización o desarrolle en la misma cualquier actividad relevante. Respecto de que el local del partido sea lugar accesible al público en general, tampoco consta al Tribunal "a quo" tal circunstancia, e incluso el Juzgador de Primera Instancia señala que se cita a las personas con antelación y de ese modo se identifican cuando van a los locales del partido donde se tomaron las imágenes, aunque sea cierto que en el caso de autos se facilitó la entrada a las personas que en realidad eran reporteros sin tales requisitos, tan sólo mostrando su interés en informarse. En todo caso, es obvio que a las personas responsables del local se les impidió, mediante engaño, la facultad de excluir el acceso a los profesionales que iban a filmar, subrepticamente, un reportaje. Además, debe señalarse que la excepción del art. 8.2, a) de la L.O. 1/1982 requiere la presencia acumulada de los dos requisitos que contempla, esto es, la notoriedad o proyección pública de la persona cuya imagen se capta, que en modo alguno se da, y que la imagen se obtenga en acto público o en lugares abiertos al público, requisito que, tras valorarse la prueba en las instancias, tampoco se ha tenido por cumplido, debiendo además señalarse que la doctrina del ámbito penal sobre qué ha de considerarse como local abierto al público (Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1997, de 29 de octubre) no puede ser trasladada sin más al ámbito de la protección jurisdiccional del derecho a la propia imagen, siendo obvio que las personas que se encontraban en el local del partido en cuestión, que es un recinto cerrado, y en el que en el caso de autos no era de libre acceso para personas ajenas al partido, no veían por ello restringido su derecho a la propia imagen, y menos aún hasta el punto de entender innecesario su consentimiento para toda grabación de la misma, incluida la realizada de modo subreptico.

Finalmente, en la cuestión de si el derecho a la propia imagen de la actora, que ya se ha proclamado que fue vulnerado, del que en modo alguno se produjo renuncia ni se otorgó consentimiento para su utilización, pues era imposible hacerlo al haberse filmado por medio oculto, ha de ser sacrificado en aras a la libertad de información, se coincide con la Sala de apelación al entender que el derecho a la libertad de información no puede prevalecer en el caso presente, pues, como ya se ha indicado, la imagen de la actora no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, sin que la filmada fuera persona que ejerza profesión de notoriedad o proyección pública ni el lugar o dependencia donde se realizó la filmación fuera, en el sentido que también se ha indicado, lugar abierto al público, todo lo cual hace que la imagen de la

actora no era de esencial importancia para la transmisión a la opinión pública de la información que se quería ofrecer, de modo que se ha producido intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, conforme al art., 7. de la L.O. 1/1982.

Por todo lo cual, el motivo se desestima.

CUARTO.- En materia de costas del presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponerlas a la parte recurrente.

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Canal

Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., y D. Ernesto contra la Sentencia de fecha 7 de febrero de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima, en el rollo de apelación 374/2004, con imposición de las costas del presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Antonio Salas Carceller.-José Almagro Nosete.- Firmado y Rubricado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, 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.

dujo “ una herida traumática transfiriéndose en carótida común izquierda sección yugular externa izquierda “ de la que manó un chorro de sangre, además de otras heridas superficiales. Se produjo después un forcejeo entre ambos que terminó con la intervención de los porteros del local quienes taparon la herida y avisaron a una ambulancia que trasladó a un hospital a Bernardo. Si no hubiera sido atendido inmediatamente la herida le habría producido la muerte por shock hipovolémico.

Ahora recurren en casación el condenado por dos motivos y la víctima, personada como acusación particular, por medio de tres.

Recurso de Juan Enrique.

SEGUNDO.- En el motivo 1º de este recurso, al amparo del art. 5.4 LOPJ, se alega infracción de precepto constitucional, concretamente del art. 24.2 CE en lo relativo al derecho del acusado a la presunción de inocencia.

Se dice, y es cierto, que la condena aquí recurrida se basó en la declaración de la víctima; y se alega que en este caso tal declaración no debió considerarse prueba de cargo suficiente, dado que Bernardo en el Juzgado de Instrucción no pudo afirmar ni afirmó que hubiera sido Juan Enrique quien le pegara con el vaso, manteniendo lo mismo en el juicio oral donde añadió que no recordaba muy bien los hechos porque todo había sido muy rápido, poniendo de relieve después las contradicciones en que incurrieron los testigos.

Estimamos, de acuerdo con la impugnación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, que la prueba existente justifica la condena de Juan Enrique en cuanto autor del golpe con el vaso de cristal contra el cuello de Bernardo:

A) Hemos de partir de un resultado objetivo que nadie ha puesto en duda: la realidad del mencionado golpe con el consiguiente “chorro de sangre”, como nos dicen los testigos, y que los médicos forenses consideraron ocasionado por haber sido cortada una de las dos carótidas (arterias que llevan la sangre hasta la cabeza), quienes incluso encontraron dentro de la herida un trozo de cristal.

B) Hay otro dato también acreditado de modo indubitado: tales gravísimas lesiones fueron producidas en un enfrentamiento entre dos personas, la víctima, Bernardo, y su agresor. Ninguna otra persona intervino en los hechos, ni menos aún cabe hablar de autolesión.

C) La intervención en ese enfrentamiento ha sido reconocida por el propio Juan Enrique. En el acta del juicio oral (folio 11 vto.) podemos leer lo que manifestó el citado procesado Juan Enrique: “ le dije que no se pasara con las chicas que iban

conmigo, las había conocido esa misma noche, le toqué la cara con la mano “. Se refiere al primer leve incidente que ocurrió en los servicios de la discoteca, situados en la misma planta que la pista de baile y la barra (fotografía del folio 107 -ó 116-). Añadió a continuación: “ me fui fuera con mis amigos y de espaldas noté que me dio en la espalda, me volví, me dio un bofetón y caí al suelo “. Esto último (el bofetón y la caída al suelo) no lo consideró probado la sentencia recurrida, pero sí ese segundo encuentro.

D) La víctima, Bernardo, que fue el primero de los testigos en declarar en el juicio oral, manifestó, aparte de la bofetada que recibió de Juan Enrique en los servicios, como sucedido después de este primer encuentro: “ yo no llevaba ningún vaso en la mano, yo noté el impacto del vaso en el cuello. Según se giró me golpeó. Creo que sabía que iba yo detrás” (folio 112, casi al final).

E) Otro testigo, Jesus Miguel, dijo con toda claridad (folio 114): “Yo vi que el acusado le dio a Bernardo “.

F) El portero Cornelio, que declaró a continuación de Jesus Miguel, al final de sus manifestaciones, a una pregunta del presidente de la sala, refiriéndose al procesado contestó: “ que él se quería marchar, no recuerdo las palabras concretas, pero eso era lo que quería decir “.

G) El policía municipal núm. núm.000 (folio 115 vto.) dijo que “ al acusado, cuando llegaron, lo tenían varias personas retenido “.

En conclusión, por toda la prueba que acabamos de explicar, hemos de considerar que quedó acreditado no solo el hecho de la existencia de esas gravísimas lesiones producidas en el cuello de Bernardo por medio de un vaso de cristal, sino también que el autor de esa agresión fue Juan Enrique.

Hubo prueba de cargo contra este último, practicada con todas las garantías propias del juicio oral, que hemos de considerar razonablemente suficiente para justificar la condena del procesado aquí recurrente.

Una condena con tales pruebas fue respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia.

Desestimamos este motivo 1º del recurso de Juan Enrique.

TERCERO.- En el motivo 2º de este mismo recurso se alega error en la apreciación de la prueba (art. 849.2º LECr).

Pretende el recurrente fundar el error en declaraciones realizadas por sus amigos e incluso algunos agentes de la policía respecto del consumo de alcohol y drogas, conforme a lo cual habría de reputarse acreditado que Juan Enrique, a esas horas de las



2009/190311

TS Sala 2ª, Sentencia 24 julio 2009. Ponente: D. Joaquín Delgado García

Al existir en la acción dolo homicida

Calificación de los hechos como homicidio intentado en lugar de lesiones

Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado, el TS acoge el formulado por el acusador particular, ambos contra sentencia que condenó al primero por un delito de lesiones. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a calificar los hechos como homicidio intentado, pues hubo ciertamente dolo de matar en el comportamiento, probablemente no dolo directo, pero sí, al menos, en su modalidad de eventual, por la probabilidad de que una agresión como la presente pudiera ocasionar la muerte, resultado que hubo de tener en su mente el acusado cuando realizó un ataque tan grave contra la vida de un semejante; y hay que estimar que lo aceptó para el supuesto de que llegara a producirse, desde el momento en que se decidió a actuar como lo hizo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia recurrida condenó a Juan Enrique, nacido en Barakaldo el 6.10.1982 y domiciliado en Pamplona, como autor de un delito de lesiones causadas con objeto peligroso (arts. 147 y 148.1º CP) con la circunstancia atenuante de reparación del daño, imponiéndole la pena de tres años de prisión e indemnización por importe total de 19.990 euros.

Sobre las 5 horas del 15 de diciembre de 2006, tras un incidente

menor en la discoteca “Vaivén” de Pamplona, en los servicios de dicho establecimiento Juan Enrique, después de intercambiar unas palabras con Bernardo, que a la sazón tenía 28 años, dio a este “una torta” en la cara. Bernardo quedó sorprendido, pero enseguida, enfadado, salió de los servicios y se dirigió hacia el acusado que se encontraba de espaldas. Al llegar a su altura le tocó el hombro por detrás para que se volviera, momento en que el acusado le golpeó fuertemente la zona del cuello con un vaso, que al romperse pro-

cinco de la madrugada tenía mermaidas sus facultades cognitivas y volitivas. Pero es conocida la doctrina de esta sala que no considera prueba apta para evidenciar el error en la apreciación de la prueba por parte del tribunal de instancia, las declaraciones de testigos o acusados: no son documentos.

Por otro lado, el recurrente pretende fundar el error en la apreciación de la prueba en el informe emitido por la Fundación Proyecto Hombre, que se aportó al juicio oral y aparece unido a los folios 119 a 121, en el que se reconoce que el procesado entró en contacto con dicha fundación el 18 de junio de 2008, un año y medio después de ocurridos los hechos. No puede servir para acreditar cuál fuera la situación psíquica del ahora recurrente en esa madrugada del 15 de diciembre de 2006.

Rechazamos también el motivo 2º de este recurso.

Recurso de Bernardo.

CUARTO.- 1. Comenzamos con el examen del primero de los tres motivos de casación de la acusación particular, basado en el núm. 1º del art. 849 LECr, en el que se denuncia infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 147 y 148.1º CP (lesiones) y se solicita una condena contra Juan Enrique por delito de homicidio en grado de tentativa.

Se plantea aquí una vez más el tema del dolo en esta clase de delitos: si hubo dolo de homicidio o solo de lesionar.

2. Hemos dicho reiteradamente en esta sala que ordinariamente este problema ha de solucionarse acudiendo a la prueba de indicios para poder conocer la situación psicológica del sujeto cuando realizó el acto que puso en peligro la vida de la persona agredida.

Cuando se trata de una agresión producida por arma blanca o instrumento similar, en esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo venimos utilizando tres elementos de juicio, que suelen ser decisivos para solucionar este problema:

1º. La clase de arma o instrumento utilizado para tal agresión. Para poder afirmar el dolo homicida ha de tratarse de un medio de comisión apto para producir la muerte, como lo son una navaja, un cuchillo o incluso, como en este caso, un vaso de cristal que al romperse deja unos peligrosos filos que pueden cortar alguna vena o arteria con pérdida abundante de sangre y fallecimiento por shock hipovolémico si no hay intervención médica inmediata.

2º. La zona del cuerpo humano contra la cual se ha producido esa agresión. Ha de tratarse de una zona vital, para que pueda hablarse de dolo en relación con el delito de ho-

micidio o asesinato. Y zona vital son con seguridad la cabeza, el cuello, el tórax y el abdomen, por albergar elementos del cuerpo humano cuya afección puede producir el final de la vida del sujeto agredido.

3º. La intensidad del golpe, que ha de ser la necesaria para introducirse en esa zona vital hasta alcanzar ese lugar donde se encuentra el elemento físico cuya lesión puede ocasionar la muerte. La experiencia nos habla de algunos casos en los que deliberadamente el autor solo ha querido arañar o rozar esas zonas vitales sin intención de penetrar lo suficiente en el cuerpo como para poner en peligro la vida, con ánimo únicamente de causar temor a la víctima.

Véanse las sentencias de este tribunal números 356/2008 de 4 de junio, 429/2008 de 4 de julio, 92 y 93/2009 ambas de 29 de enero y 183/2009 de 12 de febrero, entre otras.

3. Sabido es que, cuando se utiliza el núm. 1º del art. 849 LECr, en un recurso de casación, el recurrente tiene la carga procesal de respetar los hechos probados de la sentencia recurrida, de modo que, si así no lo hace, por lo dispuesto en el art. 884.3º de la misma ley procesal, cabe la inadmisión del correspondiente motivo. Y a tales hechos probados ha de acomodarse esta sala en su resolución. Cabe añadir aquí que, aunque se trata de una irregularidad formal, a veces en los fundamentos de derecho encontramos verdaderos datos fácticos que tendrían que haberse albergado en el capítulo correspondiente a tales hechos probados.

Pues bien, en el caso presente entendemos nosotros que esos hechos probados recogen esos tres elementos que acabamos de recoger como fuente de conocimiento de la realidad de ese dolo de matar:

A) Ya ha quedado dicho que ocurrió aquí el primero de ellos. Un vaso de cristal de una bebida propia de una discoteca, que lleva en la mano el agresor en las circunstancias aquí examinadas, es un instrumento apto para producir la muerte por esa capacidad que tiene para cortar particularmente una vena o arteria por los filos que se producen en el instrumento de la agresión cuando dicho vaso se rompe, bien sea antes de golpear o en el mismo momento del golpe. Esto último es lo que se infiere del sucinto relato de hechos probados de la sentencia recurrida, del cual cabe deducir —párrafo quinto del núm. 1º— que la fractura del cristal se produjo en el momento en que, tras darse la vuelta Juan Enrique cuando fue tocado en el hombro por Bernardo, “le golpeó fuertemente la zona del cuello con un vaso”.

B) Ninguna duda cabe respecto de que también aquí está presente el segundo de tales tres elementos de ju-

icio. El cuello es una zona del cuerpo humano que ha de considerarse vital, por contener, entre otros elementos fisiológicos, las dos arterias carótidas que conducen la sangre a la cabeza desde el tórax; una de las cuales quedó cortada por el cristal del vaso roto con el que Juan Enrique golpeó a Bernardo con el consiguiente “chorro de sangre” del que nos hablan los testigos en el juicio oral. Estimamos asimismo que ese carácter vital del cuello es algo que está al alcance de cualquiera, aun sin tener conocimientos médicos específicos.

C) Y finalmente también hemos de entender que hubo intensidad en ese golpe, la suficiente para que vaso se rompiera con el referido impacto y pudiera penetrar hasta alcanzar la zona de la carótida antes referida.

Hubo, ciertamente, dolo de matar en el comportamiento, probablemente no dolo directo (intención o ánimo); pero entendemos que, al menos, existió en su modalidad de eventual, por la probabilidad de que una agresión como la presente pudiera ocasionar la muerte, resultado que entendemos hubo de tener en su mente el acusado cuando realizó un ataque tan grave contra la vida de un semejante; y hay que estimar que lo aceptó para el supuesto de que llegara a producirse, desde el momento en que se decidió a actuar como lo hizo.

A la misma conclusión hemos de llegar si examinamos el tema desde su vertiente negativa: no cabe hablar aquí de caso fortuito ni tampoco de imprudencia. El resultado de la mortal lesión recibida por Bernardo no ha de atribuirse a un accidente ajeno al comportamiento de una persona ni tampoco a una mera falta de la diligencia exigible en las relaciones humanas.

Hay que estimar este motivo 1º del recurso de Bernardo.

QUINTO.- 1. En el motivo 2º, por el mismo cauce del núm. 1º del art. 849 LECr, se alega de nuevo infracción de ley por aplicación indebida de la circunstancia atenuante 5ª del art. 21 CP que dice así:

“Son circunstancias atenuantes:

5ª. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

Conforme al texto que acabamos de reproducir, son necesarios dos requisitos para la aplicación de esta norma:

1º. Una actuación del responsable del delito (el culpable) consistente en reparar o disminuir el daño producido por el hecho delictivo.

2º. Tal actuación tiene un límite temporal: ha de realizarse antes de que se celebre el juicio oral.

2. Estimamos que tales dos elementos concurren en el caso presente, conforme se deduce de lo expuesto en los hechos probados de la sentencia recurrida:

A) Ninguna duda se plantea en cuanto a la concurrencia de este elemento cronológico. No podía ser de otro modo, pues aparece acreditado (folio 118 del rollo de la Audiencia Provincial) mediante un documento aportado en el mismo acto del juicio oral que el 30 de septiembre de 2008, el día anterior al inicio de tal acto, Juan Enrique, ingresó 14.640 euros en la cuenta judicial correspondiente con destino al pago de la indemnización en la cuantía solicitada entonces (momento anterior al acto del juicio oral) por el Ministerio Fiscal, conforme consta en el folio 39 de tal rollo.

B) Y lo mismo hemos de decir en cuanto al primero de esos dos elementos, único cuestionado por el recurrente, cuando nos dice que la cantidad consignada (esos 14.640 •) “es muy inferior a la indemnización concedida en sentencia de 19.990 euros”, alegación que hemos de rechazar porque, como ya se ha dicho, coincide con lo pedido por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales, pues en el momento en que tal dinero se consignó en la cuenta de la Audiencia Provincial aún ni siquiera se conocía que la acusación pública iba a modificar tales conclusiones precisamente en este punto de la cuantía de la indemnización. Decimos ahora que tales 19.990 euros fue la indemnización en definitiva pedida por el Ministerio Fiscal tras haberse practicado la correspondiente prueba del juicio oral, la misma cantidad que considero adecuada la sentencia aquí impugnada.

Rechazamos este motivo 2º.

SEXTO.- 1. En el motivo 3º de este recurso de la acusación particular, ahora por la vía del núm. 2º del art. 849 LECr, se alega error en la apreciación de la prueba que se dice acreditado por un informe pericial sobre valoración de las lesiones y secuelas de Bernardo; informe que se acompañó con el escrito de conclusiones provisionales de esta acusación particular (folios 49 a 53).

Del propio texto de este núm. 2º del art. 849 LECr deducimos que son necesarios los siguientes requisitos materiales para la aplicación de esta particular norma procesal:

1º. Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase, es decir, que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la audiencia, y no una prueba de otra clase por más que esté documentada en la causa.

2º. Que ese documento acredite la equivocación del juzgador, esto es,

que en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento por su propia condición y contenido (litosuficiencia) es capaz de justificar, o que el documento pruebe algún extremo importante para añadir a los hechos probados.

3º. Que, a su vez, ese dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que, cuando existen varias sobre el mismo punto, el tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultad para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4º. Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues, si afecta a elementos fácticos que carecen de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Se trata en conclusión de un caso que, tras la vigencia de nuestra Constitución, cabe incluir entre aquellos que expresamente quedan prohibidos en su art. 9.3 cuando proclama como principio fundamental "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Ciertamente no hacer caso a una prueba documental cuando concurren todos esos elementos revela una actuación ilógica o irracional, en definitiva arbitraria, por parte del órgano judicial.

Hemos de añadir aquí que en los últimos años esta sala viene equiparando la prueba pericial a la documental a estos efectos de posible aplicación de tal norma procesal del art. 849.2º; pero ello solo de modo excepcional en los casos en que haya una sola prueba de esta clase sobre los extremos debatidos o cuando, de existir varias, todas sean coincidentes.

No obstante, hay casos como el presente en que no cabe tal equiparación de la pericial con la documental, simplemente porque esa pericial por la naturaleza del objeto al que se refiere no puede producir la evidencia (litosuficiencia) que para el documento se halla prevista en la norma procesal que estamos examinando (849.2º).

En este caso, la pericial aportada por la acusación particular se refiere a la valoración que hizo un experto en la materia sobre algo que de por sí ha de quedar en definitiva a merced de la libre y motivada valoración

del tribunal de instancia, como es la cantidad a conceder por unas lesiones sufridas por la parte que reclama ser reparada en sus daños físicos y morales. Todos hemos de reconocer las dificultades que hay para fijar en estos casos las cuantías correspondientes. Con frecuencia son muy diversas las peticiones por las diferentes partes que actúan en un proceso.

Así las cosas, es fácil comprender que no puede tener éxito la pretensión formulada en este motivo 3º. El tribunal de instancia ha de conservar esa libertad de criterio por encima, como órgano constitucionalmente independiente, de los criterios de las partes, por más que alguna de ellas haya tratado de reforzar sus peticiones mediante un informe de un perito por ella misma designado.

Desestimamos este motivo 3º, único que nos quedaba por examinar de este recurso de D. Bernardo.

Costas.

SÉPTIMO.- Por lo dispuesto en el art. 901 LECr, hay que condenar al procesado al pago de las costas de su recurso de casación que ha sido íntegramente desestimado, mientras que procede declarar de oficio las del formulado por la acusación particular, cuyo primer motivo ha sido acogido, con la consiguiente devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por Juan Enrique contra la sentencia que le condenó por delito de lesiones, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra con fecha veinticuatro de octubre de dos mil ocho, imponiendo a dicho recurrente el pago de las costas de su recurso.

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por Bernardo, por estimación de su motivo primero relativo a infracción de ley, y en consecuencia anulamos la mencionada resolución, siendo procedente dictar segunda sentencia en sustitución de la anulada. Declaramos de oficio las costas de este recurso y ordenamos la devolución del depósito constituido para su interposición.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 5 de Pamplona,

con el núm. 2/2006 y seguida ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra que ha dictado sentencia condenatoria por delito de lesiones contra el acusado Juan Enrique, sentencia que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente Joaquín Delgado García. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de dicho acusado que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

Los de la sentencia recurrida y anulada, incluso su relato de hechos probados, y los de la anterior sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo que, por lo dispuesto en el fundamento de derecho cuarto de la anterior sentencia de casación, ha de condenarse por delito de homicidio en grado de tentativa conforme a lo dispuesto en el art. 138, en relación con el 14 y 62, todos del CP, del que ha de reputarse autor a Juan Enrique, con la circunstancia atenuante 5ª del art. 21 por reparación del daño, aunque en definitiva esa reparación no resultara completa.

SEGUNDO.- En cuanto a la pena a imponer:

A) Hemos de partir de la prevista en el art. 138 para el autor de un delito consumado de homicidio, prisión de diez a quince años.

B) El art. 62 para los casos de tentativa manda sancionar con la pena inferior en uno o dos grados aten-

diendo a estos dos criterios: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado. Estos dos criterios nos conducen a la bajada en un solo grado, que abarca desde los cinco años hasta los siete años y seis meses menos un día (art. 70.1.2ª): estuvo a punto de morir Bernardo, como consecuencia de la intensa hemorragia que se produjo al quedar seccionada una de las dos arterias carótidas que proporcionan sangre a la cabeza.

C) Dentro de estos márgenes acordamos imponer el mínimo legalmente posible, habida cuenta de la concurrencia de una circunstancia atenuante (art. 66.1.1ª) y porque entendemos que ninguna de las partes acusadoras ha puesto de manifiesto que exista razón alguna para rebasar tal mínimo.

FALLO

CONDENAMOS a Juan Enrique, como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa acabada con la circunstancia atenuante de reparación, a la pena de cinco años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.

Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/112188

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 14 mayo 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Reclasificación del suelo

Competencia de la comunidad autónoma para la aprobación definitiva de la revisión del planeamiento

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ Madrid que confirmó el acuerdo adoptado por la Comisión de Urbanismo de Madrid por el que se aprobó con carácter definitivo la revisión de las Normas Subsidiarias de Guadalix de la Sierra y su Catálogo de Bienes Protegidos, así como el aplazamiento de la UE 33 y los sectores de actuación 5 y 6, entre otros, en tanto no se corrigieran las deficiencias apuntadas en el informe de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo

y Transportes y en los informes sectoriales, debiendo clasificarse como suelo no urbanizable. La Sala considera que las determinaciones discrecionales del plan cuando afecten a materias que incidan sobre intereses supralocales, como es el caso, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal, permiten intervenir a la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó en fecha de 10 de febrero de 2005, en su recurso contencioso administrativo número 668/1999, por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Florian, D. Nazario, D. José Daniel, D^a Debora, D. Benjamín y D^a Paloma contra el Acuerdo de 22 de septiembre de 1998 del Consejo de Gobierno de la COMUNIDAD DE MADRID, por el que se aprueba con carácter definitivo la Revisión de las Normas Subsidiarias de Guadalix de la Sierra y su Catálogo de Bienes Protegidos, así como el aplazamiento de aquellas con respecto a la Unidad de Ejecución número 33 y los Sectores SAU-5 y SAU-6, entre otros, en tanto no se corrigieran las deficiencias apuntadas en el Informe de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes y en los Informes Sectoriales, debiendo clasificarse como Suelo No Urbanizable.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala desestimó el recurso y se basó, para ello, en síntesis, en las siguientes argumentaciones:

a) En primer término, la sentencia de instancia deja constancia -de conformidad con la legislación autonómica madrileña- de la competencia de la Comisión de Urbanismo de Madrid para la aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento, comprendiendo la misma todas las cuestiones de legalidad y la definición sustantiva de la ordenación adoptada por el instrumento de planeamiento desde la perspectiva de los intereses supralocales, permitiendo la normativa de aplicación madrileña tanto aceptar, como corregir, modificar o sustituir "en lo estrictamente necesario, la ordenación establecida en la fase municipal del procedimiento en los aspectos del modelo territorial adoptado - con objeto de salvaguardar su compatibilidad con la política regional de ordenación del territorio, así como con las previsiones, los planes y los programas dirigidos al desarrollo económico y social de la región o de alguna de sus partes -, la clasificación del suelo y las precisiones globales de

usos e intensidades en las clases de suelo urbano y urbanizable, - a fin de garantizar la adecuación de la misma a las demandas previsibles de ocupación y utilización del suelo para cualesquiera usos y a su distribución regional así como la protección de los valores medioambientales, naturales y del patrimonio histórico - y los sistemas municipales generales o referidos a la organización del conjunto de la colectividad municipal - para asegurar su funcionalidad y satisfactoria conexión y articulación con las infraestructuras y servicios autonómicos y estatales-".

b) A continuación la sentencia de instancia añade que "el artículo citado establece también que, al resolver sobre la Aprobación Definitiva de un instrumento de planeamiento formulado por un municipio, la Comisión de Urbanismo de Madrid podrá, además de acordar pura y simplemente su aprobación o denegación, disponer el aplazamiento de dicha aprobación, con devolución del expediente, por motivos de deficiencias de legalidad a subsanar por el Municipio y de correcciones, modificaciones o innovaciones derivadas de la compatibilización con la Ordenación del Territorio Regional, a introducir por el Municipio, implicando el aplazamiento de la Aprobación la rectificación por el Municipio de las determinaciones y de los documentos del correspondiente instrumento de planeamiento para su sometimiento a Aprobación Definitiva, con la particularidad de que, si esta rectificación supone la introducción de modificaciones sustanciales, deberá someterse de nuevo, antes de su elevación a Aprobación Definitiva, a los correspondientes trámites de información pública e informe de las Administraciones y Organismos interesados, así como proceder a nueva Aprobación Provisional del Pleno de la Corporación, de todo lo cual se desprende la imposibilidad de acoger los motivos de impugnación que en este proceso discuten la facultad de planeamiento ejercida en el caso de autos por la Comisión de Urbanismo de Madrid".

c) Y, de conformidad con la anterior doctrina, la Sala de instancia rechaza las diversas pretensiones y argumentaciones de los recurrentes:

1º. En relación con la reclasificación que se pretendía -como suelo urbano- de la Unidad de Ejecución número 33, expresa que "apenas enunciada la siguiente cuestión litigiosa resulta claro que no puede ser estimada: Si bien es cierto que en la Aprobación Inicial y en la Provisional de las precitadas Normas Subsidiarias los terrenos integrados en la Unidad de Ejecución 33 se habían clasificado como Suelo Urbano también lo es que dicha clase de suelo tiene carácter reglado y que en el caso presente no han sido desvirtuadas las conclusiones del informe emitido en fecha de 17.9.1998 por la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comuni-

dad de Madrid, que resultó determinante para la adopción de la decisión impugnada.

En lo que aquí interesa, dicho informe partía de la consideración de que no se encontraba justificada la ampliación del Suelo Urbano Municipal a la UE 33 mediante la reclasificación de suelos de Reserva Urbana con localización marginal dentro de la estructura urbana, lo que no ha sido desvirtuado por la prueba pericial practicada en este proceso, de la que resulta que el suelo que integra la precitada UE carece de cualquier grado de urbanización, porque, pese al voluntarismo del perito y a que el diseño de dicha prueba era el de enervar el informe de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, es lo cierto que ha venido a ratificar sus conclusiones, porque el dictamen pericial, si bien constata la urbanización a terrenos colindantes con la UE 33, es lo cierto que no hace ninguna referencia a que en el seno de los terrenos que integran dicha Unidad exista algún vestigio de urbanización ni a que se encuentren integrados en la malla urbana ni, finalmente, a que formen parte de un área consolidada en alguna medida por la edificación, de donde se sigue la conclusión de que el suelo de la citada Unidad de Ejecución carece por completo de los requisitos necesarios para ser acreedor de su clasificación como Urbano, clasificación que es de carácter reglado, como se ha indicado, por lo que no se está en el caso de acoger la pretensión deducida por los demandantes en orden a la clasificación de los terrenos litigiosos que se examinan".

2º. En relación con los Sectores SAU-5 y SAU-6, sobre los que se pretende otorgar el carácter residual del Suelo Apto para Urbanizar en la Ley 6/1998, la sentencia de instancia igualmente lo rechaza "pues dicha norma no resulta aplicable al caso de autos a tenor de su Disposición Transitoria Tercera, conforme a la cual podrá seguirse tramitando, sin adaptación de las clasificaciones de suelo previstas en dicha Ley, el Planeamiento General que se encontrara en tramitación - con acuerdo de Aprobación Inicial- al tiempo de su entrada en vigor.

Sin perjuicio de la amplia discrecionalidad administrativa en materia de clasificación del suelo como Urbanizable o No Urbanizable, en el caso de los Sectores que se examinan ha de concluirse que aquella potestad no ha sido ejercida ni con desviación de poder ni con irracionalidad o arbitrariedad: En el informe de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de 17.9.1998 consta que, existiendo suficiente suelo clasificado para usos residenciales, no se justifica el nuevo desarrollo del SAU-5, que plantea dificultades de integración en la estructura urbana existente y problemas topográficos, así como que la

creación del SAU-6 no tiene más justificación que la de amortizar las infraestructuras que deben dar servicio al Sector de los Pinarejos en Miraflores de la Sierra, cuando lo más coherente es que los nuevos desarrollos se apoyen en el núcleo de Guadalix, por razones tanto de rentabilidad de servicios y dotaciones como de reducción de impactos medioambientales y mejora de las condiciones del conjunto urbano, concluyendo dicho informe que, por su peor integración en la estructura urbana del núcleo, no deberían clasificarse ambos Sectores, conclusión que tampoco esta vez ha sido desvirtuada por el informe pericial emitido en el proceso, en el que los argumentos a favor de la clasificación pretendida por los recurrentes no se apoyan en una base fáctica que revele la irracionalidad ni la arbitrariedad de la clasificación de dichos suelos como No Urbanizables, ni tampoco que la Administración demandada haya incurrido en desviación de poder, ya que el dictamen pericial se limita a negar la existencia de problemas orográficos impositivos de la urbanización y la situación limítrofe del SAU-5 con un API y del SAU-6 con los Pinarejos".

3º. Y, lo mismo ocurre en relación con la falta de motivación, ya que, según se expresa "la motivación del Acuerdo recurrido se integra mediante remisión expresa a los informes técnicos sectoriales en que se ha fundado, que explican las razones que han justificado la decisión, lo que ha conjurado el riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de la potestad de planeamiento o la lesión del interés público y ha garantizado, a su vez, la posibilidad de los recurrentes de criticar las bases en que se ha fundado lo decidido porque también los informes sectoriales, aunque alguno de ellos no obre en el expediente administrativo remitido, les han permitido conocer las razones que fundaban la ordenación discutida y por ello han podido contar con base para valorar si se ajustaba o no a Derecho".

TERCERO.- Contra esa sentencia han interpuesto los recurrentes D. Florian, D. Nazario, D. José Daniel, D^a Debora, D. Benjamín y D^a Paloma recurso de casación en el que, si bien esgrime un único motivo de impugnación, articulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en realidad, en el desarrollo de la argumentación se contienen tres submotivos -como los denominan los recurrentes- diferentes, que hemos, por tanto de analizar de forma diferenciada.

CUARTO.- En el primer submotivo se considera vulnerado el principio de autonomía local, y con él, los artículos 137 y 140 de la Constitu-

ción Española, así como la legislación que los desarrolla.

Se alega que la Comunidad de Madrid se apoyó en un criterio de mera oportunidad para llevar a cabo el cambio de los suelos afectados (Unidad de Ejecución número 33 y los Sectores SAU-5 y SAU-6), sin justificarse el carácter supramunicipal del interés invocado. Se expresa, en concreto, que ni la propia Resolución de la Comunidad de Madrid, ni la sentencia objeto del recurso de casación justifican objetivamente el interés supramunicipal en detrimento del local, por lo que la garantía de la autonomía local ha resultado vulnerada al no resultar expresamente motivada y fundamentada la decisión autonómica.

Hemos de comenzar señalando que, de conformidad con la Ley del Parlamento de Madrid, de 9/1995, de 28 marzo, de Medidas de Ordenación del Territorio, Suelo y Urbanismo de Madrid (47.3.a), corresponde a la Comisión de Urbanismo de Madrid, la aprobación definitiva de:

“Los Planes Generales de Ordenación y las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento de los Municipios no comprendidos en la regla anterior con la excepción de aquellos cuya aprobación definitiva esté reservada al Consejo de Gobierno conforme a la regla 1”.

Y, en relación con el contenido del acto de aprobación definitiva, el artículo 48 de la citada Ley autonómica, hasta el 26 de agosto de 2001, y, en definitiva, hasta que el mismo quedara sin efecto como consecuencia de la Disposición Derogatoria Única.b) de Ley 9/2001, de 17 julio, disponía que:

“El contenido de la competencia atribuida en el artículo anterior a los órganos de la Comunidad de Madrid para la aprobación definitiva de instrumentos de planeamiento formulados y tramitados por los Municipios comprende:

A) Todas las cuestiones de legalidad, incluidas las relativas a la integridad documental y la regularidad del procedimiento seguido, y, por tanto, el control del cumplimiento de cuantas disposiciones legales y reglamentarias, formales y sustantivas, específicamente urbanísticas o no, deban ser respetadas por el planeamiento territorial y urbanístico.

B) La definición sustantiva de la ordenación adoptada por el instrumento de planeamiento, desde la perspectiva de los intereses supralocales que es propia a la Comunidad y aceptando, corrigiendo, modificando o sustituyendo, en lo estrictamente necesario, la establecida en la fase municipal del procedimiento, en los siguientes aspectos:

a) El modelo territorial adoptado, con objeto de salvaguardar su com-

patibilidad con la política regional de ordenación del territorio, así como con las previsiones, los planes y los programas dirigidos al desarrollo económico y social de la región o de alguna de sus partes.

b) La clasificación del suelo y las precisiones globales de usos e intensidades en las clases de suelo urbano y urbanizable, a fin de garantizar la adecuación de la misma a las demandas previsibles de ocupación y utilización del suelo para cualesquiera usos y a su distribución regional así como la protección de los valores medioambientales, naturales y del patrimonio histórico.

c) Los sistemas municipales generales o referidos a la organización del conjunto de la colectividad municipal, para asegurar su funcionalidad y satisfactoria conexión y articulación con las infraestructuras y servicios autonómicos y estatales.

C) Al resolver sobre la aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento formulado por un municipio, la Comunidad de Madrid podrá, además de acordar pura y simplemente su aprobación o denegación, disponer el aplazamiento de dicha aprobación, con devolución del expediente, por todos o algunos de los siguientes motivos:

a) Deficiencias de legalidad a subsanar por el Municipio.

b) Correcciones, modificaciones innovaciones derivadas de la compatibilización con la Ordenación del Territorio Regional, a introducir por el Municipio.

El aplazamiento de la aprobación implicará la rectificación por el Municipio de las determinaciones y de los documentos del correspondiente instrumento de planeamiento para su sometimiento a aprobación definitiva. Si esta rectificación supone la introducción de modificaciones sustanciales, deberá someterse de nuevo, antes de su elevación a aprobación definitiva, a los trámites establecidos de información pública e informe de las Administraciones y Organismos interesados, así como proceder a nueva aprobación provisional del Pleno de la Corporación. El documento definitivo deberá remitirse a la Comunidad de Madrid en el plazo máximo de seis meses a contar desde la notificación de la decisión de aplazamiento de la aprobación definitiva.

En caso de incumplimiento del indicado plazo, la Consejería competente en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, previo requerimiento al Presidente de la Corporación local en el que se conceda un nuevo e improrrogable plazo de dos meses y una vez cumplido éste, podrá sustituir a dicha Corporación en la actividad omitida, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, sin

que en el caso de que proceda una nueva información pública sea necesario el acto municipal de aprobación provisional.

D) En caso de discrepancia entre el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid podrá solicitarse dictamen de la Comisión de Concertación de la Acción Territorial”.

Obviamente, en ningún momento se ha planteado la inconstitucionalidad de dicho precepto autonómico, pues lo aquí discutido es la vulneración del principio de autonomía local, como consecuencia del ejercicio de las potestades que el mismo precepto atribuye a la Comunidad de Madrid, procediendo a la aprobación de las Normas Subsidiarias del municipio de Guadalix de la Sierra; y, en concreto, procediendo al aplazamiento de las mismas Normas Subsidiarias -por lo que aquí interesa- con respecto a la Unidad de Ejecución número 33 y los Sectores SAU-5 y SAU-6, entre otros, en tanto no se corrigieran las deficiencias apuntadas en el Informe de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes y en los Informes Sectoriales, debiendo clasificarse dichas zonas como Suelo No Urbanizable.

Pues bien, en la STC 51/2004, de 13 de abril, se ha recordado la doctrina ya contenida en la STC 159/2001, de 5 de julio (F. 4), según la cual:

“En definitiva, la autonomía local consagrada en el art. 137 CE (con el complemento de los arts. 140 y 141 CE) se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno. En la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que forman parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE. So pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno”.

Y, analizando si se vulneraba la autonomía local con la atribución a

la Administración autonómica de Cataluña, en lugar de a los Ayuntamientos, la competencia de aprobación definitiva del planeamiento derivado, que se contenía en el artículo 50 del Decreto Legislativo 1/1990, la citada STC 51/2004, de 13 de abril, añadía:

“Este precepto no se consideró inconstitucional. Se argumentó en aquella ocasión que, aunque el art. 25.2 d) LBRL establezca que el municipio ejercerá competencias en las materias de ordenación, gestión y disciplina urbanística, son las «Comunidades Autónomas quienes, en el ejercicio de su competencia urbanística exclusiva, determinan(a) el nivel de participación de los municipios en la elaboración de los instrumentos de planeamiento» (con cita de la STC 61/1997, de 20 de marzo, F. 25). Por otra parte, según el art. 58.2 LBRL «las Administraciones competentes en materia de aprobación de planes deberán necesariamente otorgar a las restantes (en este caso a los entes locales) algún tipo de participación que permita armonizar los intereses públicos afectados», pero «ni de la Constitución ni de aquellos preceptos de la legislación estatal (LBRL) que integren el bloque de la constitucionalidad se deduce cuál deba ser la intensidad o la medida concreta de las competencias que respecto de (determinados Planes) deba atribuirse en la legislación autonómica sectorial a los entes locales (redacción inicial o fase preparatoria, audiencia previa, informe vinculante o no, participación en organismos mixtos, etc.)». En aquel caso se consideró que las atribuciones conferidas a la entidad local en las primeras fases del procedimiento de aprobación del plan eran «competencias municipales relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico»; y que, por tanto, el precepto cuestionado respetaba las exigencias de la garantía de la autonomía local”.

En su Fundamento Jurídico 12 se añade:

“La decisión sobre la configuración del asentamiento urbano municipal en que consiste el plan urbanístico -marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos- es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio; y sobre aquella decisión se proyectan, por tanto, de forma especialmente intensa las exigencias de la autonomía municipal. Si en el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico las Leyes reguladoras de la materia prevén la intervención -de alcance diverso- de otras Administraciones públicas es porque, con carácter general, aquella decisión puede afectar también a intereses cuya gestión constituye el objeto de competencias atribuidas a otras organizaciones jurídico- públicas distintas del municipio. También se justifica la mencionada intervención de otros sujetos

públicos distintos de la Administración municipal por las exigencias del principio de colaboración que aconseja la audiencia, el intercambio de información y la ponderación de intereses ajenos (art. 4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común y por los controles de legalidad que, de conformidad con la Constitución) pueden ejercer, en el ámbito del urbanismo, las Comunidades Autónomas sobre las entidades locales.

Esta imbricación de intereses diversos que se proyectan sobre el mismo territorio municipal se soluciona en la LBRL con fórmulas como la participación o integración de las entidades locales en procedimientos que tramita y resuelve la Comunidad Autónoma cuando «la naturaleza de la actividad de que se trate haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias» (art. 62 LBRL), o la participación de las entidades locales en procedimientos de aprobación de instrumentos de planeamiento que son formulados y aprobados por otras Administraciones, siempre que exista la necesidad de «armonizar los intereses públicos afectados» (art. 58.2 LBRL).

Pero esta regulación de las relaciones interadministrativas no ha de oscurecer el principio de que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica sólo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores».

Por su parte, mas recientemente, la STC 252/2005, de 11 de octubre, ha resumido y reiterado la tradicional línea jurisprudencial en relación con la autonomía local y su garantía institucional:

“Es doctrina reiterada que la autonomía local reconocida en los arts. 137 y 140 de la Constitución «se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el “derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañen, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible” (STC 32/1981, F. 4). A esta misma concepción responde

el art. 2.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, según el cual “para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas... deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos” (STC 40/1998, de 19 de febrero, F. 39).

La Constitución, en todo caso, no asegura a las corporaciones locales un ámbito de competencias determinado, no pudiendo hablarse de «intereses naturales de los entes locales» (STC 32/1981, de 28 de julio, F. 4), sino que, más allá del contenido mínimo consistente en un derecho de intervención en los asuntos de su competencia, «la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional» (STC 170/1989, de 19 de octubre, F. 9), correspondiendo a la Ley la determinación concreta del contenido de la autonomía local, respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía (SSTC 259/1988, de 22 de diciembre; 214/1989, de 21 de diciembre; y 46/1992, de 2 de abril) y sin romper con la «imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace» (STC 32/1981, F. 3)”.

Incluso, mas recientemente aun, la STC 204/2006, de 20 de julio —resolviendo por primera vez un conflicto suscitado en defensa de la autonomía local— reitera la doctrina contenida en las citadas SSTC 32/1981, F. 4; 170/1989, de 19 de octubre, F. 9; 40/1998, de 19 de febrero, F. 39; 159/2001, de 5 de julio; 51/2004, de 13 de abril, F. 9; 252/2005, de 11 de octubre, F. 4, señalando, en concreto que:

“Para determinar si los preceptos impugnados han vulnerado o no la autonomía municipal de la ciudad de Ceuta debemos comenzar recordando nuestra doctrina según la cual la autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias (STC 40/1998, de 19 de febrero, F. 39). A efectos del enjuiciamiento a efectuar ahora ha de tenerse presente la consolidada doctrina, sintetizada en la STC 159/2001, de 5 de julio, F.

4, según la cual la Administración territorial a la que el constituyente encomendó la competencia normativa en urbanismo (las Comunidades Autónomas, según el art. 148.1.3 CE, pero también el Estado, cuando resulte habilitado al efecto por otros títulos competenciales) está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina), siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el plano de la ejecución o gestión urbanística)

■

"Las determinaciones discrecionales del plan, por otro lado, cuando afecten a materias que incidan sobre intereses supralocales, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal, sí permiten intervenir a la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento."

■

que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada.

Frente a la primera alegación de la ciudad promotora del conflicto, según la cual el Estado carecería de competencias en materia de planeamiento urbanístico en Ceuta, debemos empezar recordando nuestra doctrina sobre la autonomía local constitucionalmente garantizada y su relación con el planeamiento urbanístico, contenida en la STC 159/2001, de 5 de julio, F. 12, y luego reproducida en la STC 51/2004, de 13 de abril, F. 10. Dicha doctrina parte de la afirmación contenida en la STC 61/1997, de 20 de marzo, según la cual la regulación de los planes de ordenación urbana se inserta

en la competencia sobre urbanismo, y ésta es exclusiva de las Comunidades Autónomas, quienes, «en el ejercicio de su competencia urbanística exclusiva, (determinan) el nivel de participación de los municipios en la elaboración de los instrumentos de planeamiento» (F. 25), siguiendo el criterio básico adoptado por el art. 2 LBRL de remitir tal determinación al legislador sectorialmente competente por razón de la materia. Pues bien, «lo que se exige a los legisladores autonómicos y estatal es que respeten la garantía mínima y reconocible de participación» (STC 159/2001, F. 12, con cita de la STC 109/1998, de 21 de mayo, F. 7) en el proceso de elaboración del planeamiento, ya que la Constitución no establece ni precisa cuál deba ser el haz mínimo de competencias que, para atender a la gestión de los respectivos intereses, debe el legislador atribuir a los entes locales (STC 109/1998, F. 2). De ello se concluyó que la norma según la cual los municipios no tienen competencias en la fase de aprobación definitiva de un tipo especial de planes no es contraria a la autonomía local, puesto que ésta sólo obliga «a que existan competencias municipales relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico», y la norma cuestionada «no elimina toda participación de los Ayuntamientos en el proceso de elaboración y aprobación del planeamiento derivado», puesto que les atribuye «competencias esenciales en relación con el planeamiento, concretamente en sus dos primeras fases de aprobación inicial y provisional» (STC 159/2001, F. 12)”.

Añadiendo, la misma STC 240/2006, que para resolver el conflicto planteado,

“Nuestro examen debe basarse en la doctrina de este Tribunal sobre la participación de los entes locales en la actividad de planeamiento urbanístico, a la que ya hemos hecho referencia, la cual se ve reforzada por la Carta Europea de Autonomía Local, que admite el control administrativo de legalidad y de constitucionalidad, e incluso el de oportunidad de los actos de las entidades locales (art. 8.2), si bien precisa que, en todo caso, dicho control «debe ejercerse manteniendo una proporcionalidad entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que pretende salvaguardar» (art. 8.3). Contemplación de intereses en la cual destacadamente cobra relevancia, como más adelante se verá, la proyección supralocal de determinadas manifestaciones del urbanismo”.

Igualmente este Tribunal Supremo ha afrontado recientemente estas cuestiones relativas a la vulneración del principio de autonomía local. Así -en supuesto similar al de autos- la STS 26 de junio de 2008 ha señalado:

“Concretamente, las posibilidades de control de las Comunidades Autó-

nomas cuando por motivo de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias pretendan introducir modificaciones no previstas originariamente en la aprobación inicial y provisional del plan, han de ser limitadas por elementales exigencias derivadas del citado principio de la autonomía local, de manera que la extensión del control de la Administración autonómica en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento viene impuesto por el respeto a la autonomía local.

En materia urbanística, única que hace al caso, la competencia autonómica de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento municipal tiene un contenido preciso, derivado de la consolidación de la jurisprudencia de esta Sala desde la conocida Sentencia de Sala de 13 de julio de 1990, que distingue según se trate de los aspectos reglados o discrecionales del plan.

En relación con los aspectos reglados la Comunidad Autónoma tiene un control pleno, con alguna matización respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, como señala la STS de 25 de octubre de 2006, que no hace al caso abundar ahora.

Respecto a los aspectos discrecionales del plan, debemos distinguir, entre las determinaciones que afectan a un interés puramente local o municipal, o superior a este. Así, cuando el interés público concernido es municipal y no alcanza intereses que rebasen dicho ámbito, la competencia es estrictamente municipal, pues ha de prevalecer el modelo de ciudad que dibuja el Ayuntamiento, con la salvedad relativa al control tendente a evitar la lesión al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, «ex» artículo 9.3 Constitución Española.

Las determinaciones discrecionales del plan, por otro lado, cuando afecten a materias que incidan sobre intereses supralocales, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal, sí permiten intervenir a la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento. Dicho de otra forma, el posible control o modificación por la Comunidad Autónoma de todos aquellos aspectos discrecionales del planeamiento, estará en función de los intereses públicos concernidos, y aún en el caso de tratarse de intereses locales, únicamente, que no se haya lesionado la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Y, en forma parecida, en la STS 13 de diciembre de 2007, tras recordar, entre otras, la doctrina ya expuesta de la STC 240/2006, de 30 de julio, y de la STC 159/2001, de 5 de julio, F. 12, luego reproducida en la STC 51/2004, de 13 de abril, F. 10, hemos añadido:

“Igualmente debemos dejar constancia de los conocidos pronunciamientos al respecto de el Tribunal desde su clásica STS de 13 de julio de 1990: “...resulta claro que la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen de la de Planeamiento una potestad de titularidad compartida por los Municipios y las comunidades Autónomas — Sentencias de 20 de marzo, 10 y 30 de abril, 2 y 9 de julio de 1990, etc.—. Su actuación se lleva a cabo de través de un procedimiento bifásico en el que a la aprobación provisional del Municipio, en lo que ahora importa, sigue en el tiempo la definitiva de la Administración Autonómica.

Partiendo de la base de que «en la relación entre el interés y el interés supralocal es claramente predominante este último» -sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989, de 19 de octubre- queda perfectamente justificado que, en el aspecto temporal, la decisión autonómica se produzca con posterioridad a la municipal y que, en el aspecto sustantivo, aquélla haya de contemplar el plan no sólo en sus aspectos reglados sino también en los discrecionales que por su conexión con intereses supralocales hayan de ser valorados para asegurar una coherencia presidida por la prevalencia de tales intereses superiores”.

Pues bien, es evidente que en el supuesto de autos -que es el contemplado en los preceptos legales y reglamentarios de precedente citados- existen unos intereses (como son los de carácter docente y medioambiental, que se vislumbran tras la protección de las dotaciones para equipamientos docentes y de espacios libres), que se proyectan más allá de los meros intereses locales. De ahí que, desde siempre, el legislador haya previsto -en aras de su protección- un especial, cualificado y reforzado régimen de aprobación de las modificaciones señaladas, por cuanto el contenido de las mismas implica una singular alteración de las determinaciones urbanísticas, deviniendo, por ello, en absolutamente inviable el cuestionamiento de la constitucionalidad de los preceptos citados que la recurrente apunta al final de su motivo tercero.

Nos encontramos -con el establecimiento de un especial régimen de aprobación de las modificaciones cualificadas del planeamiento- ante un aspecto reglado, en el que el control pleno de la Comunidad es evidente, por cuanto el mismo se sitúa en el ámbito de la legalidad y no en el de la discrecionalidad. Se trata, como sabemos, de determinaciones -destinadas a la protección de los intereses docentes y medioambientales- que requieren y precisan de controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tal como en este terreno las viene con-

cretando la jurisprudencia, y no, por el contrario, ante revisiones de pura oportunidad. Esto es, con tal exigencia aprobatoria no se está invadiendo el terreno del modelo físico que dibuja el Municipio con la legitimación democrática de que le dota la participación ciudadana, sino en el de la protección de unos intereses de mas intensa cualificación”.

QUINTO.- Pues bien, la actuación llevada a cabo por la Administración autonómica madrileña -concretada en los términos que hemos expresado- en modo alguno puede considerarse vulneradora del principio de autonomía local que jurisprudencialmente acabamos de describir; y es más, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es lo que -en realidad- aquí enjuiciamos, al haberlo acordado así, debe de ser mantenida en su integridad, desde la perspectiva que ahora tenemos, al haber respetado el expresado principio, que se decía vulnerado, y que como sabemos, cuenta con apoyo constitucional en los artículos 137 y 140 de nuestra Constitución Española de 1978.

Dejando para el motivo de impugnación siguiente la cuestión relativa a la motivación concreta de la sentencia y de la decisión administrativa, debemos afirmar que la razón de fondo que legitima la actuación autonómica impugnada cuenta con un claro fundamento en la defensa de unos intereses supralocales, los cuales trascienden a los particulares del municipio de Guadalix de la Sierra, y que encajan en el ámbito de actuación que el transcrito artículo 48 de la Ley del Parlamento de Madrid, de 9/1995, de 28 marzo, de Medidas de Ordenación del Territorio, Suelo y Urbanismo de Madrid, establece.

Hemos de insistir en que —según el mencionado precepto— entre las competencias autonómicas se comprende “la definición sustantiva de la ordenación adoptada por el instrumento de planeamiento, desde la perspectiva de los intereses supralocales que es propia a la Comunidad”, que se concreta tanto en “el modelo territorial adoptado, con objeto de salvaguardar su compatibilidad con la política regional de ordenación del territorio, así como con las previsiones, los planes y los programas dirigidos al desarrollo económico y social de la región o de alguna de sus partes”, como en “la clasificación del suelo y las precisiones globales de usos e intensidades en las clases de suelo urbano y urbanizable, a fin de garantizar la adecuación de la misma a las demandas previsibles de ocupación y utilización del suelo para cualesquiera usos y a su distribución regional así como la protección de los valores medioambientales, naturales y del patrimonio histórico”.

La tesis de la sentencia de instancia -que procede mantener- es que la justificación de tal actuación, en el

ámbito de los intereses supralocales, aparece descrita en el Informe emitido en fecha de 17 de septiembre de 1998 por la Dirección General de Educación y Prevención Ambiental de la Comunidad de Madrid, cuyos contenidos, en síntesis, no han sido desvirtuados por la prueba pericial practicada en las actuaciones.

Si bien se observa dicho Informe parte de un dato material y poblacional bien significativo, ya que -según se expresa- la Revisión, cuya aprobación se pretendía, “contempla una importante expansión del núcleo urbano, y una capacidad residencial total de 5.950 viviendas sobre las 1.841 existentes en la actualidad”; expansión que se ubicaría entre las carreteras M-608 y M- 625, a través de 36 Unidades de Ejecución en suelo urbano (sobre suelos carentes en la mayoría de los casos de grado alguno de urbanización) y 10 sectores en Suelo Apto para Urbanizar.

Desde una perspectiva medioambiental el Informe destaca “la notable valoración intrínseca que por su encuadre territorial cabe atribuir al término municipal de Guadalix de la Sierra, y su inclusión en un ámbito considerado sensible desde el punto de vista de captación de aguas para el abastecimiento humano”, lo que le lleva a poner de manifiesto y sugerir “la moderación a la hora de plantear posibles crecimientos poblacionales, o la incorporación de nuevos suelos a la dinámica urbanizadora del municipio”, así como -“dadas las proporciones del crecimiento previsto”- a aconsejar “la reconsideración en profundidad” de los objetivos de la Revisión pretendida.

El Informe llama la atención sobre los aspectos relativos a transformaciones de usos del suelo que impliquen la eliminación de la cubierta vegetal, arbustiva o arbórea que supongan “un riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 Ha”; igualmente resalta el carácter de “zona considerada sensible desde el punto de vista de la captación de aguas para el abastecimiento humano”. Por otra parte llama la atención sobre la “capacidad funcional de la EDAR recientemente construida”, exigiendo a las Normas Subsidiarias “justificar a través de su determinaciones que, en caso de superarse el mencionado techo, existen suficientes garantías para la ejecución de las obras de ampliación”. Igualmente el Informe se refiere, en diversos apartados, a los aspectos paisajísticos - que concreta en el Embalse de Pedrezuela, el Río Miraflores, el Arroyo de Valdesaélises o los terrenos en ladera situados a ambos lados de la M-608-, así como a la cercanía de un reciente Polígono Ganadero (creado, precisamente, con la finalidad de alejar dicha actividad de los espacios residenciales). Por otra parte el Informe valora la posible insuficiencia

viaria de la reciente variante de la citada M-608, la necesidad de protección de masas arbóreas dispersas, que se sitúan en el paraje La Eras del Medio, o, en fin, la protección de los márgenes y las zonas cercanas a los cauces, como los del citado Río Miraflores.

Desde la anterior perspectiva, que fácilmente se percibe del examen de los diversos y mencionados aspectos que acabamos de mencionar, no existe duda de que la actuación autonómica se proyecta sobre, incide o pretende de la defensa de claros intereses supralocales (como son entre otros los medioambientales mencionados) que trascienden de los estrictamente locales del municipio. Esto es, la revisión proyectada afecta al modelo territorial previsto por la Comunidad Autónoma de Madrid, y resulta de todo punto ilógico considerar que una actuación urbanística como la que nos ocupa, que pretende, en síntesis, triplicar la población del municipio de Guadalix de la Sierra, carece de una proyección exterior a los límites del término municipal; no es este un planteamiento razonable, como bien entiende la sentencia de instancia, debiendo por ello rechazarse el primero de los motivos planteados, pues evidente que se encuentran afectados intereses públicos superiores a los puramente municipales.

En todo caso no está de más añadir -no obstante su carácter posterior a los hechos- que la Exposición de Motivos (Apartado IV) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y, con posterioridad, el vigente Texto Refundido de la citada Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, ha señalado que "Los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanística tienen una trascendencia capital, que desborda con mucho el plano estrictamente sectorial, por su incidencia en el crecimiento económico, en la protección del medio ambiente y en la calidad de vida. Por ello la Ley asegura unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal, y de evaluación y seguimiento de los efectos que tienen los planes sobre la economía y el medio ambiente".

Y, en la propia Exposición de Motivos (último párrafo de su Apartado I) se expresa que "sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los

graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales, en la apertura a la libre competencia de la iniciativa privada para su urbanización y en el arbitrio de medidas efectivas contra las prácticas especulativas, obstructivas y retenedoras de suelo, de manera que el suelo con destino urbano se ponga en uso ágil y efectivamente. Y el suelo urbano -la ciudad ya hecha- tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso".

SEXTO.- En el segundo submotivo los recurrentes alegan que el Acuerdo impugnado carece de motivación que justifique la decisión discrecional de excluir del proceso urbanístico los suelos comprendidos en los sectores afectados, con lo que se infringen los artículos 12.3 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (TRLS76), así como 38.1, 96 y 97 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (RPU) y otros concordantes.

En síntesis, se expone que lo que se desprende del Informe elaborado por la Dirección General de Educación y Prevención Ambiental es un simple consejo sobre la exclusión del proceso urbanizador de los terrenos afectados, con base en unos motivos que no se aceptan por cuanto no se justifican con la mas mínima prueba técnica. Esto es, ninguno de los informes técnicos de la Administración implica que de forma inexorable los terrenos afectados tuvieran que ser clasificados como Suelo No Urbanizable y, por tanto, excluidos de la clasificación que les otorgaba el municipio hasta la aprobación provisional. En el desarrollo del motivo se rechazan las argumentaciones utilizadas para desclasificar los ámbitos de los SAU (dificultad de integración de los mismos con la estructura urbana existente e inadecuación topográfica que hiciera a los mismos inviables para urbanizar). Por otro lado, el Ayuntamiento había motivado convenientemente la clasificación propuesta en la aprobación provisional.

Pues bien, tampoco este motivo puede prosperar. Desde la perspectiva casacional en que nos situamos debemos insistir -una vez más- en que es la sentencia de instancia -que no la actuación administrativa- el objeto de las pretensiones jurisdiccionales articuladas en el recurso de casación; en consecuencia, si de motivación hablamos, debemos referirnos a la de la sentencia, que no a la de la resolución administrativa. En todo caso, como quiera que la sentencia justamente lo que afirma es la suficiencia de motivación del Acuerdo recurrido en la instancia, habremos de señalar que ambas decisiones -administrativa y jurisdiccional- superan sobradamente las exigencias de motivación que les imponen tanto la propia Constitución Española como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) y la citada LRJCA.

La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 Constitución Española (CE) y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación de motivar sus decisiones". Tal precepto se contempla en la actualidad como el futuro artículo II-101 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Desde una perspectiva jurisdiccional, que es la que aquí nos interesa, la motivación de las sentencias es exigida "siempre" por el artículo 120.3 Constitución Española. La STC 6/2002 de 14 de enero se señala que "la obligación de motivar las Sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma

parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Es por lo tanto -y sobre todo- una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad. En conclusión, una Sentencia que no dé respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, o de cuyo contenido no puedan extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una decisión judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 13/1987, de 5 de febrero, F. 3; 56/1987, de 14 de mayo, F. 3; 14/1991, de 28 de enero, F. 2; 122/1991, de 3 de junio, F. 2; 165/1993, de 18 de mayo, F. 4; 122/1994, de 25 de abril, F. 5; 5/1995, de 10 de enero, F. 3; 115/1996, de 25 de junio, F. 2; 79/1996, de 20 de mayo, F. 3; 50/1997, de 18 de marzo, F. 4 y 139/2000, de 29 de mayo, F. 4)".

Sin embargo, dicho lo anterior, también debemos añadir que, como señala la STC 301/2000 de 13 de noviembre, "el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla. En fin, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución judicial impugnada ha cumplido o no este requisito (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, F. 4; 154/1995, de 24 de octubre, F. 3; 66/1996, de 16 de abril, F. 5; 115/1996, de 25 de junio, F. 2; 116/1998, de 2 de junio, F. 3; 165/1999, de 27 de septiembre, F. 3)"; añadiendo la STC 187/2000, de 10 de julio, que "no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por re-

misión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, F. 2; 187/1998, de 28 de septiembre, F. 9; 215/1998, de 11 de noviembre, F. 3 y 206/1999, de 8 de noviembre, F. 3)".

Partiendo de la doctrina jurisprudencial citada y, vistas las ya conocidas respuestas de la Sala de instancia en relación con las concretas pretensiones y argumentaciones de referencia (autonomía local, intereses supralocales y situaciones fácticas concretas, fundamentalmente) tal y como hemos anticipado, es evidente que no puede accederse a la estimación del motivo fundamentado en tal argumentación. La Sala de instancia, pues, da cumplida respuesta a las mencionadas y concretas pretensiones y argumentaciones de la parte recurrente en relación con la pretensión relativa a la reclasificación del suelo de su propiedad como urbano, como igualmente hiciera el Acuerdo impugnado. El contenido y sentido de las respuestas podrá ser aceptado y tomado en consideración por la parte recurrente, discutirse o rechazarse, pero el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos requeridos por la jurisprudencia, y ha constituido una respuesta motivada y razonada a la pretensiones formuladas. Lo que hemos expuesto en el anterior motivo en relación con el Informe emitido en fecha de 17 de septiembre de 1998 por la Dirección General de Educación y Prevención Ambiental de la Comunidad de Madrid -que sirve de motivación al Acuerdo impugnado, como señala la sentencia de instancia-, resulta mas que suficiente para ratificar lo expuesto, lo cual habremos de completar con lo que a continuación exponemos en el Fundamento Jurídico acerca de la valoración probatoria llevada a cabo por la Sala de instancia.

SEPTIMO.- En el tercer motivo se considera infringido por los recurrentes el artículo 24 de la Constitución Española como consecuencia de la errónea valoración de la prueba practicada. Igualmente se pone de manifiesto la infracción del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ), al considerarse, por la misma circunstancia, vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al no haberse apreciado la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica, volviendo a poner de manifiesto, como en el submotivo anterior, el contenido del dictamen pericial emitido en autos.

Entre otras muchas sentencias, en la STS de 3 de diciembre de 2001, hemos recordado, una vez mas, que "es ya doctrina reiterada de esta Sala que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediatez, se encuentra en condiciones de examinar

los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherencia con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia".

Pues bien, cuando la recurrente denuncia a la Sala de instancia porque en su sentencia se ha producido una errónea valoración de la prueba practicada, en realidad, de lo que está discrepando es de las conclusiones probatorias alcanzadas en la citada sentencia una vez llevada a cabo la correspondiente valoración de la prueba pericial practicada en autos. En síntesis, la conclusión alcanzada por la Sala de instancia es la de que la prueba pericial no ha desvirtuado las conclusiones del Informe emitido en fecha de 17 de septiembre de 1998 por la Dirección General de Educación y Prevención Ambiental de la Comunidad de Madrid.

Pues bien, de este Informe, en relación con cada uno de los apartados que afectan al recurso, debe destacarse:

1º. Unidad de Ejecución núm. 33:

a) Se trata de terrenos en ladera, situados a ambos lados de la M-608.

b) Se destacan como valores ambientales asociados a los mismos, el paisaje y la vegetación (que se transformaría o desaparecería con la ejecución del planeamiento urbanístico).

c) El apoyo de la citada actuación urbanística en la citada M-608, cuya variante, de carácter comarcal, acaba de concluirse, volviendo a crearse los mismos problemas solucionados con la citada vía.

2º. Sector SAU 5.

Las mismas características que la anterior Unidad de Ejecución.

3º. Sector SAU 6.

a) Se considera claramente inconveniente desde criterios mediamientales.

b) Se destaca el distanciamiento del núcleo de la población y la dispersión en el territorio.

c) Se señala la proximidad con el reciente Polígono Ganadero.

d) Se pone de manifiesto la ausencia de garantías de conexión con las

infraestructuras generales, especialmente de saneamiento y depuración.

La Sala de instancia, en realidad, lleva a cabo una comparación entre dichas conclusiones -soporte técnico de la decisión administrativa- y el resultado de la prueba pericial, alcanzando las conclusiones que ya conocemos, y que hemos de proceder a ratificar, rechazando también este último motivo. Efectivamente, del dictamen pericial podemos destacar:

1º. En relación con la Unidad de Ejecución núm. 33.

a) Que es limítrofe o colindante con los antiguos Polígonos 12 y 15, de Reserva Urbana, según el antiguo planeamiento de 1977, con Plan Parcial aprobado.

b) Que los servicios solo llegan hasta el límite de dichos terrenos, esto es, a pie de la Unidad.

c) Nada se dice en relación con el grado de urbanización de los mismos y sobre el grado de integración en la malla urbana.d) Se rechazan los "posibles" impactos negativos sobre el paisaje.

2º. En relación con el Sector SAU 5.

a) La colindancia con un Área de Planeamiento Incorporado.

b) Completa -junto con el SAU-4- el desarrollo urbanístico del margen oeste del municipio.

c) Los problemas topográficos son los normales de un municipio de sierra madrileña.

3º. En relación con el Sector SAU 6.

a) Acepta la distancia de la trama urbana.

b) Pero lo justifica dada la cercanía con el Municipio de Miraflores de la Sierra, donde se pretende un desarrollo similar en Pinarejos, Sector de similares características.

c) En relación con las deficiencias de infraestructuras se pone de manifiesto la realización de una Declaración de Impacto Ambiental de una nueva EDAR.

Ante tal situación, y vistas las conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia, estamos, pues, impedidos, en esta sede casacional de proceder a la revisión del tema probatorio que se nos formula.

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos comporta que la actuación enjuiciada no aparezca como carente de contenido, o revista un contenido imposible o inverosímil, resultando arbitraria por ilógica, irracional, absurda o inconsecuente. Y lo cierto es que la conclusión alcanzada por la Administración autonómica y ratificada por la sentencia de instancia no pue-

de ser tildado de una determinación arbitraria, en los términos expuestos, pues al margen de lo razonado por la Sentencia impugnada debe recordarse, con carácter previo la descalificación conjunta de la Revisión, a la vista de los parámetros cuantitativos que implica. La llamada a la prudencia o ponderación que desde el principio en el Informe de referencia se contiene no evidencian, ni ponen de manifiesto, una lesión a la interdicción de la arbitrariedad al no revestir dicho planteamiento el carácter de caprichoso o incoherente, por falta de razonabilidad.

La conclusión, por tanto, no puede ser otra que la que se alcanza en la sentencia impugnada, pues el interés público descrito, como hemos expuesto, obviamente traspasa los contornos puramente municipales, siendo evidentes y notorios los intereses supralocales, muchos de ellos mediantes, como presupuesto legitimador de la acción de la Administración autonómica al suspender la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias de Guadalupe de la Sierra.

OCTAVO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede condenar por partes iguales a las partes recurrente en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio), si bien con la limitación, en cuanto a la minuta de Letrado de 3.000 euros, a la vista de las actuaciones procesales.

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

1º. No haber lugar y, por tanto, desestimar el recurso de casación que, con el número 3225/2005, fue interpuesto por D. Florian, D. Nazario, D. José Daniel, Dª Debora, D. Benjamín y Dª Paloma contra la Sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) dictó en fecha de 10 de febrero de 2005, en su recurso contencioso administrativo número 668/1999, la cual, en consecuencia, confirmamos.

2º. Condenar a la parte recurrente en las costas del presente 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 Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.



2009/229111

TS Sala 4ª, Sentencia 15 julio 2009. Ponente: D. Rosa María Virolés Piñol

Improcedente despido de trabajador con contratos temporales celebrados en fraude de ley

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador temporal demandante frente a sentencia que declaró la procedencia de su despido.

La Sala señala que las tareas que realiza un especialista en una cerrajería constituyen la actividad natural y ordinaria en la misma y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes de la empresa; tampoco la actividad del trabajador era de duración incierta, ni limitada en el tiempo, pues la actividad de cerrajería es, en definitiva, el único objeto de la empresa; por tanto, no concurren los requisitos para hablar de un contrato temporal por obra o servicio determinado y, al entenderse realizados en fraude de ley los contratos suscritos por la empresa con el recurrente, se entiende la relación laboral como indefinida y el cese de la relación laboral como despido improcedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Tal y como consta en el inalterado relato de hechos probados que sirvieron de base al pronunciamiento que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina, el trabajador celebró un primer contrato de obra o servicio determinado con la empresa demandada Cerrajería Simón, S.L., el 15-11-2006, con la categoría profesional de especialista, siendo el objeto del contrato la realización de la especialidad en la obra de 40 viviendas unifamiliares en Valdemoro (Madrid). El actor firmó su baja voluntaria en la empresa el 22-12-2006, con finiquito de la misma fecha. El 2-1-2007, el actor suscribió un segundo contrato de obra o servicio con la misma demandada y categoría profesional, siendo en este caso su objeto la realización de la especialidad en la obra de 52 viviendas de Parla Este, de Corsán Corvina. La demandada finalizó los trabajos de cerrajería contratados el 31-10-2007, fecha en que comunicó al actor la finalización del contrato, con efectos de 7 de noviembre siguiente.

2.- Contra la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido, recurrió la empresa demandada en suplicación, siendo estimado su recurso por la sentencia ahora impugnada. En dicha sentencia, la Sala Social del TSJ de Madrid llega a la conclusión de que el segundo contrato celebrado tiene autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, dedicada a la

cerrajería, y que cumple las exigencias legales de causa y forma, habiendo sido acreditada la finalización de la obra, lo que determina la inexistencia de despido y la válida extinción del contrato con arreglo al art. 49.1.c) ET.

3.- Recurre el actor en casación para la unificación de doctrina para insistir en su pretensión, designando como sentencia de contraste la de la Sala Social del TSJ de Madrid de 20 de octubre de 2003 (rec. 3843/2003), que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada contra la sentencia de instancia que había suscrito contrato de obra o servicio determinado el 10-10-2001, con la empresa demandada, dedicada a la fabricación de rótulos luminosos. El trabajador fue contratado con la categoría profesional de Oficial 2ª cerrajero y el contrato tenía por objeto "trabajos de cerrajería en rótulos luminosos para las imágenes corporativas McDonals, Hipersol y Banco Santander Central Hispano". Los trabajos finalizaron el 14-11-2002 y en esa misma fecha la empresa dio por finalizado el contrato de trabajo.

La Sala del TSJ de Madrid considera que el contrato no es válido, porque la obra o servicio carece de autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pues no lo es tal la mera referencia a uno o varios clientes, pues la total actividad de la empresa está sujeta a pedidos o encargos, y no se ha de-

mostrado razón alguna que explique por qué en este caso la fabricación de rótulos luminosos de estos clientes debe diferenciarse de la fabricación de los rótulos luminosos que continuamente lleva a cabo la empresa.

SEGUNDO.- El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992 (R. 824/1991 y 1053/1991), 18 de julio, 14 de octubre, y 17 de diciembre de 1997 (R. 4035/4996, 94/1997, y 4203/1996), 23 de septiembre de 1998 (R. 4478/1997), 7 de abril de 2005 (R. 430/2004), 25 de abril de 2005 (R. 3132/2004) y 4 de mayo de 2005 (R. 2082/2004).

Del análisis comparativo de la sentencia recurrida y la designada de contraste resulta que en ambos casos un trabajador es contratado por una empresa para atender un pedido o cliente de ésta, y cuando el trabajo se termina se comunica la extinción de la relación laboral. En ninguno de los dos casos se acredita que se trate de un trabajo que se diferencie de la actividad habitual de la empresa, y en el caso de autos resulta más claro porque el actor ya había sido contratado con anterioridad por la misma demandada para realizar un trabajo parecido. Por otra parte, la sentencia recurrida no justifica en su fundamento jurídico único pfo. 5º por qué llega a la conclusión de que la obra o servicio objeto del contrato tiene autonomía o sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, pues sólo dice que la cerrajería es un servicio muy concreto en el ámbito de la construcción. Si se trataba de una contrata, no resulta de forma clara del inalterado relato fáctico, ni tampoco resulta de la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada. Igual sucede en la sentencia de contraste, con la única diferencia de que, en ese caso, en lugar de un solo

cliente, eran tres. Datos que llevan a determinar que concurren las identidades requeridas en el art. 217 LPL. para apreciar la existencia de contradicción, en tanto que no obstante las identidades, las sentencias resuelven de forma dispar.

TERCERO.- Superado el requisito de contradicción, procede examinar el motivo único de censura jurídica, en el que se denuncia la infracción de los artículos 15.1.a) y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 8.1.a) y 9.3 del Real Decreto 2720/1998, en relación con el artículo 55.4 y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Al efecto, para que por la Sala se lleve a cabo la función unificadora de la doctrina que sea ajustada a derecho, habrá de decidir en primer lugar sobre la naturaleza de la relación que une a las partes, y después y como consecuencia de ella si nos encontramos ante una extinción válida del contrato o ante un despido.

Esta Sala, en su sentencia de 26 de octubre de 1.999, (recurso 818/1999), recordada por la de 27 de marzo de 2002 (recurso 2267/2001) tuvo ocasión de resolver sobre una situación semejante a la que ahora se aborda y allí se decía que "el contrato de trabajo para obra o servicio determinado que el artículo 15. 1 a) del Estatuto de los Trabajadores regula, tanto en las previsiones del Real Decreto 2546/1994 como en las del Real Decreto Ley 8/1997, permite que se lleve a cabo esa modalidad contractual para la realización de obra o servicio determinado siempre que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta".

Poniendo en relación las exigencias legales descritas con la actividad que el trabajador desarrollaba en la empresa demandada en el caso de la sentencia recurrida de especialista, siendo el objeto del contrato "la realización de la especialidad", primero "en la obra de 40 viviendas unifamiliares de Valdemoro", y después "en la obra de 52 viviendas de Parla Este", se ha de extraer la conclusión de que en modo alguno se puede atribuir a esas funciones una sustantividad o autonomía dentro de la actividad de la empresa. Las tareas que realiza un especialista en una cerrajería, constituyen la actividad natural y ordinaria en la misma y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes de la empresa. Por otra parte, tampoco es acertado decir que la actividad del trabajador sea de duración incierta, ni tampoco limitada en el tiempo, pues la actividad de "cerrajería" es en definitiva el único objeto de la empresa.

De lo dicho se desprende que no concurre en el supuesto examinado, el requisito esencial que esa modali-

dad contractual causal exige (art. 2.1 del RD. 2720/1998 de 18 de diciembre) de que la obra o servicio determinado objeto de la contratación tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa; en consecuencia han de entenderse realizados en fraude de ley los contratos suscritos por la empresa con el demandante (artículo 6.4 del Código Civil), al perseguir un resultado de temporalidad prohibido por el ordenamiento jurídico, con el efecto de entenderse en este caso concreto celebrados por tiempo indefinido.

Analizando la validez de las cláusulas de temporalidad de los contratos de duración determinada, esta Sala del Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 6 de marzo de 2009 (rec. 3839/2007) la resume como hizo nuestra sentencia de 21 de marzo de 2002 (rec. 2456/01 de la siguiente manera:

“A/. La validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de esta, exige en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas. Lo decisivo es, por consiguiente, que concurra tal causa. Pero la temporalidad no se supone. Antes al contrario, los artículos art. 8.2 y 15.3 del ET, y 9.1 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida. De ahí que en el apartado 2.a) de los artículos 2, 3 y 4 del R.D. citado, se imponga la obligación, en garantía y certeza de la contratación temporal causal, de que en el contrato se expresen, con toda claridad y precisión, los datos objetivos que justifican la temporalidad: la obra o servicio determinado, las circunstancias de la producción, o el nombre del trabajador sustituido y la razón de la sustitución. Es cierto, no obstante, que la forma escrita y el cumplimiento de los citados requisitos no constituye una exigencia “ad solemnitatem”, y la presunción señalada no es “iuris et de iure”, sino que permite prueba en contrario, para demostrar la naturaleza temporal del contrato. Mas si la prueba fracasa, el contrato deviene indefinido”.

B/. Cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia a tenor del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. En tal caso, tampoco rompe la continuidad de esa relación de trabajo, la suscripción de un recibo de finiquito — que por otro lado no refleja, normalmente, mas que la liquidación de cantidades adeudadas — cuando la empresa da por extinguido el contrato temporal viciado. Además se entiende que no existe interrupción eficiente, cuando la que media entre uno y otro contrato tem-

poral es inferior al tiempo de caducidad, 20 días hábiles, de la acción de despido que podía ejercitarse tras aquella extinción”.

C/. La fijeza así surgida permanece, aunque se formalicen luego otros u otros contratos temporales, incluso aunque alguno de ellos, en si mismo y al margen de la cadena contractual, pudiera considerarse válido. De modo que las sucesivas relaciones laborales temporales que en circunstancias normales no se hubieran comunicado, pasan a constituir una única relación laboral indefinida e indisponible, por aplicación de los artículos 3.5 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores. Conviene advertir que el fraude de ley del que habla el último precepto no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (dokus malus), sino la mera y simple constancia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial”.

Así mismo hemos venido proclamando con reiteración “ que la contratación temporal en nuestro sistema es causal, es decir, si la temporalidad no trae su origen de alguna de las modalidades contractuales prevista en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, la relación es indefinida. Para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida, pues así se deduce de lo dispuesto en los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. Por esa razón los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto de referencia exigen que en el texto de los contratos escritos se expresen, con claridad y precisión, todos los datos aplicables que justifican la temporalidad, es decir, deben quedar suficientemente identificados la obra o el servicio, las circunstancias de la producción o el nombre del trabajador sustituido en el contrato de interinidad, y si bien la omisión de tales datos no es motivo de nulidad del contrato, la presunción de indefinición de la relación opera con todas sus consecuencias, si no queda desvirtuada con la prueba que en contrario se practique “ (FJ4º STS 5-5-2004, R. 4063/03).

De igual forma hemos reconocido que “ cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el art. 6.4 del Código civil: el contrato de trabajo se concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya

aplicación no podemos impedir “ (STS 6-5-2003, R. 2941/02). En la actualidad, la norma que se trata de eludir sigue siendo el art. 15.1 del ET (“El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada”), precepto del que hemos de continuar entendiendo que mantiene la tradicional presunción en favor del contrato por tiempo indefinido porque esa sigue siendo la regla mientras que la duración determinada se contempla como excepción para los supuestos concretos que la propia disposición regula. Sigue siendo válida, pues, nuestra doctrina cuando afirmaba que “ como observó y sigue advirtiendo la doctrina más autorizada, el cambio terminológico no elimina la preferencia del contrato indefinido, ya que el de duración determinada sólo es posible en los casos que la norma explicita, la cual ha mantenido parecidas conversiones en tiempo indefinido, si el trabajador no es alta en seguridad social, si se ha cometido fraude de ley o se ha prescindido de la forma escrita legalmente pedida”. (FJ 3º.3. STS 6-5-2003, R. 2941/02).

Asimismo, esta Sala en sus Sentencias de 26 de octubre de 1999 (Rec. 818/1999) y 27 de marzo de 2002 (Rec. 2267/2001), ha tenido ya ocasión de resolver sobre situaciones semejantes a la aquí planteada. Decíamos en dichas sentencias, que el contrato de trabajo para obra o servicio determinado que el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores regula, tanto en las previsiones del Real Decreto 2546/1994 como en las del Real Decreto Ley 8/1997, permite que se lleve a cabo esa modalidad contractual para la realización de obra o servicio determinado siempre que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.

CUARTO.- En consecuencia, siendo que las funciones para las que fue contratado el actor constituyen las actividades naturales y ordinarias de la empresa, como se deduce incluso de la genérica referencia en los contratos a “los trabajos de su especialidad” exclusivamente, no se aprecia la causa o circunstancia concreta legitimadora de la contratación temporal (art. 2.1 del RD. 2720/1998 de 18 de diciembre) al no constatarse que la obra o servicio determinado objeto de la contratación tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa; datos estos de los que esta Sala debe partir para valorar y calificar el contrato supuestamente temporal para obra o servicio determinado. El fraude en la contratación, que conduce a la fijeza de la relación resulta de la ausencia de causa en la contratación temporal.

Por ello, el reconocimiento de la relación laboral como indefinida, comporta, contrariamente a lo sostenido en la sentencia recurrida, que el cese de la relación laboral notificado

al demandante revista los caracteres del despido improcedente.

De conformidad con lo argumentado hasta ahora y con el dictamen del Ministerio Fiscal, cabe concluir que el contrato suscrito por el actor debe considerarse celebrado, pese a la literalidad de sus cláusulas, por tiempo indefinido, al no constar que la obra o servicio determinado objeto de la contratación tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, ni consta que los trabajos contratados estén vinculados a una concreta contrata, ni se ha desvirtuado por la empresa la presunción que deriva de tal incumplimiento, por lo que la solución acertada es la contenida en la sentencia de contraste. Así, de conformidad con lo que establece el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso interpuesto por la empresa demandada, confirmando el fallo del Juzgado de lo Social en todos sus pronunciamientos, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento alguno sobre las costas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Braulio, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 13 de octubre de 2008, por la que se resolvió el recurso de suplicación número 3303/2008 interpuesto por la empresa CERRAJERÍA SIMÓN S.L., frente a la sentencia de fecha 19 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 16 de los de Madrid, en los autos núm. 1133/2007, seguidos a instancia del ahora recurrente frente a dicha empresa, sobre despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso interpuesto por la empresa Cerrajería Simón S.L., y confirmamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2009/229121

TS Sala 4ª, Sentencia 17 septiembre 2009. Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

No hay caducidad de la acción Defectuosa notificación por Administración de la resolución de despi- do

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante contra sentencia que declaró caducada la acción de despido, por el transcurso de más de veinte días desde la fecha de éste.

Entiende la Sala que no consta advertencia alguna en la comunicación recibida dando a conocer el despido, a partir de la cual se iniciaban los plazos para formular reclamación previa y también para interponer la demanda, suspendiendo la primera el plazo de la segunda. Siguiendo doctrina constitucional, el Alto Tribunal considera que las normas sobre la incidencia de la reclamación previa en la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De esta forma, el error de la Administración al realizar una notificación defectuosa, no puede calificarse de razonable para colocarla en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales. Por tanto, la notificación, aún errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda de despido que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora fue despedida por el Ayuntamiento de Lucena, con efectos del 31 de diciembre de 2006, previa comunicación el 19 de diciembre y el 21 de diciembre de 2006. El 24 de enero de 2007 formuló reclamación previa ante la empleadora, cuya desestimación le fue notificada el 2 de marzo de 2007, interpuso demanda el 21 de marzo de 2007.

La sentencia recurrida al confirmar la del Juzgado de lo Social, mantiene la declaración de caducidad de la demanda debido al transcurso de más de veinte días desde la fecha del despido.

Recorre la actora en casación para la unificación de doctrina, y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 17 de diciembre de 2004 por la

Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

En la sentencia de contraste, la trabajadora había prestado servicios por cuenta de una Administración municipal, que el 23 de enero de 2003 le comunicó la extinción del contrato con efectos del 10 de febrero de 2003. Formulada reclamación previa el 25 de febrero de 2003 y desestimada el 17 de marzo de 2003, se notificó el 20 de marzo de 2003, advirtiendo a la actora que “cabe demanda jurisdiccional laboral en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente resolución...”

La sentencia referencial casó la sentencia de suplicación, en la que se confirmaba la declaración de caducidad de la acción efectuada por la sentencia del Juzgado de lo Social.

La sentencia de contraste estimó el recurso de la trabajadora, razonando que “se informó que el plazo corría desde la notificación de la resolución y no desde la fecha de efectos del despido con el descuento de los días correspondientes a la reclamación previa”, existiendo error en la fijación del plazo y es relevante en cuanto a la conducta procesal de la actora aunque no se refiera al plazo mismo, sino a la forma de su cómputo.

Concurre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 24.1 y 103 de la Constitución Española, artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 69.3 y 103 de la Ley de Procedimiento Laboral, así como del artículo 1, párrafos 1 y 4 del Código Civil y demás concordantes y jurisprudencia que los interpreta.

La cuestión que se plantea es la de cuales deberán ser las consecuencias a efectos del cómputo del plazo de caducidad en el ejercicio de la acción por despido cuando la notificación es efectuada por una Administración Pública. El Ayuntamiento para el que la trabajadora presta servicios extinguió la relación con efectos del 31 de diciembre de 2006, sin que conste que la comunicación se le hiciera prevención alguna de los plazos para reclamar.

Formulada reclamación previa el 24 de enero de 2007, fue resuelta negativamente, en la resolución notificada a la trabajadora el 2 de marzo de 2007 haciéndole saber que “puede interponer demanda ante el Juzgado de lo Social competente, en el plazo de veinte días, de conformidad con el artículo 69.3 del Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril de Procedimiento Laboral, a contar desde la notificación de la presente resolu-

ción. Surtiendo efectos el despido el 31 de diciembre de 2006, presentada la reclamación previa el 24 de enero de 2007 resuelta el 14 de febrero y notificada el 2 de febrero (sic), constando el 21 de marzo como fecha de presentación de la demanda.

De la aplicación de los artículos 125.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de los artículos 69.3 y 73 de la Ley de Procedimiento Laboral, resultaría el transcurso de los días comprendidos entre el 19 de diciembre de 2006 y el 24 de enero de 2007 sin actividad impugnatoria, el periodo de interrupción desde el 24 de enero de 2007 hasta el 2 de marzo de 2007 y de nuevo el transcurso del plazo desde el 2 de marzo hasta el 21 de marzo de 2007, con el resultado de que el plazo de veinte días estaría sobradamente superado, inclusive prescindiendo de que la suspensión por la tramitación de la reclamación previa cesa el 24 de febrero de 2007, transcurrido un mes desde la interposición.

Sin embargo, no consta advertencia alguna en la comunicación recibida dando a conocer el despido, a partir de la cual se iniciaban los plazos para formular la reclamación previa y también para interponer la demanda, suspendiendo la primera el plazo para la segunda. A lo anterior, se añadiría la defectuosa notificación de la resolución de la reclamación previa, otorgando un plazo de veinte días a contar desde la notificación de dicha resolución.

La doctrina unificada ha dado respuesta a cuestiones como la que se plantea en este procedimiento y así se advierte en la sentencia de contraste, que, refiriéndose a la doctrina constitucional, sentencias del alto Tribunal 193 y 194/1992 y 214/2002, han establecido, recuerda “que las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Así estas sentencias señalan que, aunque “los mandatos del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores son Derecho necesario”, también “lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo-hoy el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas”, “cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social”. Por otra parte, se afirma que “la prevalencia concedida al artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores supone que de hecho la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar den-

tro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicable”. Por ello, “no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987)”. Por el contrario, “resulta razonable estimar que el artículo 79.3 Ley de Procedimiento Administrativo -hoy artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - era aplicable al presente supuesto, de manera que la notificación, aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado”

TERCERO.- También en la tramitación de este recurso se alega por la parte recurrida en el oportuno trámite de impugnación que la actora ha estado asistida de letrado con el deber profesional de conocimiento que le incumbe pero también la sentencia de contraste dio respuesta a la cuestión que de manera análoga se le sometía acudiendo necesariamente a la doctrina del Tribunal Constitucional que a propósito de uno de los supuestos examinados señala que: “El Tribunal Constitucional señala además que el hecho de que se contara con asistencia de Letrado “no desvirtúa el hecho de que, efectivamente, la Administración indujo a error a los recurrentes y se aprovechó en el proceso, conscientemente, de ese mismo error”, añadiendo que “la protección de los administrados frente a las irregularidades administrativas que lleva a cabo la Ley de Procedimiento Administrativo no se hace depender de la presencia o no de Letrado”. Por último, se concluye que, aunque las indicaciones de las Administraciones sobre las vías de impugnación de sus actos carecen de fuerza vinculante para las partes, no puede considerarse falta de diligencia el seguir las instrucciones contenidas en las notificaciones administrativas, relativas a los recursos procedentes y plazos para interponerlos, pues “lo contrario supondría colocar a los ciudadanos en una situación de inseguridad ante las notificaciones administrativas, y vendría a eliminar la garantía que supone para el administrado la regulación legal de los requisitos de esas notificaciones”.

CUARTO.- La doctrina de las sentencias a la que se ha hecho mérito es aplicable al presente caso procediendo la estimación del recurso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia recurrida, la estimación del recurso de suplicación interpuesto por la actora, reponiendo las actuaciones al momento de dictar sentencia del Juzgado de lo Social a fin de que por el mismo se resuelva acerca del resto de las cuestiones, planteadas con la demanda, sin que proceda emitir pronunciamiento so-



EL DERECHO

Año XVI. Número 2770

Madrid, 15 de diciembre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

bre las costas, de conformidad con el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina inter-

puesto por la Procuradora D^a Isabel Julia Corujo actuando en nombre y representación de D^a Constanza. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 26 de junio de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, y resolviendo el debate de suplicación estimamos el de igual naturaleza interpuesto por la actora, se acuerda anular las actuaciones y reponerlas al momento anterior a

dictar sentencia por el Juzgado de lo Social. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.-

Jesús Gullón Rodríguez.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Jesús Souto Prieto.- Juan Francisco García Sánchez.

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

RESEÑA

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



2009/150909

TS Sala 1^a, Sentencia 7 julio 2009.
Ponente: D. José Almagro Nosete

Indemnización por daños y perjuicios derivados de la publicación de reportaje

El TS desestima el recurso de casación declarando que desmerece profundamente la reputación de la entidad actora, dedicada a la gestión de una residencia de ancianos, la imputación de numerosas irregularidades, y considera que la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor no puede excluirse porque no se viertan expresiones u opiniones vejatorias o injuriosas, pues puede realizarse de otros modos, por lo que confirma la sentencia de apelación que condenó a las productoras televisivas codemandadas a pagar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la publicación del reportaje elaborado mediante cámara oculta por periodistas que ocultaron su identidad.

nado como autor de un delito de estafa y uno de publicidad engañosa y el representante de la sociedad declarada responsable civil subsidiaria. El TS dicta segunda sentencia en la que absuelve al acusado del delito de publicidad engañosa.

Entiende la Sala que aunque esta infracción ha de ser considerada, en principio, compatible con la estafa, en supuestos como el presente, en el que nada se nos dice respecto del alcance público de los anuncios aludidos y formando éstos parte esencial de la trama dirigida al engaño de los dos perjudicados por el fraude, constituiría una vulneración del principio "non bis in idem" sancionar como infracción independiente ese concreto extremo que tan determinadamente ha sido utilizado para integrar la figura delictiva de la estafa.

2009/158078

TS Sala 2^a, Sentencia 13 julio 2009.
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

Absolución del delito de amenazas: cosa juzgada

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por la acusación particular y el acusado contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de malos tratos habituales, amenazas, quebrantamiento de medida cautelar y asesinato. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, absuelve al recurrente del delito de amenazas, ya que un nuevo delito de amenazas sólo puede cometerse cuando las amenazas soportadas por un tercero son denunciadas y se configura de forma irreversible el objeto procesal sobre el que recaerá la cognición judicial. Hasta ese momento, las amenazas, como delito de simple actividad, integrarán un solo delito y en nuestro

caso ese delito ya fue juzgado -cosa juzgada- y el tribunal no puede condenar de nuevo.



2009/128238

TS Sala 3^a, Sección 6^a, Sentencia 2 junio 2009.
Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Imputación al órgano judicial de la responsabilidad por suspensión de acuerdos municipales

El TS, que ha lugar al recurso de casación, anula la sentencia impugnada y desestima el recurso contencioso-administrativo planteado contra la desestimación presunta de una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante el Ministerio de Medio Ambiente, quedando confirmada, sin embargo, la resolución del Ministerio de Justicia que otorgó a la actora recurrente una indemnización de seis mil euros por dilaciones indebidas. La Sala nunca ha admitido que los daños derivados de una suspensión cautelar judicialmente acordada con fundamento en el art. 66 LBRL puedan dar lugar a indemnización con arreglo al art. 139 LRJ-PAC, sino que, en supuestos similares, ha sostenido precisamente lo contrario, que no cabe reclamar indemnización a la Administración General del Estado por las lesiones económicas derivadas de la suspensión cautelar pedida por el Abogado del Estado con base en que el acto de la entidad local impugnado menoscaba las competencias estatales y acordada por un órgano judicial.



2009/217613

TS Sala 4^a, Sentencia 16 junio 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Base reguladora de pensión de maternidad coincidente con la de la IT previa

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la beneficiaria accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre base reguladora de subsidio de maternidad.

Explica la Sala que como la recurrente agotó las prestaciones por desempleo del nivel contributivo e inició una situación de IT-desempleo el día antes de agotar aquella prestación, situación a la que siguió, varios meses después, pero sin solución de continuidad, la de maternidad, la base reguladora de la prestación será la de la IT previa a la maternidad.

2009/217621

TS Sala 4^a, Sentencia 23 julio 2009.
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

Derecho a prestación por IT de trabajador autónomo

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador autónomo accionante contra sentencia que rechazó su derecho a prestaciones de IT por impago de cuotas.

Explica la Sala que está prevista en la normativa rectora de la prestación de incapacidad de los trabajadores autónomos la invitación al pago de las cuotas no satisfechas, invitación a la que se ha de equiparar el caso enjuiciado, en el que el trabajador ingresó las cotizaciones atrasadas en un espacio de tiempo que se inició antes de la baja y completó poco después de ésta y antes de solicitar el pago de la prestación, por lo que se hallaba al corriente de sus obligaciones con la seguridad social.



2009/158083

TS Sala 2^a, Sentencia 14 mayo 2009.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Absolución del delito de publicidad engañosa por integrar la estafa

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por el conde-