



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2893

Madrid, lunes 15 de noviembre de 2010



TS PENAL

2010/140045

TS Sala 2ª, Sentencia 28 junio 2010. Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Resulta insuficiente la mera intervención concurrente en algunas acciones criminales

Ausencia de los presupuestos del delito de asociación ilícita

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de asociación ilícita, receptación, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia, lesiones y homicidio. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, se absuelve a los recurrentes de los delitos de asociación ilícita, pues lo cierto es que no basta con la mera intervención concurrente en algunas acciones criminales para que pueda hablarse de asociación de los implicados en ellas. Ésta demanda un plus, en concreto, la existencia de un mínimo organizativo, dotado de cierta estabilidad y permanencia, que tiene que concretarse en la correspondiente información de soporte; y que no puede ser sustituida por la mera yuxtaposición en la descripción de las acciones aisladamente presentadas; al fin sin otro sustento que la inconcreta afirmación policial de la existencia de un posible grupo de ciudadanos rumanos organizados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Braulio.

PRIMERO.- Al amparo del art. 851,3 Lecrim, se ha denunciado quebrantamiento de forma, porque -se dice- alegada la nulidad radical e insubsanable del registro realizado el día 23 de octubre de 2006 en el domicilio del recurrente, la sentencia no da respuesta a la objeción. Pero no es cierto y el motivo tiene que ser desestimado, ya que en el folio 25 de aquélla, último párrafo, se aborda esta cuestión, que, así, obtiene respuesta expresa de la Audiencia.

SEGUNDO.- Invocando el art. 852 Lecrim, se ha aducido violación de precepto constitucional, al entenderse infringidos los preceptos de los arts. 18,2 y 24 CE, que salvaguardan los derechos a la intimidad domiciliaria, a la presunción de ino-

cia y a un proceso con todas las garantías; aunque, en realidad, lo objetado es la ilegitimidad de los registros practicados en la habitación ocupada por el que recurre, tanto el policial como el que se realizó con julio. Por lo que se refiere al registro de la vivienda núm.001 del núm.000 de la CALLE000, de Burgos, realizado el 19 de octubre de 2006, hay que hacer algunas precisiones, antes de abordar el motivo en su vertiente jurídica. La primera es que, en efecto, la policía de Burgos, en su oficio al juzgado, asocia a Bernardino, identidad utilizada al parecer por el que ahora recurre, a ese domicilio, si bien de una forma imprecisa porque habla de él también como una de las personas que lo frecuentaban. La segunda es que, detenido, en efecto, en Santander el 12 de ese mismo mes, la policía de esta ciudad lo considera domiciliado en Burgos, pero en la CALLE004, núm.022, núm.023

núm.002. La tercera es que la policía santanderina, según consta en el atestado, debió dar cuenta de la detención al juzgado de Alcalá de Henares (Madrid) y a la Subdelegación del Gobierno de Segovia por los que le constaba que Braulio estaba reclamado; pero la diligencia que figura en aquél acredita que a la sazón no tenía constancia de su implicación en estas diligencias de Burgos (folio 702). Estos elementos de juicio permiten concluir que en el momento de llevar a cabo el primer registro existía una patente inconcreción acerca de la relación del ahora recurrente con la casa de la referencia, e incluso sobre su misma implicación en los hechos de esta causa. Y si desde luego hay algo que no cabe atribuir a la policía es haber obrado a conciencia de que el mismo pudiera ser "interesado" en el registro y a sabiendas de estar privándole de un derecho.

Por otro lado, y en fin, la naturaleza urgente de la diligencia hizo que el juzgado acordase su práctica para la misma tarde del día de la fecha del auto. Pero es que, además, se da la circunstancia de que, según consta en el atestado, en los folios 340 ss., el 19 de octubre Braulio podría no estar ya en Santander sino preso en Madrid, cuando la policía de Burgos se refería todavía a él como "uno de los presuntos encartados", en cuanto todavía no investigado en concreto y directamente por los hechos que son aquí objeto de consideración. Estas consideraciones valen también por lo que se refiere al registro llevado a cabo el 23 del mismo mes en ese domicilio, pues las circunstancias todavía no habrían experimentado una esencial variación.

Y no tiene nada de particular que la policía acusase cierta perplejidad acerca de los verdaderos moradores de CALLE000, núm.000, núm.023, habida cuenta del estado de las actuaciones y del número de personas halladas en él en cada ocasión. Pues bien, así las cosas, hay que decir que si en un plano teórico-abstracto no habría nada que objetar a las reflexiones del recurrente sobre los derechos del "interesado", en este caso, es claro, fallan los presupuestos fácticos de que parte, que es lo que hace que no sea posible asumir sus conclusiones. Porque, en resumen, y por lo expuesto, se impone concluir

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Ponderación del derecho a la libertad de expresión y al honor

5

TS

CIVIL

Responsabilidad de constructora y aseguradora por fallecimiento de trabajador

7

PENAL

Ausencia de los presupuestos del delito de asociación ilícita

1

ADMINISTRATIVO

Nulidad parcial de la ordenanza reguladora de la instalación de equipos de telefonía y telecomunicaciones que utilizan el espacio radioeléctrico

11

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

que la policía, en los registros, obró a tenor de su saber actual, esto es, por lo que en ese momento le constaba. Y, además, incluso de haber tenido la certeza de que la vivienda registrada era, en efecto, la de Braulio, podría haber operado sin su presencia, en razón de lo que acaba de decirse acerca de su localización de entonces. Es por lo que el motivo no puede acogerse.

TERCERO.- Con apoyo en lo dispuesto en el art. 849,2º Lecrim se reprocha al tribunal que no incorporó a los hechos de la sentencia documentos y pericias que acreditan que la segunda persona que intervino en el robo del Bar DTT y en lo en él acontecido resulta desconocida. En concreto, se dice, es lo que se infiere del análisis de los restos epiteliales de la cinta adhesiva, muestra núm. 35; de lo que se seguiría que el que ocurre no es autor.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

De otra parte, hay que tener en cuenta que, como regla, los informes periciales carecen de la calidad de documentos (en sentido técnico-procesal) a los efectos del art. 849,2º, por más que puedan acogerse como tales en algún caso, como cuando existiendo una sola pericia o varias coincidentes, el tribunal se hubiera apartado sin motivación razonable del contenido de los mismos. Y el motivo no puede acogerse, pues, dice bien el Fiscal, lo que resulta del informe en el que aquél trata de apoyarse no es que el recurrente hubiese estado ausente del establecimiento de José Daniel, sino sólo que el material biológico que fue objeto de análisis no le correspondía. Y lo

cierto es que la sala llega a la conclusión de que intervino en el robo, pero a partir de otros elementos de juicio. Es por lo que el motivo tiene que desestimarse.

CUARTO.- También por el cauce del art. 849,2º Lecrim se objeta en este caso que el tribunal no tuvo en cuenta la diligencia de inspección y levantamiento del cadáver, del folio 11, donde se afirma que el calcetín hallado estaba en el suelo y no en la boca de la persona fallecida, como erróneamente se diría en la sentencia. Mas, como en el caso anterior, el reproche tampoco puede acogerse, porque la afirmación de los hechos relativa a que el calcetín de referencia fue usado para amordazar al acusado no es en absoluto incompatible con la circunstancia de que cuando fue recogido por la policía e incorporado a las diligencias estuviera ya al lado del fallecido, que habría sido liberado de la mordaza, como explica uno de los agentes que intervinieron y se recoge en el pormenorizado análisis de este asunto que se hace en la sentencia (folios 33 ss.).

QUINTO.- Invocando el art. 852 Lecrim, se ha alegado vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de los hechos del Bar DTT. El argumento es que la sala se apoya para inculpar al recurrente en su presencia de una semana antes en el bar; en un reconocimiento en rueda de dudosa calidad; en los objetos hallados en el registro domiciliario, en concreto, de un anillo de José Daniel, fruto de la realización ilegal de esa diligencia; en el hallazgo en la casa de cinta adhesiva y calcetines similares a los obtenidos en el local asaltado, cuando además en el trozo de la primera recogido en entonces había un perfil genético ajeno a este acusado; en un fragmento de conversación telefónica alusiva a ropa, pero no a la participación en el delito de que se trata.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero). Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciaria, para que resulte atendible la conclusión inculminatoria, según jurisprudencia asi-

mismo muy conocida (por todas, STC de 21 de mayo de 1994 y STS de 2 de febrero de 1998) es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Se trata de ver si la valoración de los elementos que incriminan a Braulio se ha llevado a cabo con respeto de este canon. Está, por un lado, la identificación realizada en el juicio por la sobrina de José Daniel, que asocia claramente a Braulio al Bar DTT. Se trata de una identificación fiable porque se produjo sobre una persona a la que la misma había podido observar de muy cerca y durante un dilatado lapso de tiempo.

La rueda practicada por la segunda testigo, que podría haberlo visto junto al mismo establecimiento en momentos inmediatamente posteriores a la acción criminal producida en el establecimiento, no permite afirmar que fuera realmente él, pero en absoluto lo excluye. Ahora bien, la localización entre las pertenencias de Braulio del anillo de la víctima, de calcetines idénticos y de la misma cinta adhesiva utilizados para amordazar a José Daniel tienen un potencial convictivo de una fuerza indudable.

Es cierto que aquél ha tratado de explicar la posesión del anillo atribuyéndolo a la entrega por un tercero, pero éste lo niega y la asociación de ese objeto a los otros dos recogidos en su domicilio dota de especial verosimilitud a esta negativa. Ha querido restar valor acreditativo al dato de la cinta por el hecho de que en el pedazo empleado sobre José Daniel no hubiera aparecido el perfil genético de Braulio, pero no es argumento bastante, dada la total correspondencia de las características organolépticas y del tamaño de ambos materiales.

La sala ha hecho una minuciosa valoración de todos estos elementos de juicio y considerado también la equivalencia del modo de operar en los hechos criminales contemplados: la agresividad, el lujo de violencia. Y se detiene en la consideración del contenido de algunas conversaciones en las que Braulio se refiere clara-

mente a acciones delictivas objeto de investigación y a cómo ha tratado de eludir su responsabilidad sin dar información sobre ellas ni decir nada al respecto. Pues bien, lo que resulta de ese cuadro de elementos es que Braulio tenía en su poder una pertenencia de José Daniel, obtenida en el asalto de que fue víctima; algo que, sin duda, le asocia a esa acción, con la que le ligan de manera precisa la existencia en su poder de calcetines y cinta idénticos a los usados en la misma.

Todo, cuando hay buenas razones para afirmar que el local luego asaltado le era conocido; y que por su modo de hablar en las conversaciones aludidas era asimismo clara su implicación en hechos delictivos por los que le pregunta el tal Macarra, que quiere "saber" (obviamente, a qué atenerse), mientras que su interlocutor, que "sabe", le tranquiliza: "no, yo no he dicho nada"; y también respecto a su hermano, que tampoco habría hablado. En definitiva, no cabe duda, la hipótesis acusatoria acogida por la sala es la que mejor explica, pues abarca todo ese conjunto de datos, que convergen de manera patente en Braulio. Y, de este modo, hay que afirmar que su conclusión tiene pleno fundamento probatorio y el motivo no puede estimarse.

SEXTO.- Con apoyo en el art. 849,1º Lecrim se ha aducido indebida aplicación del art. 138 Cpenal y no aplicación del art. 142 del mismo texto. El argumento es que no sería "corriente en la práctica" que el simple hecho de amordazar fuera a producir la muerte de la víctima de esa acción, de lo que trata de inferirse que la misma tendría que haber sido valorada como imprudente. Pero el planteamiento, en su deliberada abstracción, omite datos esenciales del contexto. Son los que se leen en el informe de los forenses relativos al cuadro de lesiones padecido por José Daniel, que, con toda evidencia, fue golpeado con singular dureza en la cabeza y en la cara, antes o después de haber sido amordazado, por cierto, muy fuertemente.

Y no sólo, porque los facultativos hallaron también datos de observación sugestivos del taponamiento de los orificios respiratorios mediante presión con las manos. Además de que los de la nariz aparecían parcialmente ocluidos por la acumulación de líquido, sin duda, debidos a los traumatismos. Por tanto, la idea, en principio aceptable, de que un amor-

dazamiento limpio, es decir, la sola clausura de la boca que impidiera hablar, dejando libres los orificios respiratorios, en términos de experiencia corriente, no tendría por que haber llevado a la muerte por asfixia, sólo podría contemplarse aquí a costa de una esencial alteración de los hechos (folio 11 de la sentencia) y de una intolerable desvirtuación del cuadro probatorio.

De este modo, y puesto que, en realidad, lo suscitado no es tanto una cuestión de subsunción, como otra, relativa a los presupuestos fácticos de aplicación del precepto del art. 138 Cpenal, visto que éstos son muy distintos que los que sugiere el recurrente, la objeción tiene que ser radicalmente desestimada. Porque la acción ejecutada, en su conjunto, gozó de una aptitud letal que no pudo pasar desapercibida a sus autores; que, así, se situaron conscientemente en el supuesto del artículo que acaba de citarse, muy correctamente aplicado, por tanto.

SÉPTIMO.- Por el cauce también del art. 852 Lecrim, se ha alegado vulneración del derecho a la presunción de inocencia, respecto del delito de robo con fuerza. Ello debido a que las pruebas de cargo serían nulas y, por tanto, no susceptibles de valoración, de un lado, por la postulada nulidad de los registros; y de otro porque el recurrente habría sido oído en declaración sin intérprete, a pesar de que, se dice, desconocería el castellano. El primer argumento, que parte de la nulidad de los registros, no puede ser tomado en consideración, vista la regularidad de los mismos.

Y tampoco el segundo, porque el recurrente fue oído con asistencia de intérprete.

OCTAVO.- Lo objetado en este caso, por el mismo cauce que en el anterior, ahora en relación con el robo violento a Crescencia, es que las pruebas provienen de registros nulos y que los indicios manejados por la sala son débiles y la prueba del ADN se practicó sin garantías. La nulidad de los registros ya ha sido reiteradamente descartada.

Y las demás objeciones carecen de fundamento, en vista del análisis del material probatorio de cargo contenido en el fundamento séptimo de la sentencia. En efecto, según la víctima, lo fue de la acción agresiva de dos jóvenes rumanos, de lo que pudo percatarse al oírles hablar. De ellos, uno respondía a las características físicas y complexión de Braulio; y vestía una camiseta del mismo tipo que la ocupada en el domicilio de éste último, junto con las sustraídas en el robo del establecimiento comercial del que habla el primer apartado de los hechos. También consta que en la misma diligencia aludida, se halló un llavero sustraído a Crescencia en el asalto de referencia; y que el móvil arrebatado a esta última

fue vendido a un tercero, en una operación en la que intervino Braulio, que dará como disculpa la adquisición del aparato por compra a un rumano (folio 847), argumento que la Audiencia desestima con buen criterio, a tenor del contexto de datos. En vista de estos elementos de juicio sólo cabe decir que la debilidad argumental no puede predicarse del discurso de la sala, sino, más bien, del que trata de dar sustento al motivo.

Pues lo cierto es que concurre una pluralidad de indicios, de los cuales, uno muy en particular, la tenencia del llavero, asocia de manera directa al recurrente con la acción criminal padecida por Crescencia, y los otros, que también le señalan con claridad bastante como autor, contribuyen a crear un cuadro indiciario de patente solidez, cuya valoración por la sala se ha atendido, además, con el exigible rigor al canon jurisprudencial antes citado. Por todo, el motivo tiene que rechazarse.

Noveno. Se reitera la objeción de los anteriores motivos, pero en este caso en relación con el delito de receptación. El argumento es que no existe prueba de cargo apta para atribuir al recurrente la autoría de un delito de receptación fundado en la existencia en su domicilio de los objetos que se relacionan en el apartado cuarto de los hechos. El examen de los hechos de la sentencia pone de relieve que, en efecto, tuvo lugar el hallazgo de los objetos de referencia y que los mismos habían sido sustraídos, según consta por la existencia de denuncias al respecto. De esto y del contenido de una conversación del recurrente con otro implicado, en la que le propone ponerse de acuerdo para decir que habían comprado a alguien esa mercancía, se llega a la hipótesis de la receptación.

Pero lo cierto es que los hechos son perfectamente compatibles con la implicación del propio acusado en las correspondientes sustracciones, algo también por completo coherente con el dato, que la sentencia les reprocha, de que no hubieran dado razón de la procedencia de esos bienes; lo que, en cualquier caso, no les convendría por razón de la ilicitud de la misma.

Así las cosas, lo cierto es que lo descrito en los hechos carece de aptitud para fundar la imputación de receptación con exclusión de la del robo o hurto, cuando se trata de un sujeto, como el recurrente, que podría decirse dedicado, al menos en esa época, a realizar actos contra el patrimonio, como medio de vida.

En consecuencia, no es descartable en absoluto que los objetos de que se trata hubieran sido directamente sustraídos por él mismo, probablemente, con la colaboración de otros sujetos, algo por lo que no podrían ser condenados a falta de acusación; pero que priva de plausibilidad al su-

puesto de la receptación, que no puede decirse acreditado con la necesaria certeza.

Por tanto, este motivo tiene que estimarse.

DÉCIMO.- Con apoyo en el art. 849,1º Lecrim, se ha objetado infracción de lo dispuesto en el art. 298,1 y 3 y 74 Cpenal. La estimación del motivo anterior deja a éste sin objeto.

DECIMOPRIMERO.- Con apoyo en el mismo art. 849,1º Lecrim se ha alegado infracción de los arts. 515 y 517 Cpenal, así como vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El argumento es que no concurren los presupuestos del delito de asociación ilícita. El examen de los hechos permite comprobar que en ellos se describen tres acciones contra el patrimonio en todas las que intervino el que recurre, que estuvo acompañado en dos de ellas por el también acusado Gustavo. Luego se habla de la tenencia de determinados bienes procedentes de otras sustracciones listas para ser enviados a Rumanía. De la mera presentación de estos elementos se infiere después en los fundamentos de derecho la existencia de una asociación ad hoc para la realización de esa clase de actos, pero sobre la que realmente nada consta en el relato a que acaba de aludirse.

Y lo cierto es que no basta con la mera intervención concurrente en algunas acciones criminales para que pueda hablarse de asociación de los implicados en ellas. Ésta demanda un plus, en concreto, la existencia de un mínimo organizativo, dotado de cierta estabilidad y permanencia, que tiene que concretarse en la correspondiente información de soporte; y que no puede ser sustituida por la mera yuxtaposición en la descripción de la sala de las acciones aisladamente presentadas; al fin sin otro sustento que la inconcreta afirmación policial de la existencia de un posible grupo de ciudadanos rumanos organizados. Por tanto, también en este punto debe darse la razón al recurrente.

Recurso de Gustavo.

Primero. Lo alegado es vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, al entender que la causa tendría que haber sido enjuiciada por el jurado, en razón de la concurrencia del delito de homicidio. Pero el argumento, como bien razona el Fiscal, no se sostiene, porque de los hechos resulta la simultaneidad de la acción constitutiva de ese delito con otras acciones criminales, que lo fueron de robos, que no serían de la competencia del tribunal popular; cuando, además, se da la circunstancia de que, precisamente, la realización de los delitos contra el patrimonio fue el objetivo realmente perseguido, también en el supuesto del que fue víctima José Daniel, con

lo que la aplicación de la regla 3 in fine del acuerdo de pleno de esta sala, de 20 de enero de 2010, justifica y hace plenamente correcto el modo de proceder de la Audiencia. Y el motivo no puede acogerse.

Segundo. Lo alegado, al amparo del art. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ es vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, por la ruptura, se dice, de la cadena de custodia en la conservación del calcetín usado para amordazar a José Daniel. Pero el motivo no se sostiene.

En efecto, la determinación analítica del ADN acredita que en esa prenda se halló material biológico procedente de la víctima. Existe acreditación fotográfica de la localización del calcetín junto al cadáver; y concreta referencia a él también en el acta del levantamiento ordenado por el instructor. Y, en fin, el agente núm.024 declaró en el juicio que fue quien lo recogió, según el protocolo, para remitirlo con otras piezas al laboratorio, al que es claro que llegó, y por lo dicho en primer término, precisamente el de que se habla y no otro.

Tercero. Con apoyo en el art. 852 Lecrim se ha alegado vulneración del art. 18,1 en relación con el art. 17,3 CE que proclaman la inviolabilidad de la intimidad personal, con vulneración también de lo dispuesto en el art. 24 CE. El argumento es que la obtención de las muestras de ADN tendría que ser declarada nula, pues fue llevada a cabo directamente y de manera autónoma por la policía durante la detención del que ahora recurre, que no consta hubiera estado en ese momento asistido de intérprete ni de letrado.

Lo primero es decir que no le falta razón al recurrente en su denuncia de la irregularidad de la actuación, ya que hay buenas razones de legalidad procesal para exigir que intervenciones de esa clase se lleven a cabo en el ámbito estrictamente judicial, máxime cuando no concurren razones de urgencia. Pues, tal es en efecto, lo que resulta a contrario sensu de los arts. 363 y 778,3 Lecrim y del acuerdo de pleno de esta sala de 31 de enero de 2010, ya que en los primeros se requiere autorización judicial para la obtención del material biológico y en el tercero se faculta a la policía para la recogida por propia autoridad de las muestras biológicas abandonadas.

Por tanto, en el supuesto contemplado, lo más legal sería haber acudido al juez. Ahora bien, dicho esto, también hay que decir que el recurrente manifestó a la policía (folio 1073) tener algún conocimiento del castellano, y que la naturaleza de la diligencia de obtención de saliva mediante un frotis era tan explícita en cuanto a la finalidad perseguida, que no debió presentar para él dificultad

alguna de comprensión. Por otra parte, se trata de una actuación mínimamente o nada invasiva, que reclama del afectado una colaboración bastante menos intensa, incluso, que la requerida por la prueba de alcoholemia, cuyos efectos prácticos en el proceso, en casos como el de que se trata, no tendrían que ser de menor entidad desde el punto de vista de la eventual eficacia inculpativa de los datos así obtenidos. Que es lo que explica que el legislador en el caso de esta última, legalmente abordado de manera más sistemática, no haya estimado necesaria para su práctica la ponderación judicial.

Pues bien, así las cosas, si es cierto que no puede dejar de ponerse de manifiesto la irregularidad innecesariamente producida, también lo es que lo que consta documentado ilustra de manera suficiente acerca de una actitud conscientemente colaboradora del afectado. Y, en fin, aunque, tiene razón el Fiscal, la existencia de un auto del juzgado ordenando la toma de muestras de Gustavo para la determinación de su ADN, dictado cuatro días más tarde, no podría retroactuar transformando a posteriori el proceder policial en judicial, también lo es que, por lo razonado, sirvió para dotar de cobertura judicial a la realización del análisis, y, en fin, el coeficiente de irregularidad constatable no puede tener el alcance que pretende el recurrente, a tenor del grado de afectación de los derechos fundamentales en juego. Es por lo que el motivo no debe acogerse.

Cuarto. El reproche es ahora de error en la apreciación de la prueba, porque el calcetín, se dice, fue hallado en el suelo y no en la boca del fallecido. Pero se trata de una cuestión ya resuelta al tratar de la misma objeción por parte del anterior recurrente, y lo cierto es que no existe duda de que hay un momento en el que el calcetín estuvo en el suelo, pero sólo después de que hubiera sido, en efecto, utilizado para amordazar a José Daniel, como lo acreditan los restos biológicos hallados en él. Así, hay que estar a lo resuelto. Quinto. Lo objetado es infracción de ley (art. 849,1º Lecrim), en concreto, del art. 138 y no aplicación del art. 142. Se trata asimismo de una cuestión ya resuelta en el examen del anterior recurso.

Sexto. Por el cauce del art. 852 se ha aducido vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El argumento es que la sala funda la condena por robo con violencia y por delito de homicidio en cuatro indicios, de los cuales, entiende el recurrente, uno debería quedar fuera del cuadro probatorio mientras los otros carecerían de entidad convictiva; y uno de ellos (la tenencia del teléfono del fallecido), a lo sumo, podría llevar a la condena por receptación. La prueba fundada en el examen biológico de los restos del calcetín, se dice, carecería de validez por la ruptura de la

cadena de custodia y porque el ADN del recurrente se habría obtenido de manera que impide su valoración. Pero ya se ha visto que estas afirmaciones carecen de fundamento, y que la prueba correspondiente goza de validez.

Así las cosas, y puesto que el aserto central del motivo, es decir, la supuesta ausencia de prueba de cargo eficaz pasaría por prescindir de lo aportado por la prueba biológica, el mantenimiento de los resultados de ésta dentro de la información valorable lleva necesariamente a la desestimación del motivo.

Séptimo. Lo denunciado es infracción de ley (art. 849,1º Lecrim) por indebida aplicación del art. 298,1 y 3 Cpenal. Pues bien, el contenido de este motivo es equivalente al del noveno del anterior recurrente, y debe estarse a lo ya resuelto al respecto.

Octavo. Con apoyo también en el art. 849,1º Lecrim, se ha alegado infracción de los arts. 515 y 517 Cpenal. Este motivo reproduce el contenido del decimoprimer del anterior recurrente y, por eso, hay que estar también a lo decidido en relación con el mismo.

Recurso de Prudencio

Primero. Lo objetado es quebrantamiento de forma, por falta de motivación de lo decidido sobre el registro del domicilio del recurrente, llevado a cabo el 23 de octubre de 2006. El motivo coincide exactamente con el primero del primer recurrente, y debe ser igualmente desestimado.

Segundo. Con apoyo en el art. 849,1º y 2º Lecrim, el reproche es de ilegalidad de los registros de los días 19 y 23 de octubre de 2006, por infracción del art. 520 y otros de la Ley de E. Criminal que disciplinan la práctica de las diligencias de esa clase, con quebrantamiento también, se dice, de lo dispuesto en el art. 18,3 CE y los efectos del art. 11,1 LOPJ. Sobre el registro del 19 de octubre, se objeta que fue autorizado por el juez en el domicilio de Severiano, Juan Ignacio y Bernardino, que según la policía era un nombre utilizado por Braulio, cuando lo cierto es que ninguna de estas personas estuvo presente al realizarse la diligencia, y, no obstante, la policía no solicitó permiso de quienes en ese momento se hallaban allí, Ezequías y Prudencio y julio, y luego Ruperto.

Se pone de relieve que la policía no fue acompañada de ningún intérprete de rumano y que el recurrente tenía dificultades para entender el castellano. Y también que, por lo que consta en las diligencias, a los detenidos -que lo fueron siendo a medida que la policía consideraba era procedente por los objetos que se fueron hallando- no se les habrían leído sus derechos. Así, el consentimiento prestado carecería de efectos,

pues lo habría sido por quien no fue informado de que podría negarse a la realización del registro.

Sobre el registro del día 23 de octubre, se insiste en que se llevó a cabo sin la presencia de Prudencio y de Braulio, que estaban privados de libertad, el primero en Burgos. Pero acerca de la legitimidad del mismo ya se ha discutido en el examen del primero de los recursos y basta con estar a lo resuelto. En el caso del segundo, conviene partir de un dato ciertamente significativo, y es que su finalidad era recoger objetos ya examinados en la primera ocasión, pero que podrían tener nueva relevancia a la luz de las investigaciones llevadas a cabo mientras tanto.

Y lo cierto es que como explica la sentencia y declaró Andrés en el juicio él mismo autorizó la práctica de la diligencia, que también contó con la autorización de julio, que llegó enseguida a la casa. Éste, además, aporta una circunstancia también de consideración: lo obtenido por la policía en esta intervención fue lo mismo ya registrado con anterioridad, que había quedado en total desorden tras de la actuación del día 19 y que, por eso, fue recogido por el segundo citado. Así las cosas, aunque, no hay duda, lo más correcto es que la policía hubiera acudido al juzgado en busca de un mandamiento judicial; también es cierto que contó con el consentimiento de dos moradores del grupo, ya se ha dicho, notablemente impreciso de los que podrían tener alguna relación con la vivienda. Un consentimiento prestado a sabiendas de lo que aceptaban y que esta vez debió ser prestado sin mayor problema, pues la diligencia iba a versar, precisamente, sobre lo que ya había sido examinado con anterioridad por la misma policía.

En cuanto a la ausencia de Prudencio, ocurre que en el primer registro estuvo presente como morador, y fue detenido, precisamente a raíz de ese acto; sin que a partir de ese momento, después de allanada, volviera a hacer uso de la casa, estando ya detenido cuando se produjo la segunda entrada. En definitiva, y por todo, el motivo no puede estimarse.

Tercero. La objeción es de infracción de ley, por la indebida condena, se dice, del que recurre como integrante de una asociación ilícita. Pero esta misma cuestión ya ha sido suscitada y resuelta, por lo que debe estarse a lo decidido, que lleva a la estimación del motivo.

Cuarto. El reproche es asimismo de infracción de ley, en este caso del art. 298 Cpenal, que se considera indebidamente aplicado. El motivo trata de rebajar la significación del papel de Prudencio en la operación de dar salida hacia Rumanía a los objetos sustraídos que se encontraban en la vivienda; operación que aparece suficientemente descrita en los hechos probados, que dan cuenta de la

existencia en aquélla de cajas y maletas preparadas por el que ahora recurre para el envío. Se ha excluido la implicación de los otros dos recurrentes en el delito de receptación porque, aunque en el caso de esos bienes no aparezcan como acusados, lo cierto es que por su relación con los otros hechos de esta causa, no puede excluirse que los objetos de referencia fueran el producto de acciones directas contra el patrimonio que ellos mismos hubieran realizado.

Otra cosa sucede en el caso de Prudencio, que, a tenor de los hechos, sin haber participado en los actos aquí perseguidos ni en los otros de los que pudieran proceder los bienes de que se trata, sin embargo, con conciencia de la ilicitud de su origen (pues no podía desconocer que no respondían en absoluto a alguna -inexistente- lícita dedicación lucrativa de su hermano y los demás individuos que giraban en torno a la vivienda) se ocupaba de sacarlos del país, con el claro objeto de posibilitar su puesta en el mercado en Rumanía, obteniendo de este modo un lucro.

La Audiencia ha razonado con suficiente pormenor y referencias jurisprudenciales sobre los elementos constitutivos del delito de receptación y ha tomado en consideración de manera expresa los datos probatorios relativos a la actividad de Prudencio que se reflejan en los hechos probados. Y ambos órdenes de consideraciones llevan necesariamente a la conclusión de que la actividad allí descrita, que con razón se le atribuye es, precisamente, la tipificada en el precepto que, por tanto, no puede considerarse infringido. Y el motivo tiene que desestimarse.

FALLO

Estimamos parcialmente los recursos de casación por infracción de ley interpuestos por las representaciones procesales de Braulio, Gustavo y de Prudencio contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 9 de marzo de 2009 seguida por delitos de homicidio, robo, lesiones, asociación ilícita y receptación, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esta resolución. Declaramos de oficio las costas causadas en este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Juan Saavedra Ruiz.- Luciano Varela Castro.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diez.

En la causa número 106/2007, dimanante de la del Juzgado de ins-

trucción número 2 de Burgos, seguida por delitos de homicidio, lesiones, robo contra Gustavo con NIE número núm.025, nacido el 28 de agosto de 1975, hijo de Nicolai y de Petria, natural de Babadag (Rumanía) y vecino de Alcorcón (Madrid), en prisión provisional desde el pasado 17 de noviembre de 2006, contra los recurrentes Braulio con número de pasaporte núm.026, nacido el 31 de agosto de 1982, hijo de Nihai y de Braun, natural de Mahai Bravu (Rumanía) y vecino de Burgos, en prisión provisional por esta causa y Prudencio con pasaporte rumano núm.027, nacido el 11 de octubre de 1975, hijo de Nicolai y de Basflica, natural de Babadag (Rumanía) y vecino de Burgos, en prisión libertad provisional por esta causa, la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, dictó sentencia en fecha 9 de marzo de 2009 que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hechos de la sentencia de instancia y los hechos probados, a excepción de los dos primeros párrafos del apartado sexto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, no puede afirmarse que los recurrentes formasen una asociación ilícita, por lo que los tres deben ser absueltos de este delito. Y Braulio y Gustavo, asimismo por lo allí expuesto, tampoco son autores del delito de receptación, del que han de ser absueltos.

FALLO

Se absuelve a Prudencio, a Braulio, y a Gustavo de los delitos de asociación ilícita y se declaran de oficio las costas correspondientes. Se absuelve a Braulio y a Gustavo del delito de receptación por el que habrían sido condenados en la instancia y se declaran de oficio las costas correspondientes. Se mantiene en lo demás el fallo de la sentencia de instancia en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Juan Saavedra Ruiz.- Luciano Varela Castro.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

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



2010/201296

TC Sala 2ª, Sentencia 4 octubre 2010. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez

Ponderación del derecho a la libertad de expresión y al honor

El TC concede el amparo solicitado a los recurrentes, entendiendo que el cruce de opiniones en una cadena radiofónica entre profesionales del medio, en el marco de una disputa por la audiencia entre emisoras, no fue ponderado debidamente en las sentencias recurridas, que se centraron en el sentido peyorativo de las palabras. Afirma que los sujetos activo y pasivo de la opinión eran profesionales del periodismo, y se produjo en un contexto de libre competencia entre los medios de comunicación. Entiende así vulnerados los derechos de la demandante a comunicar libremente información veraz y a la libertad de expresión frente al derecho al honor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la resolución del presente recurso de amparo hemos de determinar si las decisiones judiciales impugnadas (la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2004 que desestimó el recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2000, que a su vez había desestimado el recurso de apelación planteado frente a la Sentencia del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de los de Madrid de fecha 22 de abril de 1996), en la medida en que condenaron a D. Carlos y a la "Cadena Ser" por intromisión ilegítima en el honor de D. Antonio H.P., han vulnerado los derechos a la libertad de expresión e información (art. 20.1 a) y d) CE). Durante la tramitación del presente recurso se produjo el fallecimiento de D. Carlos, y sus herederos, aunque fueron emplazados, no se personaron en el procedimiento, por lo que la "Cadena Ser" ha quedado como única parte recurrente.

SEGUNDO.- Según se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, el problema se centra en las palabras que D. Carlos difundió dentro del programa "Hora 25" de la "Cadena Ser" el 14 de junio de 1995: "Ha habido un lumbreras de radio, de esos que en los Estados Unidos seguramente lideraría una secta, que ha dicho que el asunto del espionaje del CESID es más grave que el intento de golpe de Estado del 23 de febrero. Ese lumbreras se llama Antonio H. Creo que ese señor que dice que lo de las escuchas es más grave que lo de Tejero desde luego sabe de lo que está hablando. Su padre era el

responsable de la Agencia Europa Press que difundió íntegro "El Manifiesto de los cien" apoyando aquel golpe y mantuvo conversaciones con uno de los responsables de la trama civil. ¿Se acuerdan ustedes de aquel ciudadano voluminoso, Sr. G.? Aparece en el sumario por aquella intona golpista, así que tal vez esté intentando exorcizar ese pasado de su apellido y restar gravedad a aquellos hechos.

D. Antonio H., yo no sé con quién habla usted para conspirar." Como consecuencia de dichas palabras D. Carlos y la "Cadena Ser" fueron condenados en primera instancia, en apelación y en casación por haber lesionado el honor de D. Antonio H.P., padre del periodista de la "Cadena Cope" D. Antonio H.L. Dicha condena ha vulnerado, a juicio de la parte recurrente, su derecho a la libertad de expresión y de información, reconocidos en el art. 20 CE. Esta opinión es compartida por el Ministerio Fiscal, que al formular las correspondientes alegaciones ha solicitado la estimación de la demanda de amparo. Por su parte los causahabientes de D. Antonio H.P. comparecidos en este procedimiento constitucional, que denunciaron la lesión del honor de su causante y que obtuvieron pronunciamientos judiciales favorables a su pretensión, han defendido el acierto de las resoluciones judiciales impugnadas, argumentando que, efectivamente, las palabras de D. Carlos lesionaron el honor de D. Antonio H.P.

TERCERO.- Nos encontramos, por tanto, ante un conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información y el derecho fundamental al honor.

Como punto de partida debe señalarse que hemos recordado, entre otras en la STC 139/2007, de 4 de junio, FJ 5, que la función de este Tribunal en los casos de colisión de derechos fundamentales sustantivos no se limita a examinar la suficiente motivación de las resoluciones judiciales frente a los que se demanda su amparo desde el prisma del art. 24 CE.

En el ejercicio de su competencia como garante máximo de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional, en supuestos como el presente, debe resolver el eventual conflicto entre el derecho a comunicar información veraz o el de expresarse libremente y el derecho al honor, determinando si, efectivamente, se han vulnerado aquellos derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones que hayan pronunciado.

CUARTO.- Con esta perspectiva, el primer problema ante el que hemos de pronunciarnos es el de analizar si estamos en el ámbito del derecho a la libertad de expresión o en el del derecho a la libertad de información, ya que los parámetros que han de presidir nuestro análisis serán diferentes según nos hallemos ante uno u otro derecho.

A este respecto hemos afirmado desde la STC 104/1986, de 17 de julio, hasta la reciente STC 29/2009, de 26 de enero, la necesidad de distinguir conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones, incluyendo las apreciaciones y los juicios de valor, y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables.

Hemos considerado que esta distinción tiene importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades: mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que en el texto del art. 20.1 d) CE ha añadido al término "información" el adjetivo "veraz".

Ahora bien, asimismo hemos reconocido que, en la casuística que propone la realidad del ejercicio práctico de estas libertades, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la sim-

ple narración de unos hechos; como dijimos en la STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, “la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de opinión” (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5”).

Sin perjuicio de reconocer la dificultad evidente de la operación de separar la información de la mera opinión en la intervención de D. Carlos en su programa, dentro de dicha intervención se pueden llegar a diferenciar, a efectos del presente proceso (además de una introducción, en la que el locutor se refiere a D. Antonio H.L.), dos partes.

En una primera se relatan hechos en relación con D. Antonio H.P., padre de D. Antonio H.L., aportándose determinada información, mientras que en otra segunda, final del discurso, que en realidad ha sido el objeto principal de la discusión procesal, se expresan opiniones que pudieran afectar al honor de D. Antonio H.P.

Centrado así el problema debemos analizar si la primera parte del relato estuvo amparada por el derecho a la libertad de información y la segunda por el derecho a la libertad de expresión.

QUINTO.- Respecto a la libertad de información hemos recordado (por todas, STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4) que “forma parte ya del acervo doctrinal de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (por todas, STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ2).

Han de concurrir, pues, en principio los dos mencionados requisitos: que se trate de difundir información sobre hechos noticiosos o noticiables por su interés público y que la información sobre estos hechos sea veraz”. Y “con relación al requisito de la veracidad de la información este Tribunal ha señalado que la libertad reconocida en el art. 20.1 d) CE no se erige únicamente en derecho propio de su titular, sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia”. Es esta garantía la que justifica la exigencia constitucional de la veracidad en el legítimo ejercicio de la libertad de información atendiendo al recíproco derecho de los ciudadanos de recibir aquélla, rechazando como tal derecho constitucional la trasmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas (STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 2).

Hemos también insistido reiteradamente en que el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que, cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz”, no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que los que transmite como “hechos” hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos.

De este modo el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y haya efectuado la referida indagación con la diligencia exigible a un profesional de la información (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

Por lo que hace a la relevancia hemos afirmado (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4) que “la Constitución sólo protege la transmisión de hechos “noticiables”, en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático”.

Y hemos precisado que la protección constitucional de los derechos de que se trata “alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción” (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4).

SEXTO.- Aplicando la citada doctrina al caso que nos ocupa ha de concluirse que del relato antes señalado se deduce que la primera parte pone de relieve una serie de datos sobre la trayectoria profesional de D. Antonio H.P.: que fue director de la Agencia Europa Press en la fecha del golpe de Estado del 23-F; que durante ese tiempo se difundió por la citada Agencia el llamado “manifiesto de los cien”; y que D. Antonio H.P. entrevistó a un personaje que aparecía en el sumario abierto como consecuencia de la trama civil del citado golpe de Estado.

El relato de estos hechos, desde el punto de vista constitucional, supera el canon de veracidad tal y como lo hemos definido antes, ya que se refiere a datos que no fueron discutidos por las partes en los procesos de

los que trae causa el presente recurso de amparo. Los herederos de D. Antonio H.P. han centrado sus quejas en que se pretendía atribuir a D. Antonio H.P. una cierta connivencia con el Golpe de Estado a través de un relato de su trayectoria profesional, sin que discutieran la veracidad de los propios datos señalados.

Una vez constatado que los hechos sobre la carrera periodística de D. Antonio H.P. no han sido cuestionados, corresponde realizar la ponderación sobre el interés público de la noticia en el contexto en el cual se produjo su emisión, dentro de una polémica entre dos importantes medios de comunicación radiofónicos. Debe recordarse que, como se pone de manifiesto en los antecedentes, D. Carlos, periodista de la “Cadena Ser”, en su discurso trataba de contestar unas determinadas opiniones de D. Antonio H.L., periodista de la “Cadena Cope”, sobre el golpe de Estado del 23-F, así que se trataba de un “diálogo” (conflictivo) entre locutores de radio acerca de la gravedad del citado golpe de Estado, por lo que la alusión al pasado profesional del padre de D. Antonio H.L. en relación con la actividad periodística sobre el golpe de Estado no puede calificarse de absolutamente ajena al “debate” que mantenían ambos profesionales en el análisis de un hecho sin duda relevante para la opinión pública, como fue el intento de golpe de Estado.

Se trataba, en definitiva, de una réplica efectuada por D. Carlos a las manifestaciones vertidas en su programa radiofónico por D. Antonio H.L., quien fue el que inició el polémico debate al comparar la gravedad de asunto del espionaje del CESID con el golpe de Estado del 23-F.

Por tanto debe concluirse que la información emitida, a la luz de lo expuesto, está amparada en el ámbito de la libertad de información reconocida en el art. 20.1.d) CE, ya que su contenido reúne los dos requisitos analizados en el presente fundamento, tanto la veracidad como el interés público de la noticia.

SÉPTIMO.- La segunda parte del relato, que, como antes hemos señalado, ha sido el eje fundamental de la queja inicialmente planteada por los herederos de D. Antonio H.P., y que ha sido reconocida por los órganos judiciales como lesiva del honor de su causante, se refiere a la siguiente frase pronunciada por D. Carlos: “así que tal vez esté intentando exorcizar ese pasado de su apellido y restar gravedad a aquellos hechos”. No estamos ante información alguna, sino que esta parte final de las palabras emitidas en su programa por D. Carlos expresan una opinión personal sobre D. Antonio H.P. Aunque podría entenderse que las palabras aluden solamente a D. Antonio H.L., el honor supuestamente lesionado por las mismas ha sido el de su padre, D. Antonio H.P., y así fue denunciado

por sus herederos y considerado por los órganos judiciales.

Alega la parte recurrente en el presente recurso de amparo que, al haber sido condenada por los órganos judiciales en consideración a dichas palabras, se ha lesionado su derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE). Este Tribunal ha sistematizado recientemente su doctrina sobre la libertad de expresión en la STC 7/2009, de 15 de enero, FJ 4, en la cual, a propósito de un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, hemos afirmado que la colisión entre estos derechos debe resolverse a través de una adecuada ponderación, teniendo en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones.

Se recuerda en esta Sentencia que la libertad de expresión es uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional, colocada en una posición preferente, objeto de especial protección y necesitada de un amplio espacio exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor.

También hemos dicho en la citada STC 7/2009, de 15 de enero, FJ 4, que “el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”.

Además de la valoración objetiva de las palabras pronunciadas, recordamos en la STC 160/2003, de 15 de septiembre, que en la ponderación del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor deben tenerse en cuenta las circunstancias, el contexto, la relevancia pública del asunto y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión.

OCTAVO.- Para que la libertad de expresión ampare la opinión emitida por D. Carlos, ésta ha de adecuarse a los parámetros contemplados en la doctrina reseñada.

Como ya hemos apuntado, D. Carlos emitió su opinión sobre D. Antonio H.P. y su hijo D. Antonio H.L. en el programa de la “Cadena Ser” “Hora 25”, del que era director. Su intervención intentaba replicar a unas previas declaraciones de D. Antonio H.L. realizadas en un programa radiofónico de la “Cadena Cope”, en el curso del cual comparó el golpe de Estado del 23-F con el caso de las escuchas del CESID, que, a su juicio, era un acontecimiento más grave

que el citado intento de golpe de Estado. Como ha manifestado el Ministerio Público en sus alegaciones, la opinión emitida debe encuadrarse, por tanto, dentro del vivo debate entre periodistas en el marco de una discusión de alcance político, relativo a los denominados "papeles del CESID", y en el que este asunto se comparó con los sucesos del golpe de Estado del 23-F.

En este contexto de libre competencia de los citados medios de comunicación, D. Carlos contestó a unas previas declaraciones de D. Antonio H.L., lo que pone de manifiesto que, en principio, el contexto y las circunstancias son las naturales para el intercambio de opiniones, ya que el cruce de expresiones vertidas por ambos profesionales del periodismo se llevó a cabo en el marco de la disputa por la audiencia entre emisoras radiofónicas, utilizando cada uno su programa de radio para expresar las opiniones ahora analizadas, aspecto que no fue ponderado adecuadamente en las Sentencias recurridas, que se centraron, únicamente, en el sentido peyorativo de las afirmaciones vertidas.

La opinión emitida tiene relevancia pública, de acuerdo con los criterios establecidos en la STC 134/1999, FJ 8, donde afirmamos que una información posee relevancia pública cuando sirve al interés general en la información y lo hace por referirse a un asunto público; es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos.

La aplicación de esta doctrina conlleva a apreciar la relevancia pública de la opinión discutida, que se contextualizaba dentro de una controversia radiofónica, con evidentes conexiones políticas de fondo, en relación con hechos históricos polémicos, lo que evidencia el interés público del tema. Además no debe olvidarse que D. Antonio H.P. era un personaje público, siendo doctrina de este Tribunal que los denominados "personajes públicos" deben soportar, en su condición de tales, el que sus palabras y hechos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública (STC 192/1999, FJ 7).

Según advierte el Fiscal en sus alegaciones, las palabras utilizadas, aunque pudieran ser calificadas de inconvenientes o desafortunadas, no pueden ser tachadas de "formalmente vejatorias o humillantes" a la vista del fragor del debate y del contexto antes señalado. Como dijimos en la STC 232/2002, FJ 4, si bien el derecho a expresar libremente opiniones no otorga un derecho al insulto, "la Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, aun cuando, desde luego, de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las

concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate".

En el caso ahora sometido a nuestro enjuiciamiento resulta evidente que, con la expresión analizada, al hilo de la información transmitida se pretendía dejar entrever una presunta cercanía ideológica de D. Antonio H.P. con los participantes en el golpe de Estado, pero ello no puede considerarse que exceda de los límites constitucionales tolerables en un debate público de las características del planteado, dadas las circunstancias de la emisión y los demás factores anteriormente analizados.

En definitiva, las palabras emitidas por D. Carlos sobre D. Antonio H.P. no pueden calificarse de "indudablemente injuriosas", ya que no pueden considerarse como objetivamente lesivas de su honor a luz de la doctrina sentada por este Tribunal, más aun cuando las expresiones fueron vertidas por un profesional del periodismo dentro de un programa radiofónico y estaban encaminadas a contestar unas previas declaraciones en las que D. Antonio H.L., también profesional de los medios de comunicación, había comparado, por su gravedad, el asunto del espionaje del CESID con el golpe de Estado del 23-F.

Por tanto, de acuerdo con lo mantenido por el Ministerio Fiscal, las resoluciones judiciales impugnadas no han realizado, desde el punto de vista constitucional, una correcta ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor, lo que determina que la demanda de amparo haya de ser estimada, ya que, sin perjuicio de que la opinión emitida sea más o menos afortunada o criticable, debe considerarse amparada por el derecho a la libertad de expresión, resultando además especialmente relevante en el caso, como antes hemos señalado, el dato de que los sujetos activo y pasivo de la opinión eran profesionales del periodismo, ámbito en el cual este derecho debe tener una peculiar protección, como ya afirmamos en la STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, al señalar que la defensa constitucional de los derechos de que se trata "alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción".

NOVENO.- En definitiva, las palabras emitidas por D. Carlos en su programa de la "Cadena Ser" estuvieron amparadas por los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información, sin que, conforme a la ponderación realizada en los anteriores fundamentos, se pueda apreciar que lesionaran el derecho fundamental al honor de D. Antonio H.P.

FALLO

Otorgar el amparo solicitado por la "Cadena Ser" y, en consecuencia,

PRIMERO.- Declarar que han sido vulnerados los derechos fundamentales de la demandante a comunicar libremente información veraz y a la libertad de expresión (art. 20.1 a) y d) CE).

SEGUNDO.- Restablecerla en la integridad de sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de los de Madrid

de fecha 22 de abril de 1996, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2000 y de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2004.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a cuatro de octubre de dos mil diez. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera, D. Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2010/152955

TS Sala 1ª, Sentencia 23 junio 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Absolución de entidad de contratas y servicios

Responsabilidad de constructora y aseguradora por fallecimiento de trabajador

El TS estima el recurso de casación de la entidad contratista revocando la sentencia de apelación que había condenado a todas las empresas intervinientes en la misma y a sus aseguradoras, excepto a la promotora y gestora de la obra, a responder solidariamente por el fallecimiento del trabajador ocasionado por no respetar las medidas de seguridad necesarias y, en su lugar, el TS absuelve a la entidad de servicios y contratas recurrente que había facilitado la contratación del trabajador por parte de la empresa subcontratista y constructora, condenando únicamente a ésta última y a su aseguradora, al considerar la Sala que no consta que la entidad contratista-recurrente se hubiera reservado la vigilancia o dirección de las obras ni la vigilancia de la empresa que contrataba al trabajador fallecido. Por otra parte, el TS estima parcialmente el recurso de casación de una de las aseguradoras condenadas, únicamente en el sentido de estimar que se deben diferenciar dos tramos en el devengo de los intereses moratorios, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala. Finalmente, se rechazan los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal interpuestos por los demás codemandados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Samuel, al amparo de lo prevenido en los artículos 1902, 1903 y 1101 del Código Civil, formuló demanda frente a diversas entidades mercantiles y sus respectivas aseguradoras, en reclamación de cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios sufridos en accidente de trabajo acontecido el día 29 de mayo de 1997 cuando desempeñaba sus labores sin ningún tipo de medidas de seguridad en el sector de la construcción.

La Sentencia de Instancia desestimó la demanda. Tras valorar toda la prueba practicada en las actuaciones, considera que no puede afirmarse la existencia de una relación de causa-

lidad entre el daño sufrido por el actor y la actuación de las demandadas pues aun cuando los cinturones de los que disponía en la obra pudieran no ser los reglamentarios, fue el propio actor el que decidió no ponerlos en un momento en el que él había quedado como encargado de la obra.

Recurrida en apelación, la Sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia revocó la del Juzgado en el sentido de estimar parcialmente la demanda y condenar solidariamente a Pocoví & Monzo S.L., Secopsa, Constructora OCOP S.A. Zurich y Centro Asegurador a indemnizar al actor con la cantidad de 872.326,04 euros con el límite y franquicia de las aseguradoras más el interés legal

del 20% en el caso de estas últimas desde la fecha del accidente, absolviendo a DIRECCION000, CB, a Valencia Capital S.L, a D. Alexander y a Catalana Occidente y Asemas, sin expresa condena en costas.

La Audiencia entiende que no ha quedado acreditado que el actor se encontrara trabajando en un andamio, ni que se le hubiera facilitado el cinturón de seguridad adecuado, considerando además que la colocación del andamio era inadecuada lo que obligó al trabajador a adoptar una técnica de trabajo incorrecta, señalando que aun pese al cinturón, el trabajador habría sufrido igualmente lesiones graves.

Partiendo de que el actor ha acreditado la existencia del daño, señala que las demandadas venían obligadas a demostrar que emplearon la diligencia debida para evitar los hechos, señalando que al haber existido diversas subcontratas, y en virtud del art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, todas las mercantiles venían obligadas a coordinar la aplicación de la normativa de seguridad, sin que en el procedimiento acreditaran su diligencia a tales efectos; en este sentido, la Audiencia exonera de responsabilidad únicamente a la Comunidad de Propietarios y a la mercantil Valencia Capital por cuanto, como promotora y gestora de la obra, respectivamente, no tuvieron participación en los hechos ni participan tampoco de actividad lucrativa alguna en la medida en que se constituyeron para vender sus propias viviendas y de ahí que encargaran los trabajos a una constructora, sin que se les pueda aplicar tampoco la "culpa in eligendo" puesto que ni siquiera tuvieron intervención de la elección de los subcontratados. Igualmente exonera de responsabilidad al Arquitecto Superior en la medida en que no existe normativa alguna que obligue al mismo a comprobar la adopción por el contratista de las medidas de seguridad.

En relación con las aseguradoras, considera que el siniestro tenía cobertura, aunque serían aplicables las franquicias estipuladas. Finalmente por lo que se refiere a los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, entiende que deben devengarse desde el momento del siniestro pues las aseguradoras deben ser diligentes en la determinación pericial de la cuantía del daño.

La sentencia es recurrida por varias de las partes demandadas.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DEL CENTRO ASEGURADOR, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

SEGUNDO.- El escrito de interposición de Centro Asegurador, CIA de Seguros y Reaseguros, en lo referente a este recurso, se articula en un único motivo en el que la parte recu-

rrente alega la infracción de las normas referidas a la carga de la prueba y la valoración probatoria, entendiéndose que una adecuada valoración debe conducir a la exoneración de responsabilidad. Ahora bien, sorprendentemente en ninguno de sus apartados indica la concreta infracción procesal en que ha incurrido la Audiencia en su sentencia, puesto que ninguna norma menciona, centrando toda la impugnación en la valoración de la prueba realizada por el Juzgado, para contrarrestar la realizada por la Audiencia, en un intento de dejar esta valoración sin contenido, lo que es improcedente puesto que lo contrario supondría que la Sala, para atender a lo planteado, debería proceder a la total revisión de la prueba efectuada, lo que es impropio de la naturaleza del recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que este se convirtiera en una tercera instancia (STS 29 de septiembre 2009).

Esta Sala tiene reiterado que la valoración de la prueba solo puede tener acceso al recurso extraordinario mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración, en cuanto, según la doctrina constitucional, dicha existencia comporta infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006; 17 de julio de 2007), bien la infracción de norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS 16 de marzo de 2001; 21 de abril y 9 de mayo de 2005), y en tal caso habrá de plantearse a través del artículo 469.1.4º LEC, como vulneración del artículo 24.1, por incurrirse en error manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad (SSTS 18 de junio 2006; 30 de junio, 8 de julio y 17 de diciembre de 2009).

En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia (SSTS 27 de mayo y 24 de septiembre de 2007; 29 de enero 2010), y esta valoración exige que se haga de una forma ponderada, racional y lógica, como se ha hecho en este caso de las pruebas practicadas en el acto de la vista y de las aportadas a los autos como documental, incluyendo las diligencias de la Policía Local y el acta de la inspección de trabajo, además de la declaración de D. Lucas, Arquitecto Técnico especialista adscrito permanentemente a la Inspección de Trabajo, y del testigo D. Victoriano, y lo que realmente propone el motivo es una nueva valoración para sustituir el criterio de la Audiencia, por el propio e interesado de quien recurre, lo que no es posible.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE SERVICIOS Y CONTRATAS PRIETO S.A.

TERCERO.- Se articula en torno a tres motivos. El motivo primero se argumenta a través de diversos apartados, referidos a la infracción del

art. 120.3 de la Constitución Española, 248 LOPJ y 218.2 LEC al considerar que la Sentencia no está motivada en la medida en que prescinde de los hechos declarados probados y, concretamente, de la actuación de la víctima, lo que determina igualmente la infracción de los arts. 218.1 y 3 y 465.5 LEC.

Se desestima por razones obvias.

Debe quedar claro que la sentencia que se recurre en casación no es la del Juzgado, sino la dictada por la Audiencia Provincial en virtud del recurso de apelación, y esta sentencia, "después de revisar las pruebas practicadas", discrepa de los hechos que la sentencia de instancia declara probados en los apartados 7 y 8 de la misma. El artículo 120 CE exige que las Sentencias sean razonadas, como uno de los presupuestos de la tutela judicial efectiva que protege el artículo 24.1 CE como derecho fundamental de los ciudadanos. Proyección de tales reglas básicas es la del artículo 248.3 LOPJ, en la que se pide que queden explicitados los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, y fundamentos de derecho, según criterios que ya contenía el artículo 372. 3 LEC 1881, cuando exigía en las sentencias la apreciación de los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse (SSTS 28 y 29 de junio 2007; 20 de febrero 2008).

Y es claro que ninguno de estos preceptos se infringe cuando lo que realmente se cuestiona en el motivo es la falta de valoración de la prueba y esta valoración, que la sentencia ha llevado a cabo de una forma detallada, es función soberana de los tribunales de instancia, los cuales pueden tomar en consideración los elementos de prueba que consideren de interés a la solución del litigio, sin necesidad de llevar a la sentencia una mención expresa a los "hechos probados" cuando se desprende con suficiencia cuales son estos que, por estar probados, justifican, con motivación suficiente, la aplicación normativa que se realiza, tanto para la determinación de las conductas responsables, como para la concreción del daño indemnizable.

En el presente caso, la lectura de la sentencia recurrida pone de manifiesto que satisface sobradamente las exigencias de motivación, por cuanto expresa con suficiencia las razones de hecho y de derecho que sustentan la decisión, y permite cumplir las finalidades a que se orienta, evidenciando que el reproche que de ella hacen los recurrentes no pasa de ser una mera discrepancia con aquellas razones determinantes del sentido del fallo, que nada tiene que ver con la falta de motivación ni con la tacha de incongruencia entendida como la correlación o armonía que debe existir entre las pretensiones de las partes debidamente deducidas en el

pleito y la parte dispositiva de la sentencia (SSTS 28 de mayo y 12 de junio 2007), al margen del acuerdo o desacuerdo con su contenido.

CUARTO.- En el motivo segundo, igualmente a través de diversos apartados, la recurrente entiende que la Sentencia incurre en error en la valoración de la prueba por infracción de los arts. 316 y 376, 217, 386 LEC. El motivo trata de justificarse en razón de la discrepancia existente entre los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado y los de la Audiencia.

Se desestima.

Se insiste, una vez más, en que la sentencia que se recurre en casación es la de la Audiencia y no la del Juzgado que resultó favorable a sus intereses, y que el Tribunal ad quem puede examinar el objeto de la litis con igual amplitud y potestad con que lo hace el juez a quo, y que por tanto no está obligado a respetar los hechos probados de este. En virtud del recurso de apelación, dice el artículo 456 LEC, podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación.

Lo que se conoce como efecto devolutivo del recurso, con arreglo al cual la apelación se concreta por la materia que, efectivamente, ha sido objeto de apelación, permite al Tribunal de instancia valorar cuantas probanzas se hubieran practicado ante el órgano de primera instancia y con razón mayor las llevadas a cabo en la alzada, como consecuencia del derecho de la parte apelada a contradecir o impugnar los fundamentos de la apelación, y a proponer la prueba consiguiente, sin que el argumento de la falta de inmediación sea relevante en un sistema que admite la "inmediación virtual" a través de la grabación de la vista y que exige que su vulneración origine una indefensión real y efectiva, una restricción auténtica y no meramente nominal del contenido esencial del derecho al proceso con todas las garantías, y ello impone a quien lo invoca la carga de razonar suficientemente acerca de la concurrencia de la indefensión; indefensión que no se la producido en el caso enjuiciado, ni se razona en el motivo, puesto que lo que realmente se plantea es la discrepancia valorativa con la prueba resultante de ambas instancias a partir de una descalificación de la realizada por la Audiencia Provincial que nada tiene que ver con la infracción denunciada en este primer apartado, como tampoco con la que se invoca en el segundo, respecto de los artículos 316

y 376 de la LEC, de un lado, y artículos 317, 318 y 319 de la misma ley, de otro, por cuanto carecen de interés para procurar una solución distinta en la medida en que la sentencia reprocha a la conducta de los demandados varias omisiones, todas ellas causalmente vinculadas al daño, como son: la falta de cinturón (que aunque lo llevara el trabajador, no hubiera impedido la causación de lesiones graves), de casco y de red de protección; la ausencia de puntos fijos de sujeción, y el hecho de no estar trabajando en el andamio que, a pesar de que estuviera instalado, su montaje era inadecuado.

Carece también de interés la cita de artículo 1253 del Código Civil, derogado con anterioridad a la interposición de la demanda, ni su correlativo artículo 386 de la LEC, puesto que no han sido utilizadas presunciones.

Todo ello en el marco de una evidente confusión y de patente heterogeneidad, al mezclar problemas de motivación, carga y valoración de la prueba, al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC de 2000, sobre infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías procesales reguladoras de la sentencia cuando es el ordinal 2º del referido precepto el que ampara la infracción de las normas relativas a la carga de la prueba, considerando norma reguladora de la sentencia el art. 217 LEC, al estar incluido en la ley procesal bajo el epígrafe “de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos”, y el ordinal 4º del art. 469.1º LEC, sobre vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, el que incluye los errores patentes o notorios y la interpretación ilógica o irrazonable de los distintos medios de prueba legalmente previstos, lo que tampoco puede reprocharse a la sentencia.

QUINTO.- Finalmente, en el motivo tercero, al amparo del art. 469.1.4º LEC, la parte recurrente invoca la infracción del art. 24 de la Constitución Española.

El motivo vuelve a reiterar, a modo de argumento de cierre, alegaciones hechas en los anteriores sobre incongruencia y falta de motivación y trata especialmente de reconducir la apelación civil a ámbitos propios del recurso penal mediante la cita de distintas sentencias del Tribunal Constitucional, como la de 18 de septiembre de 2002, que impide a la Audiencia Provincial valorar la prueba producida ante ella, y que nada tiene que con el deber del tribunal de apelación civil de entrar a resolver “la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso”, “mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal” cuando anula la sentencia de primera instancia, conforme a lo dispuesto en los artículos 465 y 456 LEC, que garantizan el derecho de obtener un nuevo pronunciamiento por órgano superior y distinto sobre la cuestión controvertida.

RECURSO DE CASACIÓN DE LA EMPRESA CONSTRUCTORA OCOP S.L.

SEXTO.- Se articula en torno a cuatro motivos. En el motivo primero se alega la infracción del art. 1902, en relación con el art. 1903, ambos del Código Civil, al considerar el recurrente que no puede aplicarse la teoría del riesgo en la medida en que el riesgo de la obra no excedía del normal, señalando además la inexistencia de nexo causal y la ausencia de relación de subordinación o dependencia del actor y la empresa para la que trabajaba respecto de la recurrente.

Se desestima.

En primer lugar, esta Sala tiene declarado que la responsabilidad tipificada en el párrafo 4º del artículo 1903 del Código Civil requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma (SSTS de 7 de octubre de 1969, 18 de junio de 1979, 4 de enero de 1982, 2 de noviembre de 1983 y 3 de abril de 1984, entre otras). Se trata de una responsabilidad directa del empresario (SSTS de 26 de junio y 6 y 9 de julio de 1984 y 30 de noviembre de 1985), que requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y el primero (SSTS de 3 de abril y 4 de julio de 1984) y siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente (SSTS de 30 de noviembre de 1985, 13 de mayo de 2005).

Ahora bien, la misma jurisprudencia establece la excepción a la exigencia de que exista una relación de jerarquía que rompa el nexo de responsabilidad civil entre el dueño de la obra y el contratista, puesto que, prosigue afirmando, que como señala el último párrafo de dicho artículo 1903, cuando se acredite el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño cesará tal responsabilidad (STS de 20 de diciembre de 1996). En parecidos términos las Sentencias de 8 de mayo de 1999, 20 de septiembre de 1997 y 17 de septiembre de 2008.

Pues bien, es hecho probado de la sentencia que la recurrente había designado a un Aparejador como encargado para exigir de sus operarios el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, de lo que deriva una responsabilidad por hecho propio de la empresa y no un traspaso de responsabilidad por la infracción de un tercero como consecuencia de una subcontrata posterior, al no vigilar que las mínimas condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, que se había reservado, estaban siendo cumplidas y respetadas en la ejecución de las obras que fue-

ron objeto de encargo, generando con su conducta una situación de evidente peligro, que en última instancia se materializó y fue lo que provocó el accidente. La razón de la decisión se encuentra, por tanto, en la responsabilidad por culpa o negligencia de la empresa constructora que subcontrató las obras de derribo, por la omisión de los deberes de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, específico deber de diligencia que se encuentra enmarcado en el concepto de culpa de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y cuyo contenido se nutre en último término de la reglamentación en materia de seguridad laboral, cuyos principios sirven de instrumento de delimitación de dicho deber de diligencia.

En segundo lugar, el motivo pretende trasladar la responsabilidad al trabajador a partir de hechos distintos de los que la sustentan en la sentencia con lo que está haciendo supuesto de la cuestión. La causa del siniestro es la que la sentencia señala y no la que la recurrente pretende hacer valer a partir de una nueva valoración de los hechos sin haberlos combatido adecuadamente mediante el recurso extraordinario por infracción procesal.

SEPTIMO.- En el motivo segundo se alega la infracción del art. 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que obliga al trabajador a utilizar los medios de seguridad puestos a su alcance.

Se desestima.

La seguridad en el trabajo, como bien jurídico normativamente configurado como derecho del trabajador y como deber imputado al empresario por normas de derecho público, de carácter indisponible, tiene por finalidad la ausencia de riesgo para la vida y salud del trabajador, dimanante de las condiciones materiales en que se desarrolla la actividad laboral, exigiéndose a quien dirige el proceso y la organización de la empresa que adopte todas las medidas de vigilancia y control de los riesgos en el desarrollo de la prestación laboral (STS 12 de noviembre 2009).

No se cumplimentaron estas obligaciones, lo que justifica la aplicación de los artículos citados en el anterior motivo y la correcta inaplicación del artículo 29 LPRL. Al trabajador le corresponde velar, según sus posibilidades, el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario. Ahora bien, este cumplimiento de las normas de seguridad por parte del trabajador debe hacerse siguiendo las instrucciones del empresario, al que van dirigidas las normas sobre

adopción de medidas de seguridad, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 14, que se cita en la sentencia, en relación con los artículos 15 a 19 de la misma Ley, sobre el deber de conducta del empresario, y que en el caso se concretan en una insuficiente puesta a disposición del trabajador de un cinturón adecuado a las circunstancias de la obra que llevaba a cabo y un montaje inadecuado del andamio, no supervisado ni por la dirección técnica de la obra, ni por el encargado de la misma.

OCTAVO.- En el motivo tercero se alega la infracción de los arts. 1231, 1232 y 1234 del Código Civil por error en la valoración de la prueba que evidenciaría la falta de cuidado del trabajador. Se desestima por razones obvias puesto que no tienen encaje en este recurso cuestiones como las invocadas sobre valoración de la prueba de confesión, propias del recurso extraordinario por infracción procesal.

NOVENO.- En el motivo cuarto se invoca la infracción del art. 1902, en relación con el art. 1103, ambos del Código Civil, sobre responsabilidad del perjudicado en la causación del daño. El motivo ignora los hechos probados de la sentencia. No es el trabajador el que no actuó con la diligencia debida para evitar que el accidente se produjera, sino la ejecución de la obra en unas ínfimas condiciones de seguridad tanto personales como colectivas que, en lo que compete a esta parte recurrente, no se cuidó de adoptarlas para evitar el daño, de suerte que ninguna culpa cabe apreciar en quien, como el demandante, con antigüedad más o menos amplia, se limitaba a desempeñar sus tareas en las condiciones marcadas por el empresario, y lo que no es posible es trasladar la responsabilidad del obligado a adoptarlas hacia aquél que tiene el derecho a beneficiarse de las mismas, para evitar accidentes como el enjuiciado.

RECURSO DE CASACIÓN DE SERVICIOS Y CONTRATAS PRIETO S.A. Y DE SU ASEGURADORA, CENTRO ASEGURADOR, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

DÉCIMO.- Se formulan varios motivos en cada uno de ellos. La Sala va a resolver únicamente el motivo tercero de la aseguradora sobre la infracción de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil en cuanto a la determinación de la existencia de una actuación negligente por parte de su asegurada, Secopsa, y la imputación de responsabilidades a los distintos intervinientes, al considerar la recurrente que no existía relación jerárquica de dependencia y subordinación para que surgiera la responsabilidad de Secopsa y su aseguradora puesto que la estimación de este motivo va a hacer inútil los demás formulados tanto de una como de otra parte recurrente, por la extensión que sus efectos que a producir sobre todos ellos, incluidos los que ha formulado el pro-

pio asegurado en virtud de la relación existente entre ambos.

En efecto, se reitera, con cita de la sentencia de 13 de mayo de 2005, que “la responsabilidad tipificada en el párrafo 4º del artículo 1903 del Código Civil requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma (Sentencias de 7 de octubre de 1969, 18 de junio de 1979, 4 de enero de 1982, 2 de noviembre de 1983 y 3 de abril de 1984, entre otras); se trata de una responsabilidad directa del empresario (Sentencias de 26 de junio y 6 y 9 de julio de 1984 y 30 de noviembre de 1985), que requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y el primero (Sentencias de 3 de abril y 4 de julio de 1984) y siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente (Sentencia de 30 de noviembre de 1985)”.

Es asimismo jurisprudencia de esta Sala la que señala que puede también incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa en la elección, cuya concurrencia depende de que las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de responsabilidad -que la más moderna doctrina y jurisprudencia no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista - (SSTS de 18 de julio de 2005; 3 de abril y 7 diciembre de 2006).

En parecidos términos se pronunció la posterior Sentencia de 30 de marzo de 2007, que apreció, asimismo, culpa “in eligendo” e “in vigilando” en los daños producidos por una empresa contratista poco cualificada a terceros, en la figura del comitente, en aplicación de la interpretación jurisprudencial del art. 1903 (SSTS 25 de enero 2007; 17 de septiembre 2008).

Pues bien, hecho probado de la sentencia es que Revestimientos Málaga designó al Aparejador, D. Ede-miro, como su encargado para exigir a sus operarios el cumplimiento de las normas de Seguridad e Higiene, y que, con relación a los andamios, amén de que fuera inadecuado, su colocación no fue supervisada ni por la dirección técnica, ni por el encargado de la misma (Sr. Landelino).

Ninguna referencia contiene sobre la posible existencia de una relación

entre las dos empresas subcontratistas puesto que se limita a resolver el problema mediante la cita de una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 15 de junio de 2000, complementada con otra de esta Sala de 4 de octubre de 2004, sin concretar aquellos aspectos que pudieran ser de aplicación al presente caso en la interpretación del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, para que surja la responsabilidad de esta empresa por causa de infracción de las normas sobre protección durante el trabajo de la seguridad y salud de los trabajadores que afecte a operarios empleados por la empresa subcontratista, salvo la existencia de una contrata o subcontrata que no compromete necesariamente la responsabilidad de todas las partes implicadas en la cadena de contratación frente al trabajador perjudicado, especialmente si no consta que en la relación entre una y otra Secopsa se hubiera reservado la vigilancia ni la dirección de las obras, a partir de la relación existente entre ellas, sobre la que nada dice la sentencia, ni consta tampoco, porque no se ha plantado, problema alguno con relación a la elección o vigilancia inadecuada de la empresa que contrataba al trabajador fallecido; datos sin los cuales no es posible responsabilizar a la recurrente.

RECURSO DE CASACIÓN DE ZURICH ESPAÑA.

DÉCIMOPRIMERO.- Se articula en torno a dos motivos. En el motivo primero invoca la infracción del art. 20.8º de la Ley de Contrato de Seguro al considerar la parte recurrente que existe causa justificada para no abonar cantidad alguna al perjudicado por lo que no procede el devengo de intereses moratorios.

La aseguradora trata de justificar la falta de pago o consignación que le impone la norma en dos argumentos fundamentales: a) la responsabilidad o no del asegurado debe dilucidarse ante los Tribunales, máxime, cuando menos, ha sido dudosa como lo acreditan las actuaciones en vía penal, concluidas mediante sentencia absolutoria, y b) la cuantía exacta a abonar en concepto de indemnización debe ser determinada por el órgano judicial. Las demás razones no tienen cabida en el motivo, como es la posible falta de cobertura del riesgo por la póliza de seguros contratada o la falta de responsabilidad de su asegurada, conforme a los criterios exigidos para la aplicación del artículo 1903 del Código Civil.

Se desestima.

Según el artículo 20.8 de la LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora.

En su interpretación, tanto en su primitiva redacción, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso.

Admitir, sin más, que no se pagan intereses cuando la obligación y el pago se fijan en la sentencia supone tanto como dejar sin contenido una norma que es regla de aplicación y no excepción, habiendo declarado esta Sala -STS 19 de junio 2008 - que “la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación, no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario” y que tampoco puede ampararse en la iliquidez de la deuda, ya que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el “quantum” tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho “ex novo” sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. No se trata, en definitiva, de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, que ya le pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor (SSTS 29 de noviembre de 2005; 3 de mayo de 2006; 20 de abril y 4 de junio 2009; 7 de enero 2010).

DÉCILOSEGUNDO.- En el motivo segundo se invoca la infracción del art. 20.4º de la misma Ley al considerar el recurrente que en caso de que procediera el abono de intereses moratorios, deben diferenciarse dos tramos. Se estima. Sobre la cuestión del devengo de los intereses moratorios en dos tramos, se recuerda que la Sala dictó Sentencia de Pleno resolviendo dicha cuestión con fecha 1 de marzo de 2007 en el recurso de casación 2302/2001, ulteriormente reiterada en las de 1 de marzo y 11 de diciembre de 2007, 26 de octubre 2009, entre otras, conforme a lo siguiente:

“Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento”.

DÉCIMOTERCERO. -La estimación de los recursos formulados, bien de forma íntegra o en parte, determina en cuanto a costas lo siguiente: A) Imponer a la parte actora las costas causadas en la primera instancia respecto de los demandados absueltos en este trámite, así como respecto de Zurich España. B) Mantener el pronunciamiento de costas del recurso de apelación; C) Imponer a los recurrentes las costas causadas por los recursos por infracción procesal desestimados, y D) No hacer especial declaración costas en cuanto a los recursos de casación formulados por Zurich España, Servicios, Contratas Prieto S.A. y Centro Asegurador, CIA de Seguros y Reaseguros, imponiendo a la Empresa Constructora OCOP, SL las causadas por el suyo; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

1.-Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal formulados por Servicios y Contratas Prieto S.A., Centro Asegurador, CIA de Seguros y Reaseguros, formulados contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de febrero de 2006.

2.-Desestimar el recurso de casación formulado por la Empresa Constructora OCOP, SL contra la misma sentencia.

3.-Estimar el recurso de casación formulado por Centro Asegurador, CIA de Seguros y Reaseguros y por extensión el de su asegurada Servicios y Contratas Prieto S.A., casando la sentencia recurrida, para absolver a ambos de la demanda formulada por D. Samuel.

4.-Estimar en parte el recurso de casación de Zurich España.

5º.-Mantener el resto de pronunciamientos de la misma.

6.-Hacer en cuanto a costas los siguientes pronunciamientos: A) Imponer a la parte actora las costas causadas en la primera instancia respecto de los demandados absuel-

tos en este trámite, así como respecto de Zurich España. B) Mantener el pronunciamiento de costas del recurso de apelación; C) Imponer a los recurrentes las costas causadas por los recursos por infracción procesal desestimados, y D) No se hacer especial declaración costas en cuanto a los recursos de casación formulados por Zurich España, Servicios, Contratas Prieto S.A. y Centro Asegurador, CIA de Seguros y Reaseguros, y se imponen a la Empresa Constructora OCOPI, S.L las causadas por el suyo.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollos de apelación en su día remitidos.

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 Rios.-Roman Garcia Varela.-Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.-Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobo s Publicación.-

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, 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.

ción Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha veintitrés de noviembre de dos mil seis, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma mercantil contra el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de 27 de junio de 2003, por el que se aprueba definitivamente la modificación núm. 16 del Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Mislata (Valencia), que incorpora al mismo como Anexo normativo la Ordenanza reguladora de la instalación, modificación y supresión de elementos y equipos de telefonía y telecomunicaciones que utilizan el espacio radioeléctrico. La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho primero, resume el contenido de la Ordenanza impugnada, que consiste, en la parte a que se contrae el recurso de casación, en los siguientes preceptos:

“En concreto, impugna la recurrente los siguientes preceptos de la mencionada Ordenanza: las referencias al funcionamiento de las instalaciones contenidas en el art. 1; art. 2; art. 4; art. 10.2.2; art. 10.2.3; art. 10.2.5; art. 10.3; art. 11; art. 12.1, en relación con la responsabilidad subsidiaria del propietario del terreno; art. 12.4; art. 14; art. 15.1, en relación con la licencia de actividad; art. 15.3; art. 15.4; art. 15.5; art. 16; Disposición Transitoria Primera y Disposición Transitoria Tercera (aunque en el suplico del escrito de demanda la actora solicita la nulidad de la Disposición Transitoria Segunda, del contenido del fundamento de derecho vigésimo de dicha demanda se desprende que el precepto impugnado es la citada D. A. Tercera).

El art. 10, bajo el epígrafe “Condiciones de instalación de antenas de telefonía móvil”, dispone en su punto 2.2 que las instalaciones de telefonía móvil deberán utilizar la mejor tecnología disponible que sea compatible con la minimización del impacto visual; en su punto 2.3 que para edificios ubicados en los entornos de protección del barrio de la Morería, las antenas a utilizar no podrán ser convencionales, teniendo que ser de reducidas dimensiones y estar camufladas en el entorno; en su punto 2.5 que la altura máxima del conjunto soporte-antena no será superior a 1/3 de la altura de cornisa, y en ningún caso superará los 8 m. de altura sobre la cornisa; y en su punto 3 regula la limitación temporal de las licencias para la instalación de antenas de telefonía móvil, con una duración limitada de dos años, disponiendo las condiciones para la renovación. El art. 11 regula los límites de exposición electromagnética para la protección de la salud pública.

El art. 12. establece el deber de conservación de las instalaciones por los titulares de las licencias y de las concesiones, siendo responsables

subsidiarios de esta obligación de conservación los propietarios del edificio o terreno sobre el cual esté instalado el sistema, y el punto 4 de dicho precepto dispone que el Ayuntamiento en cualquier momento podrá ordenar la realización de inspecciones de las instalaciones, estando los titulares obligados a facilitar el acceso, así como toda la información complementaria que se le requiera. Por último, la Disposición Transitoria Tercera establece que, anualmente, los titulares de sistemas ya instalados que cuenten con la oportuna licencia deberán presentar ante el Ayuntamiento un certificado relativo, entre otros extremos, a que la emisión radioeléctrica es de tipo no ionizante.”

Para resolver las cuestiones planteadas en torno a los mismos, la Sala de instancia trae a colación, para reproducirla, su propia sentencia núm. 833/2005, de 4 de mayo, en que, apelando a la doctrina recogida en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2003, se diserta sobre la competencia de los Municipios para establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo debe llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones en su término municipal, así como sobre las limitaciones a que se sujeta el ejercicio de dicha competencia municipal. La respuesta de la Sala de instancia se particulariza con respecto a alguno de los artículos de la Ordenanza, en especial:

“Sexto.- Se argumenta en las demandas que el artículo... en sus apartados... y concordantes de la Ordenanza suponen una extralimitación competencial al someter la instalación de antenas de telefonía móvil a un Programa de desarrollo de implantación que contemple el conjunto de toda la red e instalaciones de telefonía móvil dentro del término municipal de Albal.

En efecto, bajo el enunciado de “Procedimiento para obtener las autorizaciones de instalación y funcionamiento” el artículo... de la Ordenanza cuestionada regula el objeto, contenido y forma del programa de desarrollo del conjunto de toda la red a situar en el término municipal. Procederá examinar, pues, si un Ayuntamiento puede exigir un plan que contemple de forma coordinada la implantación en su término municipal de las diversas infraestructuras de telecomunicaciones por las diferentes operadoras, para una mejor ordenación urbanística, medioambiental, de atenuación de impacto visual y, en definitiva, de ordenación del territorio y de sus servicios. En tal sentido, conviene reseñar la doctrina sentada por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 15-12-2003, que dispone en el apartado c) de su fundamento jurídico tercero: “La exigencia de un plan técnico

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/122368

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 15 junio 2010. Ponente: D. Antonio Martí García

Nulidad parcial de la ordenanza reguladora de la instalación de equipos de telefonía y telecomunicaciones que utilizan el espacio radioeléctrico

El TS estima el recurso de casación interpuesto por France Telecom España contra la STSJ de la Comunidad Valenciana que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia por el que se aprobó definitivamente la modificación del PGOU del Ayuntamiento de Mislata, que incorporaba al mismo como Anexo normativo la ordenanza reguladora de la instalación, modificación y supresión de elementos y equipos de telefonía y telecomunicaciones que utilizan el espacio radioeléctrico, sentencia que se deja sin efecto salvo en el particular que anuló el art. 15, 4, a) 11 Ordenanza y concordantes, ya que al no haber sido impugnado ha devenido firme. La Sala recuerda el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los municipios cuando afecte a la regulación de las telecomunicaciones, y dando respuesta a los seis motivos alegados, señala que el hecho de que las ordenanzas que regulan la instalación de infraestructuras de telecomunicación en un determinado término municipal supongan el ejercicio de competencias urbanísticas, no convierte por ello a tales disposiciones en instrumentos de planeamiento, por lo que no será necesario recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe. Por otro lado, nada hay que oponer a que la ordenanza se remita a la utilización de la denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual y ambiental y la menor afcción a la salud de las personas, y aunque esta Sala ha reconocido la legitimidad del señalamiento por los municipios de límites complementarios a las medidas de protección establecidas en el RD 1066/2001, debe anularse la medida adoptada por la ordenanza en su art. 11, 2 al incluir un fuerte elemento de incertidumbre jurídica, y podría degenerar en una aplicación arbitraria de la norma, al fijarse en relación con elementos de difícil previsibilidad para las operadoras. Por último, la Sala declara la legalidad del precepto de la ordenanza que regula la temporalidad de la licencia para instalar antenas en dos años.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna

por la representación procesal de “France Telecom España, S.A.” la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec-

previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento. Por otra parte, la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente. El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico a que se refieren los artículos 7 y 9 de la Ordenanza constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia. Y no pueden considerarse ilegales en cuanto establecen la indicada exigencia y señalan un contenido del plan tendente a garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y paisajes urbanísticos.

Se tratan de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger. Tampoco puede compartirse que se introduzcan criterios subjetivos que comporten una inadmisibles discrecionalidad, ya que los términos utilizados por la Ordenanza responden a supuestos de discrecionalidad impropia o técnica como es la utilización de la "mayor tecnología disponible". En consecuencia, teniendo en cuenta que la exigencia de un programa de desarrollo o plan de implantación por parte de la Corporación demandada se ha realizado dentro de su ámbito competencial, pareciendo razonable y proporcionada, y considerando que tiende a garantizar la mejor organización territorial y a la adecuación de la red de telefonía móvil a la oportuna protección de los intereses públicos ambientales, urbanísticos y culturales, procederá rechazar la pretensión anulatoria de la demanda respecto a los apartados 1 y 2-a), b) y d) del artículo art. 3 de la Ordenanza objeto de este proceso.

Séptimo.- Argumentan las demandantes que los preceptos de la Ordenanza Municipal que regulan distancias (artículo...), clasificación y calificación urbanística del suelo donde deben ubicarse las estaciones

de telefonía móvil y su respeto al entorno (artículo...) y compartición de infraestructuras (artículo...) es nulo por invadir competencias estatales, suponiendo además un exceso sobre las competencias municipales en materia urbanística. Pues bien, entrando en el estudio de los límites de distancias y densidad de potencia del artículo... de la Ordenanza, resulta desahogada su impugnación por la parte demandante por ser plenamente ajustado a derecho lo que resulta ser una invocación de la exigibilidad en materia de exposición humana a los campos electromagnéticos de la reglamentación prevista en el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, lo que constituye una correcta remisión a la normativa aplicable, por cierto, de carácter estatal, y sin que se disponga medida alguna que contradiga o modifique las regulaciones de tal reglamentación sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Respecto a las limitaciones urbanísticas de los artículos... de la Ordenanza, nos encontramos ante la reglamentación por una Corporación de local de una materia de su competencia, pues no cabe duda que las exigencias de esa norma guardan directa relación con la ordenación urbanística (artículo 25.2-d) LBRL), protección del medio ambiente (artículo 25.2-f) LBRL) y patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2-e) de dicho texto legal), siendo razonables y proporcionadas. Los Ayuntamientos pueden y deben establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles (arts. 4, 15, 86, 91 y 95 LRAU, 138-b) del TRLS de 1992, entre otros).

Además, parece razonable que se establezca una regulación sobre la ubicación de los emplazamientos de las antenas de telefonía móvil, pues la naturaleza y usos urbanísticos de los terrenos de un municipio es una competencia básica de los Ayuntamientos, en lo que viene a ser la ordenación racional de su territorio, máxime si se trata de espacios o bienes protegidos o de minimizar los impactos visuales sobre los mismos. La necesidad de dicha regulación se hace más evidente si se atiende al efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19 / CE, de la Comisión de 13 de marzo y en ley 11/1998. Y ello no vulnera el derecho que tienen las empresas operadoras, consecuencia de la explotación de servicios de telecomunicación, a la ocupación del dominio público, en la medida en

que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 LOT/87, artículo 138-b) del TRLS de 1992 y 43 y siguientes Ley del Suelo de 1998)."

SEGUNDO.- Antes de entrar en el análisis de los motivos de casación aducidos, es preciso dejar sentado que como la Sala de Instancia anuló el artículo 15.4.a.11, de acuerdo con la sentencia y el auto de aclaración de 19 de enero de 2007, así como todas las referencias a la licencia de actividades contenidas en el citado artículo 15, párrafos 1, 4 y 5 de la misma, y la parte afectada no ha hecho impugnación alguna, es claro que sobre ese particular la sentencia de instancia ha devenido en firme y consentida, y por tanto sobre ello esta Sala en casación no sólo no puede hacer valoración alguna sino que ha de partir y aceptar en ese particular el fallo de la sentencia recurrida.

TERCERO.- Contra la referida sentencia se invocan por la parte recurrente seis motivos de casación, todos ellos por razón de la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que resulten aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 88.1.d LCJA), relacionándonos, sin demasiada ortodoxia procesal, con fundamentos de derecho en que la parte expone los argumentos jurídicos que considera aplicables. El primero de ellos denuncia la infracción del art. 149.1.21ª de la Constitución Española, en relación con los arts. 44.3, 61 y 62 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, al entender que la Ordenanza originariamente recurrida está incurrida en causa de nulidad al no haberse solicitado durante su tramitación informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología. El segundo se basa en la infracción de los arts. 9.22 (sic), 38, 83.b), 128 y 131 CE y 16 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998; del Real Decreto 1890/2000, por el que se aprueba el Reglamento que establece el procedimiento para la conformidad de los aparatos de telecomunicaciones, y de los arts. 8, 9 y 11 del R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, así como de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998. Todo ello en relación con el art. 10.2.2 de la Ordenanza, sobre utilización por las operadoras de la tecnología disponible que comporte menor impacto visual y ambiental. El tercero invoca la vulneración por la Sala de instancia de los artículos 149.1.16 y 21 de la Constitución Española, 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y 18, 19, 24 y 40 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y, en el ámbito reglamentario de los RR.DD. 1066/2001, de 28 de septiembre, y

1460/2000, y de la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones.

La infracción se derivaría del hecho de no haber sido anulado el art. 11 de la Ordenanza impugnada, que restringe los niveles de emisión en determinadas zonas sensibles. El cuarto motivo casacional se refiere a la vulneración del art. 149.1.21 CE y de los Reales Decretos 1451/2000, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología, y 1066/2001, en relación con las competencias que se reserva el Municipio para la revisión y control de instalaciones en el art. 12.4 y la disposición transitoria tercera de la Ordenanza impugnada. En cuanto al motivo quinto, se sustenta en la infracción del art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales por el art. 10.3 de la Ordenanza de Mislata, al limitar la duración de las licencias a un plazo de dos años. Y, por fin, el motivo sexto aduce la infracción de los arts. 38 y 149.1.21 de la Constitución Española, en cuanto a la exigencia por la Ordenanza de presentación de un programa de desarrollo.

CUARTO.- A la hora de resolver las cuestiones planteadas, y de un modo preliminar, conviene recordar el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los Municipios cuando afecte a la regulación de las telecomunicaciones, tal como fue expuesto en nuestras Sentencias de 15 de diciembre de 2003, rec. 3127/2001, y de 4 de julio de 2006, rec. 417/2004, al resumir que:

"1ª) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativos a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios (art. 4.1 a)LRBRL y 5 RSCL), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (artículo 25.2 a)), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (artículo 25.2 b)), protección civil, prevención y extinción de incendios (artículo 25.2 c)), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2 d)), protección del medio ambiente

(artículo 25.2 f)), patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2 e)) y protección de la salubridad pública (artículo 25.2 f)).

2º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar. Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados."

QUINTO.- En particular, son seis las cuestiones que plantea el recurso de casación, relacionadas todas ellas con el alcance y límites de las competencias municipales sobre la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación, debiendo ser resueltas cada una de ellas por separado. Comenzando por el primer motivo, se basa en la infracción del art. 44.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que prescribía en su primer inciso que "Los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe, a efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones". A dicha cuestión acabamos de dar respuesta en nuestra reciente sentencia de 17 de mayo de 2010, recaída en el recurso de casación 1186 / 2007, en la que nos planteábamos la exigibilidad del informe ministerial previsto en el art. 44.3 de la LOTT de 1998 y en el actual art. 26 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones, en los siguientes términos: "A nadie se le puede escapar que el elemento determinante para dilucidar si se ha de exigir el correspondiente informe, es el hallarnos ante un instrumento de planificación territorial o urbanística. Como cuestiones previas, aclaremos que, no obstante la imprecisión del legislador, parece claro que, cuando éste se refiere a instrumentos de planificación territorial o urbanística, se está refiriendo a lo que con más rigor podemos identificar como instrumentos de planeamiento urbanístico o de ordenación territorial. Y que en los Anexos de las leyes de 1998 y de 2003 en que respectivamente se con-

tienen las definiciones de conceptos utilizados en las mismas, no se recoge una acepción específica a efectos de su aplicación de tales términos, de forma que tendremos que estar al concepto general de planeamiento urbanístico y territorial.

Así las cosas, tenemos que anticipar que, el hecho de que, como hemos dicho en numerosas ocasiones, las Ordenanzas que regulan la instalación de infraestructuras de telecomunicación en un determinado término municipal supongan, entre otras, el ejercicio de competencias urbanísticas, no convierte por ello a tales disposiciones en instrumentos de planeamiento.

Los instrumentos de planeamiento urbanístico constituyen una especie de los reglamentos que se define, cuando menos, por su objeto y la especificidad de su procedimiento de tramitación y aprobación. Centrándonos en el primer aspecto, son normas cuyo objeto es, a grandes rasgos, determinar el régimen jurídico a que debe destinarse el territorio municipal mediante su asignación a una de las clases de suelo contemplada por la legislación urbanística de aplicación, pormenorizando en un segundo nivel de desarrollo la intensidad y condiciones de uso de cada uno de ellos. Es decir, realizan las funciones clásicas de clasificación y calificación del suelo.

Si bien la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, vigente durante la tramitación y aprobación de la Ordenanza en que hallan mediato origen las presentes actuaciones, no contiene una definición de la potestad de planeamiento que nos permita dilucidar si una Ordenanza reguladora de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones en un determinado término municipal encaja en su concepto, resulta muy ilustrativa la actual Ley del Suelo -máxime si se tiene en cuenta que ésta no ha introducido una nueva noción de planeamiento, sino reflejado el que se deriva de nuestra normativa tradicional urbanística-, cuyo texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, cataloga la ordenación territorial y la urbanística como aquellas "funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste" (art. 3.1). Lo que caracteriza por consiguiente a los instrumentos de planeamiento territorial o urbanístico es orientarse directamente a concretar el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo. Finalidad que no se puede decir sea el fundamento de las Ordenanzas reguladoras de la implantación de instalaciones de telecomunicaciones, por mucho que coadyuven a delimitarlo, pero sólo en referencia a un determinado tipo

de uso, que además no suele ser incompatible con el principal al que se destina el terreno, que es el dirigido a asentar sobre el mismo infraestructuras que sirvan a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones. Dicha concomitancia se da también en otros tipos de Ordenanzas municipales, como las que protegen frente a la contaminación ambiental, verbigracia ordenando instalar aparatos de ventilación en determinados espacios o prohibiendo la de ciertos generadores en otros en que puede resultar peligroso; la de obras o la de ruido cuando restringen a determinados horarios el ejercicio de ciertas actividades, o las de convivencia cívica cuando limitan la práctica de ciertas costumbres en zonas que han de ser objeto de protección frente al posible deterioro urbano

■

"...tenemos que anticipar que, el hecho de que, como hemos dicho en numerosas ocasiones, las Ordenanzas que regulan la instalación de infraestructuras de telecomunicación en un determinado término municipal supongan, entre otras, el ejercicio de competencias urbanísticas, no convierte por ello a tales disposiciones en instrumentos de planeamiento."

■

que conllevan. No tratándose por ello de normas de carácter urbanístico, en cuanto que la competencia urbanística no es su exclusiva razón de ser, como tampoco lo es en el caso de las Ordenanzas de telecomunicaciones, en cuya aprobación se proyectan otras competencias municipales igualmente relevantes.

Se trata de finalidades sobre las que tangencialmente pueden proyectarse las Ordenanzas dictadas en materia de telecomunicaciones, especialmente en cuanto coadyuven a limitar el uso del suelo y de las edificaciones -apdo. j) de la relación antecedente-, pero sin constituir en ningún caso su objeto específico, a diferencia de los instrumentos de planeamiento. Tal conclusión se corrobora teniendo a la vista los arts. 1 a 3 del Real Decreto 2159/1978, de

23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento, en cuya enumeración de instrumentos normativos a cuyo través se desarrolla y ejercita la potestad de planeamiento no figuran tampoco las Ordenanzas de telecomunicaciones. A lo anterior, que nos lleva a diferenciar entre las citadas Ordenanzas y los instrumentos de planeamiento urbanístico y territorial, se añade un argumento práctico. Y es que el trámite previsto en el art. 44 de la LOTT de 1998 y 26 de la ley actualmente vigente, tiene por objeto que el Municipio tenga constancia de las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones para el término municipal. Y este conocimiento debe servir efectivamente de condicionante o factor de moderación de los instrumentos de planeamiento, en cuanto que un tratamiento particularmente cicatero de los mismos con respecto a las instalaciones de telecomunicaciones podría hacer inefectivo el derecho de los ciudadanos al disfrute del servicio correspondiente, pero no cuando se trata de configurar, desde una perspectiva general, los criterios y limitaciones que deben presidir su implantación en el término municipal. En las Ordenanzas relacionadas con las telecomunicaciones, en principio, no existe una ordenación de detalle del término municipal que motive introducir en su elaboración consideraciones de oportunidad o de necesidad, según los casos, de implantación de instalaciones en sectores específicos, por lo que lo que la ley dice responde a la lógica, y es que se solicite el informe del Estado cuando se trate exclusivamente de hacer ciudad, objeto este último específico de los instrumentos de planeamiento. Consideraciones que debemos igualmente extender a los instrumentos de ordenación territorial, añadiéndose en este caso a la diferenciación de objeto con las Ordenanzas de telecomunicaciones, una proyección extramunicipal de la que aquéllas, por razones obvias, carecen.

Por todo lo anterior debemos desestimar el primer motivo de casación, ya que, en el caso examinado, no se ha planteado por la recurrente ni la Sala observa que la Ordenanza sujeta a discusión contenga determinaciones impropias de su objeto, esto es, que supongan la ordenación detallada de sectores específicos del territorio municipal".

A lo anterior en nada obsta el hecho de haberse aprobado la Ordenanza reguladora de la instalación, modificación y supresión de elementos y equipos de telefonía y telecomunicaciones que utilizan el espacio radioeléctrico como modificación del Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Mislata, quedando incorporada como Anexo del mismo. Pues lo relevante es el contenido sustancial de la Ordenanza impugnada, con independencia de aspectos tales como su denominación,

su incorporación a una norma preexistente o bien su configuración autónoma e incluso (a los efectos planteados por la recurrente) del procedimiento elegido para su aprobación.

En efecto, se aprecia que el contenido de la Ordenanza aprobada el 27 de junio de 2003 por la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia responde al modelo común de las Ordenanzas de su tipo, regulando, además de aspectos más claramente relacionados con la potestad urbanística municipal (singularmente, las condiciones de instalación de antenas y redes públicas de telecomunicaciones), otros que se relacionan con competencias diversas, como la seguridad o el medio ambiente, como es el caso de la conservación de instalaciones o la fijación de límites a las emisiones electromagnéticas. De forma que el reglamento municipal, considerado en su conjunto, no responde al carácter genuinamente urbanístico propio de los instrumentos de planeamiento, lo que, por razones de coherencia y unidad de doctrina, nos lleva a sustentar la misma doctrina que en la ya citada sentencia de 17 de mayo de 2010, recaída en el recurso de casación 1186/2007. Sin que, por otra parte, sean de atender las alegaciones de la parte recurrida en el sentido de que sí fue solicitado informe a la Administración del Estado en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza de Mislata, siendo la razón de ser de su falta de constancia en el expediente administrativo el hecho de haberse pedido éste en sede procesal a dicha Corporación Local en vez de a la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia. Argumento que en modo alguno fue acreditado en la instancia, pues no en vano la parte recurrida se limitó a solicitar en el trámite de proposición de prueba la toma en consideración del expediente administrativo, y por esa razón no merece hoy ser objeto de consideración.

SIXTO.- El segundo de los motivos de casación plantea la conformidad a derecho de la exigencia a las operadoras de utilizar la mejor tecnología disponible que sea compatible con la minimización del impacto visual, tal como aparece prevista en el art. 7.7.2 de la Ordenanza originariamente recurrida. Nos hemos referido a esta especie de cláusula de progreso en nuestra sentencia de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004, relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Supone ésta una técnica en que, junto a las zonas de certeza positiva o negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre" en relación a la cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la

aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad. Por lo tanto, en ésta como en aquella ocasión, nada hay que oponer a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual y ambiental y la menor afección a la salud de las personas, e insistimos en que tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001.

En cuanto al motivo tercero, la temática litigiosa se centra en determinar si el Ayuntamiento que hoy ocupa la posición de recurrido tenía competencia para fijar límites adicionales a los contemplados para la emisión de radiaciones electromagnéticas en el Real Decreto 1066/2001, en particular en relación con lo dispuesto en el art. 11 de la Ordenanza impugnada, que, amén de remitir con carácter general al cumplimiento de la normativa estatal y autonómica, fija límites máximos de densidad de potencia en relación con determinadas zonas especialmente protegidas. Éstas son el interior de viviendas y recintos privados; los centros de trabajo, escolares, residenciales y hospitalarios, y -como tercer grupo a que se aplica la restricción- "cualquiera zonas de posible ocupación por parte de una misma persona durante un período de tiempo igual o superior a 6 horas". La cuestión de la posible fijación por los Municipios de límites más restrictivos que los incorporados a la reglamentación estatal ya ha sido tratada y resuelta por esta Sala. En concreto, nos remitiremos, atendiendo a criterios de coherencia y de unidad de doctrina, a lo declarado en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007: "El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sa-

nitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles -colegios, hospitales, parques y jardines públicos- estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas. De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles, adecuándose como afirma la Administración demandada a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que corresponde a la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala." Ahora bien, conviene, dadas las circunstancias, que nuestra respuesta sea más matizada esta vez. Y es que, si bien es cierto que esta Sala, como acabamos de exponer, ha reconocido la legitimidad del señalamiento por los Municipios, en el ámbito de sus competencias, de límites o condiciones complementarios a las medidas de protección establecidas en el Real Decreto 1066/2001, también lo es que, en diversas sentencias (baste con citar la de 10 de enero de 2007, rec. 4051/2004) hemos resaltado el casuismo con que debe observarse el ejercicio de las competencias municipales que afecten al campo de las telecomunicaciones. Y, en particular, hemos matizado en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, rec. 9045/2003, la necesidad de expurgar el Ordenamiento Jurídico de aquellos preceptos que supongan inseguridad jurídica o atribuyan una facultad omnímoda a los Ayuntamientos.

Y esto último es lo que acontece, en el caso de autos, con la referencia que hace el art. 11.2 de la Ordenanza de Mislata a la fijación de determinados límites máximos de densidad de potencia en "cualquiera zonas de posible ocupación por parte de una misma persona durante un período de tiempo igual o superior a 6 horas". Este tercer grupo de zonas especialmente protegidas incluye un fuerte elemento de incertidumbre jurídica, y podría degenerar en una aplicación arbitraria de la norma, al

fijarse en relación con elementos de difícil previsibilidad para las operadoras, pues ni parece que éstas estén en condiciones de adivinar en qué lugares del municipio puede producirse una ocupación superior a seis horas al día ni mucho menos, si inopinadamente pudieran llegar a realizar dicha previsión, de afinar al punto de determinar que tal ocupación se haga además y precisamente por la misma persona. Pudiendo haberse obtenido la misma finalidad que se pretendiera mediante la incorporación de dicha alusión a la Ordenanza, utilizando criterios de delimitación más previsible y objetiva, si es que no se ha conseguido ya mediante la fijación de límites de emisión electromagnética más estrictos en los centros residenciales. Razón que nos lleva a estimar parcialmente el recurso de casación, en lo que se refiere a la anulación del mencionado inciso cualesquiera zonas de posible ocupación por parte de una misma persona durante un período de tiempo igual o superior a 6 horas, incluido en el art. 11.2 de la Ordenanza objeto de impugnación.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere al cuarto motivo de casación, aparece desarrollado genéricamente, argumentando por una parte la mercantil recurrente que la sentencia recurrida incurre en contradicción en distintos pasajes, impugnación ésta que debía haberse realizado con base en el art. 88.1. c) por referencia a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y en particular al deber de congruencia (interna), y por otro que la atribución de facultades de inspección y control a órganos municipales supone una injerencia en la competencia estatal en materia de telecomunicaciones. Esta Sala ha realizado con anterioridad algunos pronunciamientos sobre la reserva de facultades de inspección y control por el propio Municipio. Pusimos las bases para su resolución en la Sentencia de 10 de enero de 2007, rec. 4051/2004, argumentando la necesidad de diferenciar entre la potestad normativa del Municipio en materia de telecomunicaciones, y las potestades de policía, que conservaban los Ayuntamientos, de modo tal que podían ejercer un control sobre la actividad, aunque se encontrara regulada en el ámbito estatal o autonómico, para preservar a los ciudadanos cuando las instalaciones o su funcionamiento fueran peligrosas o amenazaran serlo para la seguridad o la salubridad públicas. Sin que en este momento sea necesario añadir argumento adicional a éste ni entrar más al detalle de la forma en la que se contemplan dichas facultades de inspección y control en el art. 12.4 y en la disposición transitoria tercera de la Ordenanza de Mislata, dada la generalidad con que están planteados los argumentos del recurso al respecto. Nos toca así pasar al quinto motivo de casación, relacionado con el art. 10.3 de la Ordenanza impugnada, en cuanto establece el principio de temporalidad, al decir que "Las licencias

para la instalación de antenas de telefonía móvil tendrán carácter precario, con una duración limitada de dos años”.

Dicha previsión se hallaría en contradicción con lo dispuesto en el art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en que se determinan de un modo taxativo, a juicio de la parte recurrente, las circunstancias en que pueden ser anuladas o bien revocadas las licencias otorgadas por las Entidades Locales. Sin duda parte de un error de concepto quien así alega, en cuanto que el art. 16 del Decreto de 17 de junio de 1955 se refiere a determinadas circunstancias en que es dable anular o bien revocar una licencia, e incluso en términos imperativos impone su falta de eficacia cuando se incumplan las condiciones que motivaron su otorgamiento, pero eso no impide que se contemplen otras circunstancias en que las mismas puedan quedar sin efecto. Eso es lo que hace el art. 10.3 de la Ordenanza originariamente recurrida, cuando acoge el principio de temporalidad. Para ser más certeros, el planteamiento que hace la recurrente debería ser puesto en relación con el art. 15.1 del mismo Reglamento de Servicios, que dispone que “Las licencias relativas a las condiciones de una obra o instalación tendrán vigencia mientras subsistan aquéllas”. Es en dicho contexto en el que debe enjuiciarse la conformidad a Derecho de la cláusula de temporalidad de las licencias. A título de acercamiento a la cuestión planteada, hay que recordar que, en relación con el requisito de temporalidad de las licencias y la imposición de su deber de revisión, hemos afirmado genéricamente que “no consideramos desproporcionadas tales medidas en cuanto los Ayuntamientos puedan imponer condiciones a la actividad de los operadores, siempre que aquellas limitaciones no supongan una restricción absoluta del derecho de aquellos” (sentencia de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007). Y que con mayor concreción hemos abordado el asunto en nuestra sentencia de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004. Y lo hicimos remitiéndonos expresamente a los argumentos de la Sala de instancia, que quedaron así incorporados a la doctrina de nuestro tribunal, acogiendo la posibilidad de que la normativa sectorial establezca la temporalidad de las licencias, si bien que sometiendo a la Administración otorgante a un fuerte condicionamiento en lo que se refiere a su renovación. Adoptamos en aquel momento la siguiente postura:

“Es cierto que el artículo 15.1 del RSCL establece que las licencias relativas a instalación tienen vigencia mientras subsista ésta; pero también lo es que la normativa sectorial puede limitar el plazo de ciertas licencias. Y, en el presente caso, la temporalidad que contempla el precepto de la ordenanza no es incompatible con el régimen de la clase de licencia

de que se trata, que permite determinaciones accesorias, como es la que constituye el señalamiento de un determinado plazo de vigencia, siempre que estén previstas en la correspondiente disposición general, y resulten adecuadas al cumplimiento de la finalidad a que responde el acto de intervención administrativa. En la previsión normativa examinada tal adecuación resulta evidente por la necesidad de que las instalaciones de antenas existentes sean compatibles con la normativa urbanística y conservación del patrimonio artístico. En el bien entendido que la renovación de tales licencias, a que se refiere el propio precepto de la Ordenanza, está sujeta a los mismos condicionamientos reglados que los que preside su inicial otorgamiento. En modo alguno la renovación es discrecional, ni puede ser denegada en fraude del derecho preferente que tiene el operador instalado mientras las antenas instaladas cumplan con las exigencias y requisitos a que se supedita el otorgamiento de la correspondiente licencia”.

Nada hay, si atendemos al contenido material del discutido art. 10.3 de la Ordenanza, que nos haga ver que la finalidad de la Ordenanza que ahora nos ocupa sea distinta o que se ponga en entredicho el carácter reglado de la renovación, pues, en realidad, tal renovación aparece vinculada expresamente por el precepto en entredicho al cumplimiento de las condiciones técnicas fijadas con carácter general para la instalación y a la acreditación del cumplimiento de los niveles de emisión. Pero, precisamente por ello, ha de corregirse la antinomia que supone calificarlas como licencias en precario, expresión que más bien apela a su posibilidad de libre revocación por la Administración, habiendo producido la lógica confusión en la recurrente, como es de aventurar pueda producir -en detrimento de la seguridad jurídica- al resto de operadoras que hayan de interpretar la Ordenanza. Razón por la que, estimado parcialmente el motivo quinto de casación, anulamos la expresión “tendrán carácter precario” incorporada al art. 10.3, en su inciso inicial. Restándonos por examinar el sexto motivo de casación, en que se impugna la exigencia de un programa de desarrollo por la Ordenanza. La parte se refiere con ello, pues el motivo está en línea con el fundamento de derecho decimocuarto de su escrito de demanda, a la imposición, en el art. 15.4 de la Ordenanza de Mislata, de la presentación de un programa de desarrollo incluido en lo que se denomina “contenido del proyecto de actividad”. Sobre este aspecto, hay que recordar que, con la finalidad de racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo que sobre el medio ambiente producen con frecuencia las instalaciones de radiocomunicación, numerosas ordenanzas exigen a las distintas operadoras la presentación ante el Ayuntamiento de un plan técnico de implantación, cuya

aprobación por la Corporación local es un presupuesto para que las distintas empresas puedan obtener licencias de obras o de funcionamiento.

En las sentencias de veinticuatro de mayo de dos mil cinco, -rec. 2603/2006- y de 17 de enero de 2009 -rec. 5583/2007-, hemos razonado que “la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece

■

“...la temática litigiosa se centra en determinar si el Ayuntamiento que hoy ocupa la posición de recurrido tenía competencia para fijar límites adicionales a los contemplados para la emisión de radiaciones electromagnéticas en el Real Decreto 1066/2001, en particular en relación con lo dispuesto en el art. 11 de la Ordenanza impugnada...”

■

desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento.” Ahora bien, el art. 15.4.a.1 de la Ordenanza que ahora examinamos, simplemente refiere en relación con lo que denomina programa de desarrollo, que el proyecto de tramitación de licencia de actividad incluirá la “Descripción del programa del desarrollo de la empresa para el término municipal”. Al no incorporarse más mención sobre su contenido o finalidad, resulta imposible saber el objeto por el que se impone tal exigencia, los criterios a los que se ha de someter la entidad local a la hora de elaborarlo o -con riesgo de arbitrariedad- las razones por las que podría ser considerado insuficiente por la Entidad Local a la hora del otorgamiento de la licencia. Razones que nos conducen a estimar el sexto mo-

tivo de casación, anulando parcialmente la sentencia recurrida y con ella el art. 15.4.a.1 de la Ordenanza, en cuanto incluye el inciso “Descripción del programa del desarrollo de la empresa para el término municipal”.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer ni las costas causadas en la instancia ni las causadas por el recurso de casación interpuesto por la mercantil actora.

FALLO

1) Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de “France Telecom España, S.A.”, contra la sentencia de veintitrés de noviembre de dos mil seis, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, recaída en los autos 1373/2003.

2) Anulamos y dejamos sin efecto la sentencia citada de veintitrés de noviembre de dos mil seis, a salvo en el particular que anuló el artículo 15.4.a. 11 de la Ordenanza y concordantes.

3) Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo 1373/2003, interpuesto por “France Telecom España, S.A.” contra el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de 27 de junio de 2003, por el que se aprueba definitivamente la modificación núm. 16 del Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Mislata (Valencia), anulando y anulamos los siguientes artículos, apartados o expresiones de la misma:

a) Art. 11.2, en cuanto se refiere a la fijación de determinados límites máximos de densidad de potencia en “cualesquiera zonas de posible ocupación por parte de una misma persona durante un período de tiempo igual o superior a 6 horas”.

b) La expresión “tendrán carácter precario” incorporada al art. 10.3, en su inciso inicial y el art. 15.4.a.1.

4) No hacemos imposición de condena en las costas causadas en el recurso de casación, como tampoco de las ocasionadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martí García.- Celsa Pico Lorenzo.- Ricardo Enríquez Sancho.- Santiago Martínez-Vares García.- Segundo Menéndez Pérez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Céfico.

por la Administración tributaria. Voto Particular del Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce.

RESEÑA

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



TS CIVIL

2010/140006

TS Sala 1ª, Sentencia 7 julio 2010.
Ponente: D. Román García Varela

Inoponibilidad de cláusula oscura en orden a estimar prorrogado el arrendamiento de local de negocio

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada con motivo de la demanda de juicio de desahucio por expiración del plazo contractual en arrendamiento de local de negocio y, reiterando como doctrina jurisprudencial que la existencia de cláusulas oscuras en contratos de arrendamiento celebrados una vez se produjo la entrada en vigor del RD-Ley 2/1985 no permite considerar que existe pacto expreso de sometimiento al régimen de prórroga forzosa regulado en la LAU de 1964. Ratifica el fallo de la sentencia de primera instancia que estimó íntegramente la demanda y declaró extinguido el contrato de arrendamiento concertado entre las partes por expiración del plazo.

2010/140009

TS Sala 1ª, Sentencia 7 julio 2010.
Ponente: D. Román García Varela

Procedente resolución de arrendamiento por impago de servicios, suministros y obras necesarias

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que, al quedar acreditado el impago de las cantidades que se reclaman por las arrendadoras relativas a suministros y a obras y gastos de comunidad, desestimó la oposición formulada por el arrendatario demandado, si bien, dado que éste había consignado las cantidades en cuya ineffectividad se sustentaba la demanda, declaró enervada la acción por lo que a pesar de la estimación de la demanda en cuanto al fondo no acordó el desahucio pretendido. La Sala rechaza el rec. de casación del demandado que insiste en que no procede la repercusión de las cantidades citadas, y confirma que la

causa de resolución del contrato fundada en el impago de la renta o cantidades asimiladas a ella comprende el impago de los importes referidos a servicios y suministros y a las obras necesarias para mantener la vivienda en estado de servir para el uso conve-



TS PENAL

2010/102589

TS Sala 2ª, Sentencia 21 mayo 2010.
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Incompatibilidad del delito de estafa con una afectación de la capacidad intelectual derivada de la adicción al alcohol o a las drogas

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de estafa agravada. Sostiene el TS que el efecto de disminución de la imputabilidad a consecuencia de un consumo continuado de drogas o de alcohol, sólo puede actuar sobre aquellos delitos que se cometen como forma y en función de procurarse dinero u otros efectos para comprar o intercambiar por la droga; es lo que en términos técnicos se conoce como delitos funcionales que tienen su origen y motivación en la necesidad compulsiva de procurarse las sustancias mencionadas. Y en el caso presente, el delito presenta unas características que lo hacen incompatible con una afectación de la capacidad intelectual.

2010/102592

TS Sala 2ª, Sentencia 21 mayo 2010.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Subtipo agravado de apropiación indebida en razón a la elevada cuantía de la defraudación

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por delito de apropiación indebida. Afirma la Sala que no puede resultar creíble, una vez acreditada la desaparición de casi noventa mil euros de la facturación de las gaso-

lineras de las que, en esas fechas, la acusada era responsable, la versión exculpatoria de ésta en el sentido de que todo se debiera a irregularidades que venían arrastrándose desde tiempo atrás, pues no sólo las declaraciones prestadas por los compañeros de trabajo de la recurrente y de empleados de las entidades bancarias acerca del modo habitual de proceder en la gestión e ingreso de los importes recibidos excluyen tal hipótesis, sino que incluso la elevada cuantía de semejante descubierto hace inexplicable otro origen que no fuera el de la apropiación por la responsable de tales fondos.



TS ADMINISTRATIVO

2010/113345

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 25 marzo 2010.
Ponente: D. Angel Aguallo Avilés

Imputación fiscal al ejercicio en que se produjo el pago del gravamen complementario de la tasa fiscal declarado inconstitucional

El TS estima el rec. de casación para unificación de doctrina interpuesto por el contribuyente contra la sentencia dictada por el TSJ Cataluña, casando la sentencia recurrida, estimando el rec. contencioso-administrativo y anulando la resolución del TEAR de Cataluña, ordenando la devolución de las cantidades que resulten legalmente procedentes y aceptando la solicitud de rectificación de la autoliquidación por el IS, ejercicio 1997. El importe de las devoluciones obtenidas por el gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego declarado inconstitucional debe imputarse fiscalmente al ejercicio en el que se produjo la deducción como gasto fiscal de dicho gravamen, exigiéndose en este caso la imputación fiscal al ejercicio 1990, que es el ejercicio en el que deben entenderse devengados fiscalmente, con independencia de la contabilización que se haya realizado de los mismos, debiéndose dar el mismo tratamiento a los intereses satisfechos



TS SOCIAL

2010/140239

TS Sala 4ª, Sentencia 15 junio 2010.
Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

Presunción de accidente laboral en el fallecimiento por shock volémico

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la viuda accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre determinación como accidente de trabajo del fallecimiento de su esposo. Explica el Tribunal que el shock volémico secundario padecido en el caso enjuiciado, por gastritis hemorrágica, no existiendo antecedentes médicos de enfermedades en el capataz causante de las prestaciones, surgido en tiempo y lugar de trabajo, sobrevino en condiciones tales que permiten aplicar la presunción recogida en el art. 115,3 LGSS, no habiéndose constatado la práctica de prueba alguna conducente a desvirtuar la presunción legal.

2010/140233

TS Sala 4ª, Sentencia 19 mayo 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Rechazo de nulidad de manual de mantenimiento preventivo de escaleras y pasillos mecánicos

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la federación metalúrgica demandante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre nulidad del nuevo manual de mantenimiento preventivo de escaleras y pasillos mecánicos de la empresa de elevadores demandada. Señala la Sala que si bien es cierto que el empresario debe adoptar cuantas medidas de protección sean necesarias y exigibles para cada actividad y que esa labor de prevención debe encaminarse a evitar todos los riesgos previsibles, también lo es que en el caso enjuiciado la empresa ha estudiado el puesto de trabajo y la actividad a desarrollar, ha oído al respecto a la parte social y, posteriormente, ha redactado e impuesto un manual de actuación específico para esa faceta particular de su actividad, habiendo acreditado la prueba pericial que las normas de ese manual no incrementan el riesgo de accidentes.