



# 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 2781

Madrid, lunes 18 de enero de 2010



2009/234814

TS Sala 4ª, Sentencia 16 septiembre 2009. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

## Inexistente vulneración del derecho de igual de los traductores del Ministerio de Justicia

*El TS desestima el recurso de casación formulado por la asociación demandante frente a sentencia que rechazó la existencia de vulneración del derecho de igualdad de los traductores intérpretes del Ministerio de Justicia con respecto a otros traductores que trabajan en otras dependencias públicas al estar encuadrados en distintos grupos profesionales.*

*La Sala señala que la titulación académica es distinta y de nivel superior para el acceso al Ministerio de la Presidencia -categoría de titulado superior, grupo I-, que la requerida para el acceso a la categoría de técnico superior en el Ministerio de Justicia -grupo profesional III- y, el argumento de la identidad "en la práctica" de los requisitos de cualificación profesional de los traductores del Ministerio de Justicia a los que se refiere el litigio con las de los traductores de otros organismos encuadrados en el grupo I afecta en realidad al relato de hechos probados, al que se pretende añadir un dato histórico que no figura en él; de ahí que no pueda ser tenido en cuenta en este recurso de casación.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO, - La cuestión que plantea el presente proceso de casación común u ordinaria versa sobre si es o no ajustado a derecho el encuadramiento o clasificación de los "traductores intérpretes" del Ministerio de Justicia en el grupo profesional III, con categoría de técnicos superiores de la Administración, del Convenio Colectivo (único) del personal laboral de la Administración General del Estado (AGE). El acto de encuadramiento se produjo mediante acuerdo de 6 de julio de 2000 de la llamada "comisión general de clasificación" (hecho probado 2º); posteriormente la "subcomisión delegada de la Administración de Justicia" rechazó la petición de encuadramiento en el grupo profesional I "por considerar que no había habido cambio

en el contenido de la prestación laboral que determinó aquella clasificación" (hecho probado 3º). Es ésta la decisión impugnada en el pleito, invocando vulneración del derecho a la igualdad.

La alegada vulneración del derecho a la igualdad de los traductores intérpretes del Ministerio de Justicia se argumenta sobre la base del encuadramiento dispensado a otros traductores intérpretes a los que es de aplicación el mismo convenio colectivo único de la AGE, como los que prestan servicios en el IMSERSO o en el Ministerio de la Presidencia, clasificados en el grupo profesional I (anexo IV del convenio colectivo y hecho probado 4º, donde se citan por cierto, además de los anteriores, otros supuestos de clasificación de traductores intérpretes en los grupos II y III).

La sentencia recurrida, dictada en la instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, ha desestimado la demanda sobre la base de la distinta titulación académica exigida a los traductores intérpretes de los distintos organismos de la Administración Pública y también a los distintos servicios de interpretación y traducción prestados en ellas; en concreto se afirma que "la titulación académica es distinta y de nivel superior para el acceso al Ministerio de la Presidencia con la categoría de titulado superior (grupo profesional I), que la requerida para el acceso a la categoría de técnico superior de la Administración en el Ministerio de Justicia (grupo profesional III)".

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por la asociación actora reitera en un único motivo de censura jurídica, al amparo del art. 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, la alegación de lesión del derecho a la igualdad. Viene a decir la parte recurrente, reproduciendo en parte argumentos de la demanda, que el cometido profesional de los traductores de la Administración de Justicia es de gran trascendencia, habida cuenta de que está en juego un bien jurídico tan importante como la tutela judicial efectiva; y a ello se añade que a los traductores intérpretes del Ministerio de Justicia se les exige "en la práctica" la misma titulación de Licenciados que a los encuadrados en el grupo profesional I del convenio colectivo de la AGE, por lo que la diferencia de cualificación entre ellos y otros traductores intérpretes es "ficticia".

Pero estos argumentos no tienen peso suficiente para alterar la decisión de la cuestión controvertida adoptada por la Audiencia Nacional, que, a la vista de las disposiciones vigentes, es la ajustada a derecho. En consecuencia, el recurso, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, debe ser desestimado, por las razones que vamos a exponer a continuación.

El argumento de la identidad "en la práctica" de los requisitos de cualificación profesional de los traductores del Ministerio de Justicia a los que se refiere el litigio con las de los traductores de otros organismos encuadrados en el grupo I afecta en realidad al relato de hechos probados,

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Inexistente intromisión en el honor en las manifestaciones realizadas por federación sindical 4

Nulidad de estatutos en relación a la distribución de cuotas de división de locales 7

#### PENAL

Asesinato en grado de tentativa 9

Diferencia entre delito de coacciones y detención ilegal 10

#### ADMINISTRATIVO

Legalidad del proyecto de distribución de cargas y beneficios de la unidad de ejecución 13

Ejecución de sentencia que ordenó la restauración de la legalidad vulnerada por las licencias de obra 15

#### SOCIAL

Inexistente vulneración del derecho de igual de los traductores del Ministerio de Justicia 1

Impugnación del reconocimiento de pensión de IP por enfermedad profesional realizado por el INSS 2

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

al que pretende añadir un dato histórico que no figura en él; de ahí que no pueda ser tenido en cuenta en este recurso de casación, al no estar sustentado en el motivo de "error en la apreciación de la prueba" previsto en el art. 205 d) de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por otra parte, el argumento de la trascendencia de los servicios de traducción-interpretación para una buena Administración de Justicia, cualquiera que sea su valor de lege ferenda, tampoco es bastante para enervar la justificación de la decisión en derecho del litigio acogida por la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional, la cual, como se ha dicho, considera no artificiosa o arbitraria la desigualdad de trato acusada en el pleito, al estar basada en criterios objetivos suficientemente razonables. Ciertamente, como tales hay que valorar, siguiendo jurisprudencia constitucional (entre otras muchas resoluciones, STC 76/1990 y STC 177/1993, citadas y parcialmente reproducidas en el informe del Ministerio Fiscal), los elementos diferenciales ya mencionados de la titulación académica de nivel superior y del distinto cometido profesional exigidos o requeridos en los centros públicos señalados como término de comparación.

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de casación, formulado por la ASOCIACION ESPAÑOLA DE TRADUCTORES E INTERPRETES DE LA ADMINISTRACIÓN (AETIA), contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 30 de septiembre de 2008, en actuaciones seguidas por dicho recurrente contra ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO-MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS, MINISTERIO DE JUSTICIA, COMISION DE INTERPRETACIÓN, VIGILANCIA, ESTUDIO Y APLICACIÓN (CIVEA), FSP-UGT, FEDERACION DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS DE CC.OO., ELA-STV, CIGA y CSI-CSIF, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LE-

GISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

2009/217636

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

La mutua no tiene legitimación activa

## Impugnación del reconocimiento de pensión de IP por enfermedad profesional realizado por el INSS

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mutua demandante contra sentencia que apreció su falta de legitimación para impugnar la resolución del INSS por la que se reconocía al trabajador una pensión por IPA para su profesión habitual derivada de enfermedad profesional.*

*Según la Sala, en la fecha del hecho causante de la prestación, las mutuas de accidentes sólo asumen en la enfermedad profesional el coste de las prestaciones del personal al servicio de sus asociados en la IT y en el período de observación, pero no asumen el aseguramiento de la responsabilidad empresarial por las enfermedades profesionales en las prestaciones de IP y muerte y supervivencia, responsabilidad que correspondía al INSS y a la TGSS, de forma que la recurrente carece de legitimación para impugnar el reconocimiento por el INSS de una pensión de este tipo. Formula voto particular la Excm. Sra. Dª María Milagros Calvo Ibarlucea.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Mutua recurrente presentó demanda en las presentes actuaciones impugnando la resolución del Instituto Nacional de la Se-

guridad Social, por la que se reconocía al trabajador codemandado una pensión de incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual derivada de enfermedad profesional.

La sentencia de instancia apreció la falta de legitimación; decisión que ha confirmado la sentencia recurrida, considerando que la entidad demandante "ni es titular del derecho" controvertido, ni tiene un interés legítimo, pues no responde de la prestación reconocida, ni comparte la responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social como consecuencia de las obligaciones derivadas de la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12. 2005, sin perjuicio de la opción prevista en esa disposición. Contra este pronunciamiento recurre la Mutua, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de febrero de 2008, que aprecia la legitimación de la Mutua en un proceso con el mismo objeto -reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional-, valorando que dicha Mutua había ejercitado la opción prevista en la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12. 2005 en orden a sustituir su contribución para hacer frente a la siniestralidad general por enfermedades profesionales por el ingreso del capital coste correspondiente de la pensión u otra prestación económica de carácter periódico, lo que determina un interés por parte de la Mutua en el pleito y su legitimación pasiva, revocando el pronunciamiento de instancia en este punto.

Niega la parte recurrida la existencia de contradicción y el cumplimiento del requisito de relacionar ésta en el escrito de interposición. Este requisito, sin embargo, ha de estimarse cumplido, porque, en el apartado del recurso dedicado al quebrantamiento de la unidad de doctrina, la parte recurrente aborda el examen de la contradicción y, aunque se centra en la argumentación de las sentencias en lugar de realizar un análisis detallado de los elementos de identidad en las controversias, lo cierto es que identifica el problema debatido -la legitimación de las Mutuas en los procesos por incapacidad permanente derivados de enfermedad profesional cuando se opta por el ingreso del capital coste en virtud de la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12.2005- y la oposición de las decisiones en orden al mismo.

En cuanto a la objeción sobre la falta de contradicción, hay cierta-

mente diferencias entre los dos supuestos, porque en el caso de la sentencia recurrida se trata de un problema de legitimación activa, pues es la Mutua la que recurre contra el reconocimiento de la pensión por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, mientras que en la sentencia de contraste lo que se discute es la legitimación pasiva, pues el demandante es el trabajador, que ejercita la pretensión contra la Mutua y el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Pero esta diferencia no es relevante en orden a la estimación de la posición de la Mutua en el proceso, como consecuencia del alcance de la opción contemplada en la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12.2005. Hay que precisar que en el presente caso no se cuestiona que la Mutua haya ejercitado la opción de la disposición adicional citada a favor del ingreso del capital; lo que se mantiene por la sentencia recurrida es que esa opción afecta únicamente al régimen financiero sin que afecte al régimen de responsabilidad en las prestaciones.

SEGUNDO.- Procede, por tanto, examinar la infracción que se denuncia del artículo 24 de la Constitución en relación con la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12.2005, el artículo 68 de la Ley General de la Seguridad Social, el artículo 5 de la Orden de 18.1.1996, el artículo 31 de la LRJAPC, el artículo 5 de la Orden de 18.1.1996 y el artículo 17 de la Ley de Procedimiento Laboral. Se denuncia en síntesis que, al haber optado por el pago del capital coste de las pensiones de incapacidad temporal frente a la contribución general a la cobertura de la siniestralidad por enfermedades profesionales prevista en el art. 68. 3.b) de la Ley General de la Seguridad Social -antes de la reforma de la Ley 51/2007-, la Mutua tiene un interés legítimo y directo en los procedimientos de reconocimiento de las pensiones de incapacidad por cuanto tiene que asumir el importe individualizado de la prestación reconocida.

Para decidir sobre esta denuncia hay que tener en cuenta que el hecho causante de la prestación controvertida se produjo en el año 2007, antes de que entraran en vigor las modificaciones que en los artículos 68 y 201 de la Ley General de la Seguridad Social tuvieron lugar como consecuencia de la disposición final 8ª de la Ley 51/2007 y de la disposición final 3ª de la Ley 2/2008. De acuerdo con el régimen jurídico vigente, las Mutuas de Accidentes de Trabajo sólo asumían en la enferme-

dad profesional el coste de las prestaciones del personal al servicio de sus asociados en la incapacidad temporal y en el periodo de observación.

Para el resto de las situaciones protegidas se limitaban a realizar "la contribución que se les asigne para hacer frente, en régimen de compensación, a la siniestralidad general derivada de la aludida contingencia" (artículo 68.3.b) de la LGSS). Por ello, el artículo 201 de la LGSS limitaba el ingreso por las Mutuas de los capitales coste a las prestaciones por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo. La contribución de las Mutuas frente a la siniestralidad en materia de enfermedad profesional se regulaba en el art. 75 y siguientes del Reglamento de Cotización y Liquidación, aprobado por Real Decreto 2064/1995, en relación con las previsiones anuales de las normas de cotización. No era una asunción del coste de estas prestaciones, sino una contribución a la prevención de la siniestralidad. En el marco de esta regulación, que es la que aquí resulta aplicable, era claro que las Mutuas no asumían el aseguramiento de la responsabilidad empresarial por las enfermedades profesionales en las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia; responsabilidad que correspondía al INSS y a la TGSS como sucesores del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (disposición final 1ª y disposición transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 36/1978).

En este contexto normativo la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12.2005 estableció que la contribución asignada a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para hacer frente, en régimen de compensación, a las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales distintas de las correspondientes a la situación de incapacidad temporal podría ser sustituida por el ingreso del capital coste correspondiente de la pensión u otra prestación económica de carácter periódico. Se trata de una opción que surte efectos para todas las prestaciones de carácter periódico derivadas de enfermedad profesional cuyos efectos económicos se produzcan a partir del 1 de enero del ejercicio siguiente y lleva aparejada la correspondiente reducción en la aportación a los Servicios Comunes de la Seguridad Social, "en los términos que establezca la normativa sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social".

No varía, por tanto, en principio, la posición de las Mutuas con respecto al aseguramiento de la responsabilidad empresarial en materia de enfermedad profesional, que queda limitada a la incapacidad temporal y al periodo de observación y en este sentido debe entenderse la norma

tercera de la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 16 de febrero de 2007, que se refiere a la determinación de la Mutua responsable del ingreso del capital coste como sustituto de la contribución del art. 68.3.b) de la LGSS y no a la Mutua responsable de las prestaciones por incapacidad permanente y muerte; responsabilidad que continuaba atribuida al INSS y a la TGSS.

Pero esta conclusión plantea un problema de mayor alcance. Es cierto que el coste de la prestación se desplaza a la Mutua, como consecuencia de la opción que habilita la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12.2005. Pero esa opción -abierto por una disposición reglamentaria de segundo grado- no puede afectar a la relación jurídica protección tal como ha sido configurada legalmente y en esa relación que existe entre el beneficiario y la entidad gestora no está implicada la Mutua y su implicación por la disposición reglamentaria citada incurre en una triple infracción legal:

1ª) Introduce, en perjuicio del trabajador, una responsabilidad compartida de la Mutua donde la ley sólo contempla una responsabilidad del INSS y, excepcionalmente, por incumplimiento, del empresario, como se deduce con toda claridad de lo establecido en los artículos 68.3.b), 126.1 y 201.1 de la LGSS, pues el primero excluye a las Mutuas de la gestión las pensiones derivadas de enfermedad profesional; el segundo delimita las responsabilidades en materia de prestaciones en atención a las competencias en la gestión o en la colaboración en la gestión, y el tercero limita la obligación de abono de capitales coste por las Mutuas a las pensiones por accidente de trabajo.

2ª) Extiende la obligación de constituir capitales coste fuera de los supuestos legalmente previstos y al margen de la responsabilidad en la prestación.

3ª) Exonera a las Mutuas del cumplimiento de la obligación de la contribución a la siniestralidad en materia de enfermedades profesionales que la ley les impone de forma imperativa y sin posibilidad de exoneración o permuta.

La entrada de la Mutua en la relación de protección controvertida no se ajusta a estas normas y representa un perjuicio para los beneficiarios, al abrir un frente artificial de litigiosidad en esta materia, que, como muestra el presente caso, supone un coste para aquéllos. La actividad administrativa, en general, y la gestión de la Seguridad Social, en particular, están sometidas al principio de legalidad y no pueden ser alteradas por actos o acuerdos al margen de su configuración legal, que tampoco puede ser desconocida por normas de rango inferior.

No cabe, por tanto, admitir la legitimación activa de la Mutua para impugnar el acto de reconocimiento por el INSS de una pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional, porque la asunción del coste de esa prestación por la vía de la opción abierta por la disposición adicional 1ª de la Orden de 27.12.2005 no se ajusta a la legalidad vigente y no puede alterar la configuración de la relación de protección. Frente a ello no cabe alegar que la falta de legitimación produce a la Mutua una situación de indefensión, porque el reconocimiento de la pensión no crea de forma automática la obligación de abonar el capital coste; obligación que tendrá que ser declarada por el organismo gestor competente y que podrá ser impugnada por la Mutua alegando la ilegalidad de la opción. La Mutua puede combatir la decisión del INSS para excluir la aplicación del capital coste, invalidando la opción por ilegal. Pero no puede impugnar el reconocimiento de la pensión que a favor del trabajador ha hecho el único organismo competente.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso con las consecuencias que de ello se derivan en orden a la pérdida del depósito constituido para recurrir y la condena en costas de la parte recurrente.

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua de Accidentes de Trabajo Asepeyo, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 17 de octubre de 2008, en el recurso de suplicación núm. 1163/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de febrero de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo, en los autos núm. 630/07, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, D. Amador y la empresa Bartusol, S.A., sobre incapacidad permanente. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir y condenamos a la entidad recurrente al abono de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiere lugar.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Jo-

aquín Samper Juan.- Jordi Agustí Julia.- Milagros Calvo Ibarlucea.

### VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula la Excm. Sra. Dª María Milagros Calvo Ibarlucea a la sentencia dictada en el recurso 3987/2008.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el R. C.U.D. 3987/2008 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se emite por discrepancia con el criterio adoptado sobre legitimación de la Mutua de Accidentes de Trabajo Asepeyo.

Parte la sentencia de las deficiencias causadas en la O.M. de 27 de diciembre de 2005.

Con independencia del grado de ajuste a la legalidad de la O.M. de 27 de diciembre de 2005 deberá prevalecer en principio constitucional, el de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Dicha tutela se le niega a quien viene obligado a constituir un capital coste, carga existente en función, de manera próxima, del reconocimiento de una declaración de invalidez. Sólo combatiendo esa declaración puede llegar la obligada a exonerarse de la carga impuesta. Negar la legitimación para intervenir en un proceso impugnatorio de la declaración a la invalidez implica la obligada firmeza de la resolución, a menos que el declarado inválido la impugne a su vez, pero en virtud de un interés contrapuesto.

La demandante optó en su día por asumir el depósito del capital coste, en contraposición a las anteriores obligaciones sobre prevención. Pero esa opción no le puede someter a una postura inexpugnable del INSS en cuanto al grado y en especial a la contingencia que blindaría a la entidad gestora en el desplazamiento de la responsabilidad. De esta forma en el acuerdo alcanzado entre Entidades Colaboradoras y Gestoras, el desarrollo de las consecuencias podría quedar al arbitrio de una de ellas, el INSS, contrariando así las previsiones del artículo 1256 del Código Civil.

Madrid, a 14 de julio de 2009

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



2009/229014

TS Sala 1ª, Sentencia 2 octubre 2009. Ponente: D. Francisco Marín Castán

## Inexistente intromisión en el honor en las manifestaciones realizadas por federación sindical

*El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia absoluta impugnada que rechazó la acción de protección del honor ejercitada, al confirmar que las manifestaciones realizadas por los demandados y la información difundida no suponen una intromisión en el honor del actor, sino que ponen de manifiesto el enfrentamiento del sindicato codemandado con el actor, que era representante de un sindicato rival y secretario general del consejo de administración de una empresa, por lo que no cabe desconocer que una parte del contenido de las circulares se refería a reivindicaciones de los trabajadores de dicha empresa tan típicamente laborales como las salariales, reprochando al más alto responsable de la misma su pasividad.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, interpuesto por el demandante al amparo del ordinal 1º del art. 477.2 LEC de 2000, versa sobre la protección jurisdiccional civil de su derecho al honor y se compone de un solo motivo fundado en la vulneración de tal derecho fundamental garantizado por el art. 18 de la Constitución y desarrollado por la LO 1/82, citándose como normas infringidas dicho precepto constitucional y los arts. 7.7 y 9, apdos. 2 y 3, de la citada ley orgánica.

Dividido el alegato del motivo en cuatro apartados de los que únicamente el último tenía autonomía o sustantividad propia, ya que impugnaba la absolución del codemandado persona natural fundada en su falta de legitimación pasiva, este último apartado fue inadmitido en su momento por esta Sala como fundamento o eventual motivo autónomo del recurso de casación, de suerte que en esta sentencia no cabe ya tratar de una posible estimación de la demanda en cuanto dirigida contra dicho codemandado.

En definitiva, se trata de determinar si la otra demandada, la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FeS-UGT), incurrió o no en una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante al divulgar una serie de hechos y manifestar unas opiniones sobre el mismo, primero mediante un escrito dirigido al Consejo de Administración de Caja España, cuyo secretario era precisamente el demandante, a la sazón también secre-

tario general de la sección sindical en Caja España de la Confederación de Sindicatos Independientes de Cajas de Ahorro (CSICA), y, luego, mediante el envío de copias de ese mismo escrito por valija interna a varios empleados de la Caja y la difusión de diversas circulares por el servicio de intranet de la propia entidad.

La sentencia de primera instancia declaró la existencia de intromisión ilegítima por parte de ambos demandados con base, esencialmente, en la falsedad de los hechos y datos relativos al demandante difundidos por aquéllos y en la falta de veracidad de la información por no haberse preocupado los demandados de comprobar tales datos y hechos.

La sentencia de apelación, en cambio, no sólo absolvió al demandado persona natural por su falta de legitimación pasiva sino que, además, desestimó totalmente la demanda en el fondo respecto de la Federación codemandada razonando, en síntesis, que la carta dirigida al Consejo de Administración de Caja España no pretendía más que la investigación de unas posibles irregularidades; que aun cuando los hechos reseñados en dicha carta como presuntamente vulneradores de los estatutos de la Caja no fueran ciertos, los términos de la carta quedaban amparados por los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información, pues no se había acreditado que lo denunciado en la misma careciera por completo de justificación en ese momento ni tampoco que se hubiera enviado "con conciencia de su inexactitud y con la sola finalidad de

divulgarla o constituir un medio o instrumento de difamar o desacreditar al actor"; que tampoco cabía considerar ilegítimo el contenido de las circulares difundidas por el servicio de intranet, pues en el contexto de unas próximas elecciones sindicales se daba una mayor amplitud y flexibilidad del derecho a la libertad de información, expresión y crítica; que las opiniones sobre el demandante contenidas en las circulares no partían de "una información inventada, gratuita o ajena a toda realidad", sino de unos datos facilitados a la Federación sindical demandada por una empresa especializada, "fuente de la que en principio no había razones objetivas para dudar de su seriedad y fiabilidad, y que casualmente coincide con la información que fue suministrada al actor por otra empresa de las mismas características"; y en fin, que "el sindicato demandado también había solicitado (ver Circular de fecha 31-10-02) del sindicato del actor el envío de toda la documentación relativa al caso que éste había ofrecido en un comunicado anterior, documentación que no consta fuera enviada".

Las anteriores consideraciones jurídicas y declaraciones fácticas del tribunal de apelación se hacen desde una expresa aceptación de los hechos que la sentencia apelada de primera instancia había declarado probados, aceptación no obstante supeditada a las precisiones introducidas por el propio tribunal de apelación.

De ahí que, debiendo partir necesariamente esta Sala de unos hechos probados incólumes en casación, proceda transcribir los declarados como tales en la sentencia de primera instancia del siguiente modo:

"- Que D. Pedro Francisco ostenta los cargos de Consejero General, Vocal y Secretario del Consejo de Administración de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad desde septiembre de 1999, habiendo sido Vocal y Secretario de la Comisión de Control de dicha entidad financiera en 1996, ostentando igualmente el cargo de Secretario General de la Sección Sindical en Caja España de la Confederación de Sindicatos Independientes de Caja de Ahorros (CSICA) desde junio de 2000.

- Que D. Cornelio es Secretario General de la Sección Sindical en Caja España de U.G.T., habiendo remitido en agosto del año 2002 carta fechada en 26 de septiembre de 2002 acompañada de diversa documentación al Presidente y Vocales del Consejo de Administración de Caja España, que asimismo utilizando el Servicio de intranet de información a los empleados, la comisión ejecutiva de la sección sindical en Caja España de U.G.T. por medio de circulares sindicales difundió los días 21, 25, 31 de octubre y 7 de noviembre de 2002 la información que se refería a datos tales como que la empresa

Friher S.A. pertenece en su totalidad a la familia Pedro Francisco, familia del actor, indicándose que el actor Sr. Pedro Francisco se incorporó el 12 de septiembre de 2000 como Consejero de dicha Sociedad atribuyéndole la condición de accionista, y que las operaciones de esa sociedad durante el ejercicio 2000 para con la Caja representa una facturación de casi 40.000.000 ptas., aportándose el documento 7 de la demanda sobre operaciones con terceros superiores a 500.000 ptas., indicándose que se estaría vulnerando el art. 8, apartado J de los estatutos de Caja España sobre la incompatibilidad para ser miembro de los órganos de Gobierno de la Caja a quien estén vinculados directa o indirectamente o a través de sociedad interpuesta en la que participen con más del 20% a la Caja o a Sociedades en las cuales participe esta con más de un 20% de capital, por contrato de obras, servicios o suministro o trabajo retribuido, salvo la relación laboral para los empleados de la Caja.

- Que la familia del Sr. Pedro Francisco no está en posesión del 100 por 100 del capital de la entidad Friher S.A.

- Que el Sr. Pedro Francisco no es accionista de la entidad Friher S.A.

- Que cuando el Sr. Pedro Francisco fue elegido vocal de la comisión de control de la caja cumplimentó la declaración de altos cargos declarando que sus padres poseían más de un 20% de participación de la sociedad Friher S.A., declarando cuando fue elegido vocal del Consejo de administración que era consejero de aquella sociedad.

- Que el Sr. Pedro Francisco no ha participado en la apertura de plicas de obras referidas a la instalación de aire acondicionado para la Caja.

- Que la información obtenida por la Sección Sindical U.G.T. en Caja España se remitió a los órganos de Administración de la entidad en agosto de 2002, teniéndola en su poder al menos en enero y febrero de dicho año, siendo que para el día 20 de noviembre de 2002 estaban convocadas las elecciones sindicales de Caja España.

- Que por la Sección Sindical de U.G.T. en Caja España por las circulares sindicales de fechas 21, 25 y 31 de octubre y 7 de noviembre de 2002 y a través del Servicio de intranet de la Caja difundió los comentarios y valoraciones sobre el Sr. Pedro Francisco relativos a su supuesta incompatibilidad, falta de ética e inmoralidad, aludiendo a las obligaciones e incompatibilidades de consejeros y administradores en relación con la vinculación a la empresa familiar, sin que haya quedado acreditado que fuera la sección sindical de U.G.T. en Caja España la que difundiera tales datos e informaciones al diario El País que publicó en fechas 6 y 7 de

noviembre de 2002 los artículos firmados por la Sra. Celsa en León.

- Que dicha información llegó a través de valija interna al Sr. Raúl Consejero General de Caja España miembro del comité ejecutivo de CSICA, otro empleado de Valladolid y Zamora, dirigido a su nombre y puesto dentro de la Caja y sin remite y aproximadamente en octubre de 2002.

- Que el expediente seguido en la Conserjería de Economía y hacienda de la Junta de Castilla y León sobre operaciones de Friher en Caja España para contratación de suministro de aire acondicionado sin acuerdo del Consejo de Administración ni autorización de la Consejería concluyó con resolución por la que se imponía a Caja España una sanción de 30.000 euros, siendo que la obligación para tales autorizaciones corresponden a la propia Caja y no al actor.

- Que por la Sección Sindical de U.G.T. en Caja España no se procedió a recabar información acerca de los datos que se vertían en las circulares ni al propio actor ni a organismos o personas dentro de la Caja."

SEGUNDO.- El demandante-recurrente sustenta la infracción de los arts. 18 de la Constitución y 7.7 y 9, apdos. 2 y 3, de la LO 1/82, fundamento del motivo único de su recurso, en una serie de alegaciones que, en síntesis, son las siguientes: frente al acierto de la sentencia de primera instancia resulta incomprensible que la de apelación, pese a reconocer que los hechos divulgados no son ciertos y que la información adolecía de graves inexactitudes, "ampare esta divulgación de hechos falsos en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de información"; la federación sindical demandada tenía la información en su poder cuando menos desde enero y febrero de 2002, y sin embargo no la divulgó hasta agosto de ese mismo año, siendo así que las elecciones sindicales se celebraban el siguiente mes de noviembre; dicha demandada tampoco recabó información del Registro Mercantil ni de ningún órgano de la propia Caja de Ahorros; la fuente informativa, una empresa de distribución de datos por Internet, no era fiable, como por demás señaló el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso de apelación de ambos demandados, de suerte que la Federación sindical hoy recurrida no cumplió su deber de diligencia antes de transmitir y divulgar la información; además actuó de mala fe, pues de la información obtenida de una fuente tan poco fiable se tacharon "los inexistentes datos sobre porcentajes de capital de los presuntos socios"; en consecuencia la conducta del sindicato demandado no se ajustó al nivel de diligencia exigido por la doctrina del Tribunal Constitucional cuando la noticia que se divulgue pueda suponer, por su propio contenido, un des-

crédito; si la intención del sindicato demandado hubiera sido velar por el buen nombre de la Caja, como en su momento alegó, se habría dirigido a la Comisión de Control de la entidad y no a su Consejo de Administración; la remisión de la información a varios empleados de la Caja por valija interna y su difusión general en la entidad por su servicio de intranet no viene sino a corroborar la mala fe del sindicato demandado; la difusión de hechos falsos vino acompañada, por ende, de "expresiones difamantes y vejatorias", imputando al demandante estar en situación de incompatibilidad estatutaria, valerse de información privilegiada, faltar a la ética, no defender los intereses de los trabajadores, inmoralidad, ser protagonista del cuento de Alí-Babá, constituir un mal ejemplo para los trabajadores, estar acomodado a las prebendas y al calor del poder, no haber sido ni medio inteligente y no demostrar su inocencia; tras haber concluido el Consejo de Administración su investigación sobre los hechos que se atribuían al demandante concluyendo que eran falsos, en 10 de octubre de 2002, el sindicato demandado no cejó en su empeño, sino que difundió las circulares de 21, 25 y 31 de octubre y 7 de noviembre del mismo año insistiendo en sus acusaciones; ante tamaña insistencia el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros se ocupó otra vez de la cuestión en su sesión de 7 de noviembre de 2002, concluyendo que la sección sindical de UGT había mentido descaradamente al afirmar que el Consejo no había tratado el asunto, sesión en la que varios consejeros calificaron de injuriosas y calumniosas las acusaciones contra el demandante y criticaron la actuación de unos representantes sindicales que no dudaban en desprestigiar a un rival para ganar las elecciones de esos meses de noviembre; finalmente, la finalidad perseguida por el sindicato demandado estaba clara, pues si el demandante cesaba en sus cargos del Consejo de Administración, su vacante sería cubierta por un suplente que en su momento se había presentado por CSICA pero después se había afiliado a UGT, y, además, para el 20 de noviembre estaban convocadas las elecciones sindicales en Caja España y la sección sindical de UGT utilizó este asunto como parte de su campaña electoral.

TERCERO.- De todo lo antedicho, es decir hechos probados, oposición entre las sentencias de ambas instancias, fundamentos legales del único motivo del recurso y alegaciones de su desarrollo argumental, claramente se desprende que lo planteado ante esta Sala es un típico conflicto entre, de un lado, el derecho fundamental al honor del demandante (art. 18.1 de la Constitución) y, de otro, los derechos fundamentales de la federación sindical demandada a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones (art. 20 1.a. de la Constitución) y a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.d.

de la Constitución), pues el escrito y circulares en cuestión no sólo dan cuenta de unos hechos que afectan directamente al actor-recurrente sino que, además, al hilo de tales hechos expresan la opinión que a la federación sindical demandada le merece la conducta del demandante.

Al ámbito de la información corresponde casi todo el contenido del escrito dirigido al Consejo de Administración de Caja España pidiendo una investigación sobre la empresa Friher y el luego demandante con base en la documentación que se acompañaba, si bien ya se aventura algún juicio de valor sobre la conducta del demandante al considerarla claramente contrapuesta a los estatutos de la Caja en materia de incompatibilidades y advertir que podía haberse aprovechado de información privilegiada en perjuicio de otras empresas competidoras de aquella.

Por lo que se refiere a las circulares, el contenido de una de ellas muestra una clara evolución desde una denuncia de la responsabilidad de la propia Caja de Ahorros frente a sus empleados hasta una atención centrada exclusivamente en el demandante congratulándose de que éste hubiera reconocido públicamente los hechos que se venían denunciando, por lo que su respectivo contenido entremezcla opinión e información en distinto grado.

Así, la circular de 21 de octubre de 2002 tiene como destinatario principal de los reproches del sindicato no al demandante sino al presidente de la Caja de Ahorros, planteándole de entrada reivindicaciones de los trabajadores fundamentalmente salariales, a continuación de lo cual se alude a un determinado asunto pendiente y, luego, a la "papeleta" que representa el caso del demandante, "Consejero de una empresa de su familia" que se adjudica un importante porcentaje de las instalaciones de aire acondicionado en las oficinas de la entidad y que, como secretario del Consejo de Administración, se encarga "de la apertura de plicas de empresas que presupuestan obras a la Caja, y aunque consta (y el interesado así lo ha manifestado) que en las que podían afectar no participaba, es evidente la posibilidad de información privilegiada"; y tras ponerse en duda su compatibilidad para el cargo y que pueda defender los derechos de los trabajadores como secretario general del CSICA, se vuelven a personalizar los reproches en el presidente de Caja España instándole a que no ignore los derechos de los trabajadores.

Por su parte la circular del siguiente día 25 ya se centra más en la persona del luego demandante, señalando que "pudiera estar incurriendo en alguna irregularidad" por los datos que luego se expresan, aunque no sin aclarar que provienen unos del Registro Mercantil y otros de la empre-

sa Informa S.A. Tras sugerirse que el demandante podría haber incurrido en incompatibilidad, se le reprocha no haber sido "medio inteligente" al dejar de pedir permiso previo a la Consejería de Economía para cada una de las operaciones. Luego de aduce que "UGT sólo pretende claridad en el asunto", habiendo solicitado una investigación porque "El Tema es serio"; que las actuaciones del demandante "dejan muchas preguntas en el aire", sin que haya demostrado documentalmente su inocencia, pues a tal efecto no podía bastar un comunicado sindical; que UGT no tiene "la culpa de que recaigan en la misma persona los cargos de Consejero en representación de los empleados, Secretario del Consejo de Administración y Secretario General del CSICA"; y que solamente en el aspecto ético, difícil justificación tenía el demandante como secretario del Consejo de Administración.

Finalmente se cierra la circular del siguiente modo: "No se confundan los relatos y los protagonismos. No es lo mismo 'Los tres mosqueteros' que el cuento de 'Alí-Babá y...'"

La circular de 31 de octubre, con el título "Las Cosas hay que demostrarlas", comienza aludiendo a la papeleta y al lío en que se encuentra metido el secretario general del CSICA, es decir el demandante, y a su empeño de "querer confundir las cosas". Luego se insiste en el caso, denunciando que "algo huele mal en la Caja y CSICA está impregnado de ese olor que rezuma allá por donde pasa", acusando de pasividad al presidente de la Caja de Ahorros, manifestando el propósito de UGT de que se aclare documentalmente el asunto, exigiendo al luego demandante que demuestre no ser consejero y administrador de Friher, que esta empresa de su familia no instaló el aire acondicionado en varias oficinas de la Caja, que las instalaciones y operaciones crediticias estaban autorizadas o quiénes eran los accionistas de aquella empresa en el periodo 1999-2002. Y tras interesarse de CSICA el envío de documentación, se hace un confuso reproche de "inmoralidad" y se cierra la circular con la frase "Nosotros sí tenemos responsabilidad en este sentido y un gran respeto hacia la Caja y hacia nuestros compañeros".

Por último la circular de 7 de noviembre, bajo el título "¡¡Lo reconoce públicamente!!", se limita a constatar que el secretario del Consejo de Administración de la Caja, y a la vez secretario general de CSICA, había reconocido por fin ser consejero de la empresa familiar que instalaba el aire acondicionado en las oficinas de la Caja así como su presencia en la apertura de las plicas de adjudicaciones, adjunta un artículo del diario El País sobre el caso y acaba pidiendo el cese inmediato del demandante como secretario del Consejo de Administración.

CUARTO.- La respuesta de esta Sala al recurso de casación habrá de fundarse, por tanto, en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la protección del derecho al honor cuando entra en conflicto con los derechos a la libertad de expresión y de información, así como sobre el requisito de la veracidad de la información y, también, sobre el derecho a la libertad sindical, pues si bien el litigio no versa sobre este último, dado que no se enjuicia el enfrentamiento de un sindicato con la empresa sino con una persona que a su vez era representante de un sindicato rival y secretario general del Consejo de Administración de una Caja de Ahorros, no cabe desconocer, en primer lugar, que una parte, siquiera mínima, del contenido de las circulares se refería a reivindicaciones de los trabajadores de la Caja tan típicamente laborales como las salariales y, en segundo lugar, que otra parte, de importancia nada desdeñable, se dedicaba a reprochar al más alto responsable de la Caja su pasividad ante hechos que la afectaban como empresa.

Seleccionando al máximo las sentencias del Tribunal Constitucional que mejor pueden convenir al caso examinado, dado el ingente número de veces que se ha pronunciado sobre las materias anteriormente reseñadas, la STC 160/2003, de 15 de septiembre, se refiere así a la “no siempre fácil” distinción entre expresión de ideas u opiniones e información sobre hechos: “Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables.

Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, 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 ha añadido al término “información”, en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo “veraz” (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3). Sin embargo, hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a

menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos.”

En cuanto al requisito de la veracidad de la información, la STC 28/1996, de 26 de febrero, se expresa en los siguientes términos:

“3. En relación con el requisito de veracidad de la información, este Tribunal se ha cuidado en reiteradas ocasiones de rechazar tanto su identificación con el de objetividad (STC 143/1991, fundamento jurídico sexto), como su identificación con la “realidad incontrovertible” (STC 41/1994, fundamento jurídico tercero), que constreñiría el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 143/1991, fundamento jurídico sexto). “Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado.

El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio” (STC 6/1988, fundamento jurídico quinto).

El concreto deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994, 139/1995). Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene informada por los criterios profesionales de actuación periodística (SSTC 219/1992, fundamento jurídico quinto; 240/1992, fundamento jurídico séptimo) y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate (STC 240/1992, fundamento jurídico séptimo).

El nivel de diligencia exigible adquirirá “su máxima intensidad”, en primer lugar, “cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere” (SSTC 240/1992, fundamento jurídico séptimo; 178/1993, fundamento jurídico quinto), criterio al que se añade, en su caso, abundándolo, el del respeto al derecho de todos a la presunción de inocencia (STC 219/1992, fundamento jurídico quinto), y al que se suma también, de modo bifronte, el de la “trascendencia de la información”, pues, si bien ésta sugiere de suyo un mayor cuidado en la contrastación (así, SSTC 219/1992, fundamento jurídico quinto; 240/1992, fundamento jurídico séptimo), apunta también a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia.

No se detienen ahí los cánones a utilizar en la precisión de la frontera entre la actividad informativa y el derecho al honor. Constituye también criterio de modulación el de la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado por la información, puesto que “los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos” (SSTC 171/1990, fundamento jurídico quinto; 173/1995, fundamento jurídico tercero).

Resulta, asimismo, relevante cuál sea el objeto de la información: si “la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia”, o la transmisión neutra de manifestaciones de otro (STC 41/1994, fundamento jurídico quinto; también SSTC 15/1993, fundamento jurídico segundo, 336/1993, fundamento jurídico séptimo).

Más recientemente, y en relación con el mismo requisito de la veracidad, la STC 61/2004, de 19 de abril, ha puntualizado que “no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia” y que “la veracidad de una información en modo alguno puede identificarse con su realidad incontrovertible, puesto que ello constreñiría el cauce comunicativo únicamente a los hechos que hayan sido pleno y exactamente de-

mostrados” (con cita de las SSTC 28/1995 y 2/2001); y la STC 216/2006, de 3 de julio, además de reiterar que la intención no es canon de veracidad, resalta que mientras la remisión a “fuentes indeterminadas” resulta insuficiente, en cambio “cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, sería o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente” (con cita de las SSTC 178/1993 y 21/2000), recalando en cualquier caso, cómo “este Tribunal ha insistido reiteradamente en que ese concepto (el de veracidad) no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido”.

Finalmente, sobre el derecho a la libertad sindical la STC 185/2003, de 27 de octubre reitera la doctrina de que el art. 28.1 de la Constitución, pese a su tenor literal, permite considerar integrado en el contenido esencial de tal derecho no sólo la vertiente organizativa o asociativa sino también “la vertiente funcional, el derecho a la actividad sindical”, y la STC 108/2008, de 22 de septiembre, con cita de la STC 281/2005, se refiere expresamente a los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información como instrumentos legítimos de acción sindical, permitiendo “la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige”, siempre que las expresiones no sean gravemente ofensivas o vejatorias y el lenguaje se corresponda con el habitualmente utilizado “en la práctica sindical”.

QUINTO.- Pues bien, de examinar el caso enjuiciado con arreglo a la reseñada doctrina del Tribunal Constitucional resulta que esta Sala coincide con el tribunal sentenciador en su juicio general de que la federación sindical demandada no incurrió en intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, de suerte que no se aprecia la infracción de los arts. 18.1 de la Constitución y 7.7 y 9 (apdos 2 y 3) de la LO 1/82 denunciada en el único motivo del recurso, razón por la cual éste ha de ser desestimado.

Aunque no se compartan algunos de los razonamientos del tribunal de apelación, como el que parece exigir en el sujeto activo de la intromisión una conciencia de la inexactitud de la información transmitida y del perjuicio que se causa a otro al divulgarla, ya que en el ámbito de la protección civil del derecho al honor puede existir intromisión ilegítima sin dolo del agente, sí se comparte en lo esencial su juicio de que la federación sindical demandada no rebasó, en el ejercicio de sus derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información, los límites marcados por el derecho al honor del demandante.

Debe señalarse ante todo que con arreglo a los hechos probados no

cabe atribuir al demandante ninguna irregularidad legal ni estatutaria. Con independencia de la opinión que merezca una regulación que permite ser a la vez secretario del Consejo de Administración de una Caja de Ahorros, secretario general de un sindicato con fuerte implantación en la entidad y consejero de una sociedad que habitualmente concurre a la adjudicación de obras de instalación de aire acondicionado en las oficinas de la entidad, lo cierto es que el demandante nada ocultó a la Caja de Ahorros y cumplió rigurosamente al régimen de incompatibilidades, e incluso se abstuvo de intervenir en la apertura de plicas cuando en el concurso correspondiente estaba interesada la empresa Friher.

Sin embargo no es menos cierto que esa triple condición le exponía a la crítica en el específico ámbito en que ésta se produjo y, además, que la crítica por parte de uno de los sindicatos rivales se fundaba en unos hechos cuya fuente era una empresa debidamente identificada, dedicada precisamente a la información sobre sociedades. Estos hechos no eran totalmente exactos, pues ni todas las acciones de la sociedad anónima Friher pertenecían a la familia del demandante ni éste tenía la condición de accionista, pero sí eran veraces en lo esencial, pues la familia del demandante tenía una importante participación en la sociedad, él mismo era consejero de ésta, condición mucho más relevante que la de mero accionista, y la sociedad concurría habitualmente a la adjudicación de obras de instalación de aire acondicionado en las oficinas de Caja España, hasta el punto de que la autoridad autonómica competente impuso a esta última entidad una sanción de 30.000 euros por irregularidades en el procedimiento de contratación entre Caja España y Friher.

Así las cosas, el escrito dirigido al Consejo de Administración de Caja España y las circulares difundidas por el servicio de intranet contaban con el sustento o base real de unos hechos, los sí demostrados exactos, que justificaban la petición de una investigación por la Caja y de explicación por parte del hoy demandante y del sindicato al que éste representaba, pues tales hechos de por sí ya permitían abrigar sospechas de favoritismo para con Friher y de información privilegiada por parte del demandante.

Si a todo lo anterior se une que el sindicato CSICA, de cuya sección sindical en la Caja era secretario general el demandante, se abstuvo de remitir a la federación sindical demandada la documentación que habría podido aclarar el asunto; que la inminencia de elecciones sindicales acentuaba el ambiente de confrontación entre sindicatos rivales, con reivindicaciones estrictamente laborales de por medio, por más que desde luego no sea lícito en ese contexto obtener una posición de ventaja difa-

mando al adversario; y en fin, que de las opiniones sobre el demandante tan sólo la referencia al cuento de Alí-Babá podría calificarse de ofensiva, aunque sin la trascendencia necesaria para constituir por sí sola una intromisión ilegítima dado lo indirecto o genérico de la alusión, la conclusión no debe ser otra que la desestimación de la demanda acordada por el tribunal sentenciador.

**SEXO.**- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC de 2000, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas al recurrente.

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

### FALLO

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Pedro Francisco, representado ante esta Sala por la Procuradora Dª Esperanza Azpeita Calvín, contra la sentencia dictada con fecha 21 de abril de 2005 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid en el recurso de apelación núm. 31/05.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas al recurrente.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.

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

2009/234629

TS Sala 1ª, Sentencia 15 octubre 2009. Ponente: D. Román García Varela

## Nulidad de estatutos en relación a la distribución de cuotas de división de locales

*Desestima la Sala del TS el recurso de casación deducido por la comunidad de propietarios contra*

*la sentencia que estimó parcialmente el recurso de apelación deducido por el propietario, declarando la nulidad de los estatutos comunitarios únicamente en el particular relativo a la distribución de las cuotas resultantes de la división de los locales. Considera la Sala que tanto los estatutos como la LPH autorizan a los propietarios a realizar en sus inmuebles las reparaciones y alteraciones que estimen oportunas siempre y cuando no afecten a elementos comunes o a la habitabilidad o estabilidad del edificio. Sobre este particular, los estatutos no adolecen de defecto alguno que implique su nulidad, de ahí que las obras de instalación de aire acondicionado acometidas por el demandado no puedan ser objeto de reproche. Sí lo es, y así lo estimó la AP la fijación de la distribución de las cuotas al margen de lo que pueda decidir la junta y sin tener en cuenta las mayorías que para ello se fijen.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La "Comunidad de Propietarios de la calle 000 números núm. 000, núm. 001, núm. 002 y núm. 003 de Pinto" demandó por los trámites del juicio ordinario a la "Constructora Parque Pinto, S.A.", e interesó la nulidad de pleno derecho del artículo 11 de los Estatutos de la Comunidad, y, también, ejerció acción de cesación respecto a la instalación de aire acondicionado en la cubierta del edificio, más el abono de daños y perjuicios, por entender que la citada norma contradice las reglas imperativas contempladas en la Ley de Propiedad Horizontal, en especial del artículo 7.1, según el cual está prohibida la alteración de los elementos comunes de la Comunidad.

El Juzgado acogió íntegramente la demanda, al considerar que la pauta estatutaria contradice la norma imperativa de la indicada Ley, y afecta a los elementos comunes, lo que requiere la autorización de la Comunidad de Propietarios; y su sentencia fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia, con la declaración de nulidad de la parte de la regla referida a la distribución de cuotas asignadas a los locales, tras la segregación y adjudicación, con el mantenimiento de la condena a retirar la instalación de aire acondicionado.

La actora ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 29 de enero de 2008, lo ha admitido por concurrir los presupuestos y requisitos legalmente exigidos en los artículos 479.1 y 4 de la misma Ley.

**SEGUNDO.**- El motivo primero del recurso acusa la infracción por inaplicación de la Disposición Adicional Única de la Ley de Propiedad Horizontal, en la que se establece la nulidad de las cláusulas contenidas en los Estatutos de Comunidad de Propietarios, que sean contrarias o resulten incompatibles con los preceptos de esta Ley, en relación con el artículo 6.3 del Código Civil, que dispone igualmente la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas; asimismo, señala que el artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal determina la posibilidad, para el propietario de un piso o local, de alterar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios privativos, siempre y cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, y debe dar cuenta en todo caso de tales obras previamente a quien represente a la Comunidad, y, en su párrafo segundo, este precepto impide a todos los propietarios la realización de alteración alguna en el resto del edificio; por último, la sentencia impugnada ha vulnerado el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, que señala que cualquier alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, esto es, a la unanimidad que prevé el artículo 17 al tratarse de normas todas ellas de clara naturaleza imperativa o prohibitiva.

El motivo se desestima.

El artículo 11 de los Estatutos dice textualmente lo siguiente: "(...) De acuerdo con lo establecido en la escritura pública de constitución de la propiedad horizontal de esta comunidad, los propietarios de los locales de uso comercial, podrán, en aplicación del estatuto jurídico escriturado, por sí solo, en cualquier momento, presente o futuro, realizar lo siguiente:

1º.- Segregar los locales para formar fincas independientes, así como hacer agrupaciones y agregaciones entre ellos y entre los que resulten de las segregaciones, distribuyendo la cuota asignada a los mismos entre los resultantes de dichas operaciones en proporción a su superficie, sin que en ningún caso altere la estructura externa del edificio ni se disminuya la seguridad del mismo, ni se alteren por ello las cuotas de los restantes propietarios.

2º.- Abrir huecos, modificar y embellecer la fachada de la parte correspondiente a su local cuantas veces lo consideren oportuno.

3º.- Abrir huecos en la fachada a fin de dar acceso independiente a los que resultan de las operaciones anteriormente expresadas.

4°.- Establecer en la parte de fachada que les corresponda, marcos, anuncios luminosos o no, reclamos y letreros en la forma y medida que autoricen las ordenanzas municipales, en horizontal o vertical, pero cuya altura no exceda ni rebase el suelo de la primera planta alta del edificio; igualmente podrán establecer tuberías, torres de recuperación y en general todo tipo de instalaciones precisas para la calefacción, ventilación y acondicionamiento de aire de sus locales por los conductos verticales reservados al efecto, cuyos elementos y conductos podrán conservar, reparar y renovar en cuantas ocasiones consideren convenientes.

5°.- Todas las obras anteriormente citadas habrán de ser supervisadas por personal técnico, no afectarán a la seguridad del edificio y se realizarán a costa de los titulares de los locales, debiendo notificarse aquellas previamente a la Junta de la Comunidad.

6°.- Los propietarios de los locales y los futuros propietarios de los mismos, sitios en la planta baja, podrán dedicar estos a la actividad que libremente determinen y sea aprobada por el organismo competente.

Queda sin embargo prohibido desarrollar en los locales actividades no permitidas por las leyes, dañosas para la finca, peligrosas, incómodas o insalubres según se establece con carácter general en estos estatutos”.

De la interpretación de esta norma estatutaria se infiere la no vulneración por la misma de ninguno de los preceptos citados en el encabezamiento del motivo.

Respecto al número 1 del artículo 11 de los Estatutos, procede indicar que el artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que “el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quién represente a la Comunidad”; de este precepto se deduce que todo el espacio que se encuentre en el interior de la superficie asignada a cada propietario se considera como privativo, con la limitación de respetar los servicios comunes del inmueble; aparte de esta salvedad, no hay inconveniente en que se derriben tabiques de separación, se efectúe una redistribución interior, se decore interiormente como mejor parezca al titular y se utilice la zona particular para instalaciones que no perjudiquen a otros; amén de lo hasta ahora manifestado, el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que “en el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil corresponde al dueño de cada piso o local: a) el derecho

singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado”.

La nulidad de la frase “distribuyendo la cuota asignada a los mismos entre los resultantes de dichas operaciones en proporción a su superficie”, texto incorporado al artículo 11.1 de los Estatutos, y decisión acordada en la sentencia de apelación, obedece a que dicha facultad no compete al propietario del local que haya efectuado la segregación o agrupación, sino a la Junta de Propietarios, por imposición del artículo 8.2 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Con indicación a los números 2, 3 y 4 del artículo 11 de los Estatutos, esta Sala entiende que, en la aplicación del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mutable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, pues, como ejemplo, es distinta su conformación, entre otras, para una cafetería, un supermercado o una oficina bancaria, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros.

Por otra parte, es lógica la pretensión de que los locales guarden relación con el edificio en que se ubican, pero no es posible impedir sin más por la comunidad que los dueños coloquen letreros o carteles en su propio negocio.

Es evidente la necesidad de emplazar letreros en los establecimientos comerciales; si se instalan en la parte

del propio local, en los huecos de los escaparates, en las ventanas, etc., no cabe la prohibición, pues la explotación comercial, con el consiguiente reclamo, llamamiento al público y publicidad, es inherente al propio negocio; la salvedad a esta posición puede tener lugar cuando los letreros atenten contra la estética del edificio o perjudiquen a otro propietario, así sucede, por ejemplo, en el supuesto de que en un inmueble clásico se coloque un letrero voluminoso con signos orientales u otros similares, lo que, en definitiva, supondría un cambio significativo.

En el caso, no ha sido efectuada ninguna obra de esta naturaleza, ya que sólo se persigue por la actora la nulidad de una regla estatutaria, que, por su redacción, consideramos correcta en esta sede y sin incidencia en la violación de precepto legal alguno.

TERCERO.- El motivo segundo del recurso denuncia la inaplicación de la jurisprudencia, que ha sentado, entre otras, en STS de 31 de enero de 1987, que “una de las características de la Propiedad Horizontal es estar regida por normas de derecho necesario”, con la matización de que, “ahora bien, ello no implica que respecto a dicha clase de propiedad, no sea de aplicación en ningún caso, el principio de la autonomía de la voluntad, consignado en el artículo 1255 del Código Civil, porque según se expresa en la disposición transitoria de la Ley mencionada, los Estatutos aprobados por la Junta de Propietarios, podrán ser aplicados cuando no contradigan lo establecido en la misma”, con la añadidura de que “no obstante esta permisibilidad de los pactos estatutarios no contrarios a la LPH, ha de entenderse que ésta tiene un carácter imperativo que impide la validez de aquellos otros que contravienen las disposiciones de la misma”; e, igualmente, la STS de 28 de enero de 1994 proclama respecto a las normas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal que “siendo de esencia cual se ha indicado su imperatividad y constituyendo la excepción su carácter permisivo, en caso de suscitarse cuestión sobre dicho extremo, ha de prevalecer aquél sobre éste”; la sentencia recurrida centra la cuestión debatida en la naturaleza de las normas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal, con la reiteración de que “se parte de un sistema legal caracterizado por la imperatividad de algunas de sus normas que enmarca y delimita la libertad de pactos entre los copropietarios, reconocido con carácter general en el artículo 1255 del Código Civil posibilitada por otras carentes de este rigor y así admitido en la propia Exposición de Motivos de la ley de Propiedad Horizontal, de modo que los copropietarios podrán modificarlas siempre que no contravengan otra imperativa (SSTS de 2 de marzo de 1989, 31 de enero de 1987 y 26 de diciembre de 1984); el problema está a la hora de establecer qué normas

son imperativas o el alcance de su rigor, debate que sin pleno acuerdo en el Alto Tribunal (...)”, para continuar con la referencia a que “(...) la raíz del debate está en realidad en la modificación o no de los elementos comunes del edificio y en la variación de cuotas, de modo que en principio debe partirse de la posibilidad de establecer en los Estatutos comunitarios normas que permitan la libre modificación de los locales, siempre que no perjudiquen a otros propietarios o alteren los elementos comunes cuyo uso, provecho o afección abarque al conjunto de la comunidad”; por último, la resolución de la Audiencia concluye, por ello, que la norma estatutaria en su totalidad no puede tacharse de ilegal, pues contiene otras disposiciones perfectamente acordes con la Ley de Propiedad Horizontal, y hace un análisis pormenorizado del contenido de la regla estatutaria cuya nulidad se solicita.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho tercero, contiene la siguiente argumentación:

“ (...) Si profundizamos en la norma estatutaria cuya nulidad se impetra, se puede observar que en el primer ordinal contiene un derecho a segregar y agrupar locales distribuyendo entre los resultantes la cuota asignada en los Estatutos, sin permitirles alterar la estructura externa del edificio, ni las cuotas de los restantes propietarios. El punto de colisión que la norma estatutaria tiene con el artículo 8.2 de la Ley de Propiedad Horizontal está en la nueva disposición de las nuevas cuotas de partición, cuya fijación la norma indicada reserva en exclusiva a la Junta de Propietarios aunque no perjudique a las cuotas restantes, norma de carácter imperativo incuestionable que se aprecia con la utilización del término legal se requerirá con el que comienza el precepto. Ahora bien, en todo lo demás es perfectamente legal y dentro del ámbito facultativo posibilitado en el primer párrafo del artículo 8, de modo que sólo sería nula la frase distribuyendo la cuota asignada a los mismos entre los resultantes de dichas operaciones en proporción a su superficie, pues esa facultad se atribuye en los Estatutos a los propietarios de los locales y no a la Junta de Propietarios, como impone el artículo 8.2.

En cuanto a la apertura de huecos, puertas, modificaciones y embellecimientos en la fachada que se autorizan en los apartados 2°, 3° y parte del 4° de la norma estatutaria, se limita al ámbito del espacio físico reservado a los propietarios de los locales, aunque implique la utilización de algún elemento común como es la fachada que le sirve de cerramiento. No condiciona ni perjudica a otros copropietarios y la porción de fachada utilizada no es susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de

los miembros de la comunidad. Por el contrario, se trata de un elemento esencial para el desarrollo de la actividad comercial, tanto para posibilitar el acceso de clientela, mostrar productos y proporcionar publicidad al nombre comercial o marca, operaciones sin las cuales la utilidad para el propietario del local puede llegar a ser completamente nula, de modo que no es aceptable que los demás vecinos, sin interés económico en la explotación de ese elemento privativo, puedan interferir y condicionar su operatividad. Por ello, puede decirse que la fachada de un local comercial está de alguna manera afectada por el destino propio de éste, distinto al del conjunto de viviendas que sobre él se levantan, y, por ello, aunque sea un elemento común por naturaleza de conformidad con el artículo 396 del Código Civil, ninguna norma imperativa de la Ley de Propiedad Horizontal impide que los Estatutos puedan autorizar a su propietario, como es el caso, llevar a cabo determinadas actuaciones en ella dirigidas a facilitar o posibilitar la explotación comercial conforme al destino potencial del local, siempre que no afecten ni alteren otros elementos comunes como la estructura del edificio”.

Esta Sala muestra su conformidad con los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia.

Desde la perspectiva de la doctrina expresada en las SSTS indicadas en el motivo, no puede mantenerse la inaplicación de la jurisprudencia que se expresa en el motivo; corresponde matizar que la posición de esta Sala en dichas sentencias tiene carácter general y no determina su aplicación a un supuesto concreto, como el del caso del debate, que se singulariza por la interpretación del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal respecto a los locales de negocio situados en las plantas bajas del edificio.

CUARTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en el mismo, porque la cuestión resuelta presentaba serias dudas de derecho al tiempo de la interposición del recurso (artículo 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la “Comunidad de Propietarios de la calle 000 números núm. 000, núm. 001, núm. 002 y núm. 003 de Pinto” contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de veintiocho de septiembre de dos mil cuatro, sin hacer condena en costas por las causadas en el presente recur-

so. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo 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 Ríos.- Román García Varela.- Francisco Marin Castan.- José Antonio

Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.

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



2009/229025

TS Sala 2ª, Sentencia 30 septiembre 2009. Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz

Concurrencia de dolo eventual

## Asesinato en grado de tentativa

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por delito de asesinato en grado de tentativa. El TS considera acreditado que la acusada asumió el riesgo y puso en peligro cierto el bien jurídico protegido conociendo la existencia de gas en el recipiente, como lo demuestra el olor percibido por los agentes, mostrándose en todo caso indiferente a las consecuencias que de ello pudieran derivarse, lo que conlleva en todo caso dolo eventual.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La única acusada en la presente causa, condenada como autora de un delito de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco como agravante, a la pena de siete años de prisión, ha formalizado dos motivos de casación por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y por infracción de ley por indebida aplicación o inaplicación de los artículos 20, 21, 22.1, 66, 68, 138 y 139, todos ellos C.P.. En realidad ambos motivos se superponen en gran parte pues se trata en su desarrollo de hacer patente la versión de los hechos de la recurrente, apoyándose en la omisión de las diligencias de instrucción que menciona la propia Audiencia, aunque sin vigor suficiente para desvirtuar los argumentos positivos empleados por aquélla para dictar la sentencia condenatoria. En segundo lugar, siendo ello así y sin plantear motivo alguno por error de hecho, el segundo por infracción de ley no respeta los hechos que la sentencia declara probados, lo que en rigor debió determinar su inadmisión ex artículo 884.3 LE-Crim..

Ambos motivos deben ser desestimados.

SEGUNDO.- En cuanto a la presunción de inocencia la recurrente sostiene que no puede inferirse de las actuaciones que hubiese urdido el

plan de acabar con la vida de su hijo y con la suya propia, lo que ya de por sí implica admitir que sí ha existido prueba de cargo hábil valorable por el Tribunal. Argumenta que no se comprobó si la bombona de butano “ estaba llena o vacía “ y afirma “ que los fármacos y drogas que habían ingerido en todo caso eran para dormir y no para matar “. Añade que tampoco se acudió a la exploración judicial del menor, que contaba con cinco años, o que las llamadas amenazantes fuesen investigadas. Si no se había comprobado el volumen de gas que contenía la bombona no es posible concluir en la existencia del delito.

La Audiencia no ha desconocido los argumentos precedentes y a pesar de ello ha inferido correctamente el ánimo que albergaba la acusada apreciando la existencia de una tentativa inacabada, porque, afirma el Tribunal, “ no podemos llegar a la inexorable conclusión de que, de no darse la intervención de los agentes forzosamente se produciría el resultado perseguido por la encausada “, de forma que “ no podemos presumir en contra de la procesada que las cantidades de fármacos, droga, y la inhalación de gas por ella misma provocada hubiese equivalido a la puesta en práctica por su parte de todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado de la muerte de su hijo “, lo que significa que los elementos exculpativos de la recurrente han sido considerados

por la Audiencia desde el punto de vista de la caracterización de la tentativa ex artículo 16.1 C.P., siendo su consecuencia la rebaja de la pena en dos grados ex artículo 62 del Texto mencionado. Los hechos objetivos se deducen inequívocamente de las pruebas aportadas y de la inspección realizada en la vivienda cuando acceden a ella los agentes empleando las llaves de la propiedad. También el Tribunal ha valorado la llamada telefónica efectuada a su ex compañero sentimental y naturalmente el resultado de las pruebas forenses correspondientes al positivo del niño a benzodiazepinas y cocaína, ingestión de esta última sustancia que, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, “ podría haber dado lugar a una calificación jurídica castigada más gravemente que la de asesinato en grado de tentativa “. Ello contradice suficientemente la versión de los hechos de la acusada cuando sostiene que la bombona estaba tumbada porque iba a ducharse y había poco gas, pero no explica que la espita de aquélla y las correspondientes de la cocina estuviesen abiertas y las ventanas cerradas, lo que alega como mero olvido, debiendo añadirse a ello la ingestión de los fármacos y droga y el atrancamiento de la puerta de acceso a la vivienda. La acusada asumió el riesgo y puso en peligro cierto el bien jurídico protegido conociendo la existencia de gas en el recipiente como lo demuestra el olor percibido por los agentes, mostrándose en todo caso indiferente a las consecuencias que de ello pudieran derivarse, lo que conlleva en todo caso dolo eventual.

TERCERO.- El segundo motivo, por infracción de ley, ya está respondido en lo que se refiere a la calificación de los hechos y participación de la acusada, y sólo nos resta la denuncia de no haberse apreciado ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad que exima o atenúe la conducta de la ahora recurrente. Aduce desavenencias con su ex pareja “ lo que provocó un estado de ansiedad “, las depresiones que sufre y trastorno de la personalidad. Sin embargo, la Audiencia no ha hecho constar circunstancia alguna en el “ factum “ que permita apreciar el efecto jurídico pretendido. Por otra parte, en el fundamento de derecho sexto, se da respuesta a estas cuestiones alegadas en el juicio para llegar a la conclusión de la falta de base para estimar una atenuación de la responsabilidad y “ mucho menos para una incompleta o completa exoneración de aquélla “, después de considerar la prueba médica existente en los autos, donde se constata que los trastornos denunciados por la acusada “ no le impedirían distinguir el bien del mal y obrar en consecuencia “. Los trastornos de la personalidad, según la jurisprudencia de esta Sala, como regla general no justifican una disminución de la imputabilidad del sujeto, pues son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales

que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto (S.T.S. 1074 o 1842/02), sin que en el caso se haya constatado la misma por los peritos.

CUARTO.- Ex artículo 901.2 LE-Crim. las costas del recurso deben ser impuestas a la recurrente.

### FALLO

Que debemos declarar NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por Estefanía frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, en fecha 27/10/08, en causa seguida a la misma por asesinato en grado de tentativa, con imposición a la mencionada de las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

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

2009/239984

TS Sala 2ª, Sentencia 1 octubre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

## Diferencia entre delito de coacciones y detención ilegal

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de detención ilegal. Señala el TS que el elemento subjetivo del injusto es el factor determinante de la diferenciación, pues la detención ilegal es una modalidad delictiva eminentemente dolosa que exige el propósito claro y defi-*

*nido de privar al sujeto de su capacidad deambulatoria. El delito de detención, continúa la Sala, no ataca la libertad genéricamente considerada, sino solo un aspecto de ella, la de movimientos, es, pues, el principio de especialidad, concertado con ese dolo, el que perfila la diferencia entre las coacciones y la detención ilegal.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 163.2 CP. e inaplicación del art. 172 mismo Texto legal.

El recurrente discrepa de los argumentos que la sentencia impugnada expone en su Fundamento Jurídico tercero en orden a que la finalidad perseguida por los acusados era privar de la facultad de deambular libremente a Bárbara, entendiendo que el dolo directo en la intencionalidad del sujeto activo consistente en el ánimo prioritario de privar al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse según su libre voluntad, no aparece claramente definido, al desconocerse cual era el ulterior propósito, no estando acreditado cual fuera el móvil que pudiera guiar el propósito de los autores. Y complementa lo anterior que aunque la distinción respecto del delito de coacciones del art. 172 venta propiciada en razón de la especialidad, el factor tiempo es uno de los elementos diferenciadores y en este caso el lapsus temporal en el que se desarrolló la acción objeto de enjuiciamiento, fue instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar, el tiempo es un factor que debe ser valorado, pues para la consumación es preciso un mínimo relevante.

Como hemos dicho en la reciente STS. 79/2009 de 10.2, el bien jurídico protegido por el tipo penal de la detención ilegal es la libertad individual y consiste en encerrar o detener a una persona, privándola de su libertad, afectando dentro de aquel género a la libertad deambulatoria. Su forma comisiva está representada por los verbos nucleares de “encerrar” o “detener” que representan actos injustamente coactivos para una persona, realizados contra su voluntad o sin ella, afectando a un derecho fundamental de la misma cual es el de la libertad deambulatoria consagrada en el art. 17.1 CE. Libertad que se cercena injustamente cuando se obliga a una persona a permanecer en un determinado sitio cerrado (“encierro”) o se le impide moverse en un espacio abierto (“detención”) (S.T.C. 178/1985).

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que “el delito de detención ilegal supone la privación de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo mediante conductas que puedan ser comprendidas en el significado de

los verbos encerrar o detener. Es una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar, aunque el tiempo es un factor que debe ser valorado, pues para la consumación es preciso un mínimo relevante” (STS núm. 812/2007, de 8 de octubre). En sentido similar, se decía en la STS núm. 790/2007, de 8 de octubre, que “los verbos nucleares del tipo de detención ilegal son “encerrar” y “detener”. En ambos casos, se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos también se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994). Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido -o físicamente impedido- en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. El tipo descrito en el art. 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente, como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico “encierro”. Y que esa privación de libertad sea ilegal. 2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia”.

Bien entendido que el dolo no debe confundirse con el móvil “pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato, (amistad, afinidad ideológica, etc...) de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan (SSTS. 380/97 de 25.3, 1688/99 de 1.12, 474/2005 de 17.3).

Ahora bien el tipo penal del art. 163 del Código Penal no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas, por tanto, son irrelevantes los móviles (SSTS.1075/2001 de 1.6,

1627/2002 de 8.10, 137/2009 de 10.2).

Consigniente, no es menester para la comisión de este delito un dolo específico o un elemento subjetivo del injusto bastando con que el acusado tenga una idea clara a la ilicitud de su conducta. (SSTS. 1964/2002 de 25.11, 135/2003 de 4.2). esto es, el dolo del autor consiste en tener conocimiento de la privación de libertad del sujeto pasivo con independencia de cuales sean los móviles o ulteriores intenciones del agente -que en su caso pueden dar lugar a los concursos correspondientes (robo con violencia, agresiones sexuales, allanamiento morada...)-, de la misma forma que la detención admite varias formas comisivas, no requiriendo, necesariamente fuerza o violencia (STS. 53/99 de 18.1) ya que dada la amplitud de los términos en que se expresa el art. 163.1 está permitido cualquier medio comisivo (STS. 1045/2003 de 18.7) incluido el intimidatorio (STS. 1536/2004 de 20.12), y los procedimientos engañosos (STS. 8.10.92) e incluso el de broma (SSTS. 367/97 de 19.5, 1239/99 de 21.7).

Por su parte el delito de coacciones se comete cuando, sin estar legítimamente autorizado, se impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o se le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto (art. 172 CP).

Es cierto que la detención ilegal típica se perfila más nítidamente en los casos de “encierro o internamiento” en un lugar del que no es posible salir la víctima; y por el contrario la simple “detención o inmovilización” de una persona puede presentar dificultades para su concreción en el tipo, ya que su duración puede ser momentánea o más o menos duradera y presentar afinidad con otras figuras delictivas como las coacciones.

Sin embargo, el elemento subjetivo del injusto es el factor determinante de la diferenciación pues la detención ilegal es una modalidad delictiva eminentemente dolosa que exige el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad deambulatoria (SSTS. 16/2005 de 21.1, 371/2006 de 27.3). En este sentido la STS. 188/2005 de 21.2, estima que no estando acreditado el ánimo de lucro, ni la intención de privar a la víctima de su libertad de movimientos, pero si la violencia para obligarla a hacer lo que no quería, el delito cometido es el de coacciones y no el de robo ni el de detención ilegal (STS. 96/2005 de 3.2; 540/2006 de 17.5; 654/2006 de 16.6).

El delito de detención no ataca la libertad genéricamente considerada, sino solo un aspecto de ella, la de movimientos. Es pues, el principio de especialidad concertado con ese dolo, el que perfila la diferencia entre las coacciones y la detención ilegal, SSTS. 53/99 de 18.1, 1239/99

de 21.7, 371/2006 de 27.3, 137/2009 de 10.2 que precisa: "que uno y otro delito constituyen delitos contra la libertad de las personas, de tal modo que el delito de coacciones es el género y el de detención ilegal es un delito especial que tiene por objeto privar a una persona de la libertad de deambulación. De ahí que la jurisprudencia haya precisado que la relación entre ambas figuras delictivas, más que por la duración o permanencia de la situación, se refiere al principio de especialidad, en el sentido de que lo que caracteriza fundamentalmente al delito de detención ilegal es la voluntad de privar de la libertad deambulatoria a una persona. El delito de detención ilegal no ataca la libertad personal genéricamente considerada, sino sólo un aspecto de ella, la de movimientos. Consiguientemente, es el principio de especialidad el que permite establecer la diferencia entre el delito de coacciones y el de detención ilegal".

Por tanto la duración de la detención no sirve para distinguirla necesariamente de la coacción, ya que, como hemos señalado, la detención es la consumación instantánea y no precisa por tanto de duración determinada; por eso se insiste por esta Sala en marcar la diferencia entre ambos tipos delictivos, atendiendo al principio de especialidad para apreciar la detención ilegal si los medios violentos se enderezaron a privar de otro de su voluntad ambulatoria (SSTS. 445/99 de 23.3; 2121/2001 de 15.11), pero sin desdeñar el factor temporal o mínimo soporte temporal aunque valorado en la medida que sirve para explicar la intención de atentar entre la libertad de movimientos, más que referido solo a la duración en sí (SSTS. 53/99 de 18.1, 801/99 de 12.5, 655/99 de 27.4, 610/2001 de 10.4).

**SEGUNDO.-** La aplicación de la anterior doctrina al presente caso conduce a la desestimación del motivo, por la voluntad que guió la conducta que se imputa al acusado no fue otra que la de privar de la libertad deambulatoria a la víctima.

En efecto, partiendo que como hemos dicho en STS. 79/2009 de 10.2, constituye doctrina procesal reiterada -por todas STS. 728/2008 de 18.11- que la declaración de hechos probados de la sentencia es inatacable por la vía del art. 849.1 LECrim. al no constituir este motivo una apelación ni una revisión de la prueba, se trata en este supuesto, de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables -salvo que previamente hayan sido corregidos por la vía del art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba o del art. 852 LECrim., vulneración presunción de inocencia- se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador.

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta na-

turalidad se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiera hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Consecuentemente, cuando se utiliza la vía del art. 849.1 LECrim. el relato fáctico tiene que ser aceptado por entero y no sólo en la parte que directa o indirectamente pudiera favorecer su tesis, ignorando los que abiertamente se perjudican, pues las verdades a medias se alejan de la realidad, y lo mismo se contrarían los hechos probados basando el recurso en una parte de los hechos probados con olvido de los restantes, como si se formulan alegaciones contrarias a las bases fácticas del fallo recurrido, esto es, más que modificándolo radicalmente en su integridad, alteran su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolan frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene, o expresan intenciones inexistentes, o deducen consecuencias, que de consumo tratan de desvirtuar en su tipicidad o atipicidad, y que necesita de la indudable y categórica sumisión de las partes.

En el "factum", apartado 2 se recoge que: "Una vez la joven hubo aparcado dicho ciclomotor delante de su domicilio, puestos de común acuerdo ambos acusados en la voluntad de privarla de sus movimientos, el acusado Valeriano se dirigió a Bárbara diciéndole "puta" y "zorra" indicándole que se metiera en el coche y que se callara, al tiempo que la cogía de los cabellos y le tapaba la boca para que no pudiera gritar ni demandar auxilio, consiguiendo introducirla del todo en el citado Seat León y cerrando la puerta trasera del vehículo, si bien ella misma la abrió de inmediato sin ningún tipo de impedimento, y salió huyendo mientras que el acusado Valeriano estaba dando la vuelta al Vehículo para dirigirse al asiento del copiloto".

Siendo así la deducción de la Sala de que, a pesar de que nos encontramos ante una secuencia temporal corta, hubo una privación de libertad deambulatoria de la menor desde el momento en que fue cogida por uno de los acusados y trasladada a la fuerza hasta el interior del vehículo y cerradas las puertas, hasta que aquella abrió la puerta y consiguió escapar, y que la verdadera finalidad perseguida por los acusados fue esa privación de la facultad de deambular libremente a determinada persona, debe entenderse conforme a las reglas de la lógica y razón.

En efecto es cierto los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados (STS. 22.5.2001).

En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión -se afirma en las SSTS. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTS. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTS. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo -como el dolo, el animo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico- no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del

Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim. si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos.

Y en el caso actual la Sala (Fundamento jurídico tercero) destaca hasta seis datos fácticos que revelan aquél animo o propósito del agente: el mismo hecho de que se consiguió el encierro efectivo en el interior del vehículo de la menor, aunque fuese momentáneamente; que los acusados pretendían marcharse del lugar dado que el recurrente, se dirigió al asiento del copiloto, mientras Bárbara permanecía en los asientos traseros; que el otro coacusado mantuviese el contacto del motor en marcha durante toda la secuencia; las propias expresiones vertidas por ambos acusados, mientras el recurrente metía a Bárbara en el coche: "cállate y entra" o "súbete y entra", o la de "cógela, cógela", cuando la víctima escapaba, el hecho de que los acusados y víctima no se conocieran antes; e incluso que no llegaran a activar los cerrojos o cierres de seguridad del automóvil, automáticos o manuales, cuando Bárbara fue introducida en los asientos traseros y cerrada esa puerta por donde ésta había sido introducida, al no ser previsible para los acusados que una chica joven, en las condiciones que se encontraba, tuviera el aplomo suficiente para conseguir escapar rápidamente, razonamiento al que podría añadirse, dada la secuencia temporal descrita en el "factum", que los cierres aun no habían sido activados porque el recurrente "estaba dando la vuelta al vehículo para dirigirse al asiento del copiloto" esto es, aún no se había introducido en su interior, por lo que, obviamente, los cierres tenían que estar abiertos.

Inferencia que responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos.

Concurren, por tanto, los elementos objetivo y subjetivo que configuran el tipo penal de la detención ilegal y en atención al principio de especialidad, no es posible calificar los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de coacciones, puesto que, en el presente caso, es patente que la conducta de los acusados afectó esencialmente a la libertad de deambulación de la víctima.

**TERCERO.-** El motivo por lo expuesto debe ser desestimado al ser igualmente correcta la inaplicación del art. 163.2 CP. cuestión que es analizada en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia impugnada.

La STS. 935/2008 de 26.12 nos dice:

1. El artículo 163.2 del Código Penal establece la pena inferior en gra-

do para el delito de detención ilegal del apartado primero, cuando el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto. Se trata de un subtipo atenuado para cuya aplicación han de concurrir las circunstancias previstas legalmente. El tipo básico de la detención es el previsto en el apartado primero, de manera que el ahora examinado solo es aplicable cuando se acredite la concurrencia de los requisitos que exige la ley. Una vez producida la detención, pues, no es procedente argumentar que no se ha probado el propósito de mantener la detención más allá de los tres días cuando la liberación se ha producido por causas ajenas a la voluntad del autor antes de los tres días.

El precepto exige tres condiciones. De un lado, que sea el autor quien da libertad al detenido o encerrado, lo que excluye los casos en los que sea la actividad de la víctima lo que ocasiona la cesación de la situación de detención. La STS 74/2008, de 30 de enero, recuerda que la "STS 574/2007, recogiendo nuestra Jurisprudencia precedente (SSTS 695/2002, 674/2003 ó 628/2004), señala que la aplicación del subtipo atenuado del delito de detención ilegal exige que la liberación de la víctima haya sido realizada voluntariamente por el sujeto activo, y, consecuentemente, niega la atenuación cuando ha sido el sujeto pasivo o terceras personas quienes, sin concurso del responsable del delito, han hecho cesar la situación ilegal. Es decir, la liberación del sujeto pasivo del delito, que premia una especie de arrepentimiento durante el iter criminis, en su fase comisiva, tiene que ser absolutamente espontánea por parte de su autor, sin venir mediada en modo alguno por el comportamiento del sujeto pasivo, de modo que los actos de liberación de éste, aun conocidos por quien le priva de libertad, no obedecen a su propia determinación, sino a la iniciativa de la víctima. Véase en este sentido también la Sentencia 674/2003, de 30 de abril.

Esta es la doctrina jurisprudencial que se ha seguido hasta el momento, sin perjuicio de la existencia de algún fallo aislado, que se basa en situaciones fácticas no completamente asimilables a este caso, y sin perjuicio de la Jurisprudencia que aplica dicho tipo atenuado en supuestos de negligencia en la captura para mantener la privación de libertad". En sentido similar, la STS núm. 574/2007, de 30 de mayo.

No obstante, en algunas ocasiones se ha apreciado la voluntariedad en la puesta en libertad cuando la conducta del autor, objetivamente, implica de forma clara la puesta a disposición del detenido o encerrado de los medios necesarios para recuperar la libertad, aun cuando para ello fuera precisa alguna clase de actividad, de índole menor, por su parte. Así,

se decía en la STS núm. 1108/2006, de 14 de noviembre, que "esta sala viene entendiendo que se da libertad al encerrado o detenido, no sólo cuando hay una acción directa de poner fin al encierro o detención", (...) "sino también cuando realiza determinados actos que hacen posible esa liberación de manera fácil o más o menos inmediata".

2. De otro lado, como segundo requisito, el precepto exige que el autor no haya conseguido su propósito. El subtipo atenuado no es aplicable a los casos en los que el autor haya conseguido aquello que perseguía obtener mediante la detención, pues entonces ya la privación de libertad de la víctima carece de interés para él, desapareciendo la necesidad de reconocer una conducta teñida de un cierto arrepentimiento que el tipo pretende privilegiar, en cuanto redundante en beneficio de los derechos antes atacados. No obstante, en algunas sentencias se ha reconocido la posibilidad de que la detención no persiga otra cosa que los mismos efectos de la privación de libertad, sin propósito ulterior alguno, de forma que en esos casos, que se presentan de forma excepcional, no debería haber obstáculo a la aplicación de la figura atenuada si el autor da libertad a la víctima dentro de los tres primeros días. En la STS núm. 601/2005, de 10 de mayo, no se excluía, con cita de otras, "que en algunas ocasiones excepcionales sea posible afirmar que la voluntad del autor respecto a la detención no contemplaba en ningún caso una prolongación superior a las setenta y dos horas, ni su acción venía guiada por la obtención de objeto alguno distinto de la propia privación de libertad (SSTS 1400/2003 de 28.10, 421/2003 de 10.4, 1499/2002 de 16.9)".

3. La tercera exigencia legal se refiere al plazo dentro del cual ha de producirse la liberación de la víctima. Las resoluciones jurisprudenciales que se acaban de citar contemplaban también la posibilidad de aplicar este subtipo en los casos en los que la libertad no se produjera por un acto del autor, siempre que estuviera absolutamente claro que en ningún caso, dadas las circunstancias, la detención se prolongaría más allá del plazo de tres días, siempre que además no persiguiera ningún propósito identificable más allá de los propios efectos de la detención. Se trata de supuestos muy excepcionales, aunque ello no ha impedido su reconocimiento puntual. No puede entenderse, sin embargo, que tales resoluciones impliquen el establecimiento de una doctrina general en el sentido de que tal voluntad del autor debe presumirse en todo caso en que no exista una precisa determinación de las características de su propósito ulterior o de su pretensión de mantener la detención por un determinado periodo de tiempo.

4. En el caso, no es posible la aplicación del tipo atenuado del artículo 163.2. El acusado había introducido

a la menor mediante la fuerza en el automóvil. Fue la decisión de la menor de forma sorpresiva para los acusados, lo que permitió recuperar la libertad aprovechando que el automóvil aún no había reanudado la marcha. La intención de éstos ante esa amana de actuar se debió a la sorpresa pero no a la expresión de un deseo de dar libertad a la víctima. No puede apreciarse, pues, en la conducta del acusado ningún elemento indicativo de una eventual voluntad de permitir a la menor a abandonar el vehículo.

De otro lado, aunque no ha podido establecerse cual era el propósito final concreto de los acusados al actuar de la forma declarada probada, es evidente que su acción venía guiada por alguna finalidad que excede de la mera privación de libertad. Esta es una conclusión racional, pues la detención por sí misma carece de cualquier explicación.

En cualquier caso, inapreciable el primer requisito, resulta inaplicable el art. 163.2 CP.

CUARTO.- El motivo segundo por infracción de Ley art. 849.2 LECrim. por haber habido en la apreciación de las pruebas error de hecho.

Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

El recurrente solamente designa como documento el acta del juicio oral dentro de ellas las declaraciones del recurrente y de la víctima. olvidando que según reiterados precedentes, el acta del juicio oral no pue-

de operar como documento respecto de la acreditación de la verdad de lo manifestado en ella por quienes comparecen como testigos o peritos, pues tales pruebas no pierden su carácter personal por el hecho de aparecer documentadas en la causa.

Así hemos dicho que no son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001). No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim. En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim. Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio.

Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001. y 22.5.2003).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91, 12.11.92, 1.4.96, señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documen-

tal que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12, que precisa que "incurre la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial - a quien compete valorar con inmediatez la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

QUINTO.- Desestimándose el recurso las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim.).

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de ca-

sación, interpuesto por Valeriano, contra sentencia de 10 de abril de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

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

desestima el recurso contra las resoluciones citadas en el encabezamiento que son "las tres dictadas en fecha de 9-3-01 por el Pleno del Ayuntamiento de Huesca, desestimando el recurso contra la aprobación del Plan Especial de Reforma Interior del Polígono núm. 000, aprobando dicho Plan y aprobando definitivamente el proyecto de derribo de edificaciones existentes en dicho Polígono".

La reseña anterior viene a cuento porque en el primer motivo de casación se reprocha a la sentencia recurrida un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente por incongruencia, ya que -se arguye- la sentencia no resuelve el recurso respecto de todos los acuerdos impugnados, sino sólo de algunos, dejando sin resolver la impugnación de los Acuerdos de aprobación de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana del polígono núm. 000 y del proyecto de reparcelación y de urbanización del mismo polígono.

A este vicio de incongruencia, esgrimido como primer motivo, se suman otros dos tipos de incongruencia, expuestos en los motivos segundo y tercero, que atribuyen a la sentencia una falta de pronunciamiento sobre las cuestiones y motivos expuestos en el escrito de demanda, así como de la prueba realizada en el proceso. Así, cuando en la demanda se abordaba el plazo para interponer el recurso de reposición contra el Plan Especial de Reforma Interior, el desequilibrio de cargas entre el polígono núm. 000.I y el núm. 000, con infracción de los principios de proporcionalidad y racionalidad, el control de la discrecionalidad, la incidencia de la anulación del plan general y el PERI sobre el proyecto de reparcelación y de urbanización, la responsabilidad patrimonial invocada con carácter subsidiario, la improcedencia de ceder el 10% del aprovechamiento previsto en el proyecto de reparcelación, además de diversos motivos sobre la valoración de las fincas incluidas en el citado proyecto, la sentencia contesta con referencias al control de la discrecionalidad, la diferenciación entre los dos polígonos, a la cesión al 10% de aprovechamiento, a la valoración de los derechos, arrendamiento y traslado de empresa. En las demás cuestiones suscitadas se señala que también han de ser desestimada por las razones invocadas en el escrito de contestación.

SEGUNDO.- Los tres motivos que denuncian incongruencia de la sentencia, por el cauce del artículo 88.1.c) de la LJCA, han de ser estimados porque efectivamente la sentencia que se recurre adolece de una triple falta de congruencia toda vez que no se pronuncia sobre todos los acuerdos municipales impugnados, no examina todos los motivos sobre los que la parte recurrente sustenta la pretensión anulatoria esgrimida en la

instancia, y, en fin, tampoco se pronuncia sobre la prueba realizada.

Así es, la referencia incompleta y confusa a los acuerdos municipales recurridos en la instancia bastaría para apreciar el vicio de incongruencia alegado. No es que se trate únicamente de una omisión formal y, por tanto, del contenido de los fundamentos se deduzca que estamos ante un olvido intrascendente. No es así. Los razonamientos que se exponen en los fundamentos ahondan en el desconcierto sobre lo que se recurre y sobre lo que se resuelve.

Pero es que, además, conviene añadir que la ausencia de examen de alguno de los motivos impugnatorios invocados en la demanda, que sucintamente hemos expuesto en el fundamento anterior, en los que se fundaba el recurso contencioso-administrativo tampoco son contestados en la sentencia que se recurre. Por el contrario, la sentencia hace tabla rasa de cualquier referencia a algunas de tales cuestiones o motivos de impugnación citados y se limita a abordar el alcance de la impugnación indirecta, de la discrecionalidad y de la cesión del 10% de aprovechamiento, entre otras, en los términos que hemos señalado en el anterior fundamento.

No podemos pasar por alto, en fin, la fórmula adoptada en la sentencia recurrida para desestimar alguno de los motivos de impugnación invocados en la instancia, cuando se señala al respecto que "nos remitidos (sic) a las ajustadas y correctas argumentaciones de la demanda (sic)". Este modo de enfrentarse y abordar los motivos esgrimidos en la demanda -mediante la simple remisión al contenido del escrito de una de las partes- no solo resulta gravemente lesivo a la tutela judicial efectiva, sino que también revela un desdén hacia las partes procesales impropio del ejercicio de la función jurisdiccional, que desgraciadamente esta Sala ha constatado también en otras ocasiones, por la Sección de apoyo que suscribe la sentencia impugnada.

TERCERO.- La estimación del citado motivo, por infracción de la norma de la congruencia aplicable a la sentencia, comporta haber lugar al recurso de casación y nos sitúa en posición de resolver el recurso en los términos en que aparece planteado el debate ex artículo 95.2.d) de la LJCA.

En primer lugar, debemos señalar, respecto de la impugnación indirecta del Plan General cuando se impugna una modificación posterior, el planeamiento de desarrollo, o actos de aplicación que los artículos 26 y 27.2 han incrementado los poderes control del juez administrativo sobre las disposiciones generales cuya aplicación ha sido recurrida ante los órganos judiciales. Así, el artículo 26.2 reconoce la impugnación indirecta contra disposiciones generales -tanto

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/271371

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 6 noviembre 2009. Ponente: Dª Pilar Teso Gamella

### Legalidad del proyecto de distribución de cargas y beneficios de la unidad de ejecución

*El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Aragón y en su lugar dicta otra por la que se llega al mismo resultado desestimatorio del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Huesca, que aprobó definitivamente la modificación aislada del PGOU; contra el acuerdo que desestimó el recurso interpuesto contra la aprobación definitiva del PERI; contra el acuerdo que aprobó definitivamente el proyecto de reparcelación del polígono y contra el acuerdo que aprobó definitivamente el proyecto de urbanización y proyecto de derribo de edificaciones existentes en el polígono. La Sala anula la resolución impugnada al incurrir en una triple falta de congruencia, y entrando a conocer del recurso en los términos en que fue planteado, se admite la impugnación indirecta del PGOU al estar vinculado con el motivo de nulidad alegado, que consiste en la falta de equitativa distribución de beneficios y cargas vinculada a la atribución de vivienda de protección pública y vivienda libre en los polígonos. Se desestima el motivo ya que el principio de equidistribución rige entre los titulares de los polígonos que forman un sector, pero no entre los de uno respecto de los del otro, pues no se pueden establecer comparaciones entre sectores independientes o entre ámbitos de gestión diferentes. Igual suerte desestimatoria corre la impugnación de la cesión del 10%, y del proyecto de reparcelación.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las resoluciones administrativas impugnadas en el recurso contencioso administrativo

son, según el escrito de interposición de dicho recurso, las que hemos relacionado en el antecedente primero. Y la sentencia impugnada en el fallo, transcrito en el antecedente segundo,

para los casos en que no se haya recurrido la disposición general como para el caso de que la misma haya sido desestimada-, con motivo de la impugnación de los actos de aplicación. Correspondiendo al órgano judicial, ex artículo 27.2 de la LJCA, que conoce de la impugnación indirecta -y siempre que sea competente también para conocer de la impugnación directa contra la norma reglamentaria indirectamente impugnada- declarar no solo la invalidez del acto de aplicación sino también de la disposición general, cuando el vicio de esta determina la nulidad de aquel acto. Si bien, cuando el órgano judicial no fuera competente para la impugnación directa entraría en juego la cuestión de ilegalidad sobre la que no es del caso abundar.

En el supuesto que examinamos, por tanto, ningún reparo puede ponerse sobre la falta de impugnación directa del Plan General de 1980 y de 1996, en relación con la admisibilidad del recurso, a estos efectos, si tenemos en cuenta que la Sala de instancia es también competente para conocer de la impugnación directa contra las normas subsidiarias. En el bien entendido que la citada impugnación indirecta del Plan General no puede tener la misma naturaleza que la impugnación directa, pues ha de estar vinculada, o en conexión directa, con la norma o acto de aplicación que se impugna en el recurso contencioso administrativo y los vicios de nulidad que se le atribuyen. Dicho de otro modo, el vicio o defecto que se atribuye al acto o norma impugnada directamente ha de proceder, o tener su origen, en la norma de cobertura impugnada indirectamente, de modo que la impugnación indirecta no abre el recurso a cualquier otra infracción desvinculada o desconectada de la infracción denunciada como motivo de nulidad del acto impugnado. Y tal desconexión no concurre en el caso examinado, pues la falta de equitativa distribución de beneficios y cargas que se denuncia está vinculada a la atribución de vivienda de protección pública y vivienda libre en los polígonos núm. 000 y núm. 000, respectivamente. De manera que, desde la perspectiva de la parte recurrente y a los efectos de la impugnación indirecta, el origen del agravio denunciado se encuentra precisamente en el enlace y relación entre el tipo de vivienda previsto para cada uno de los dos polígonos por lo que no puede cercenarse en este extremo la impugnación esgrimida en el recurso contencioso administrativo interpuesto, y ello con independencia de la naturaleza de los indicados polígonos que abordaremos más adelante.

Por otro lado y para seguir con los motivos relativos a las disposiciones generales, debemos señalar, respecto de la impugnación del Plan Especial de Reforma Interior, que contra las disposiciones administrativas de carácter general, como sucede con los instrumentos de planeamiento cuya naturaleza normativa no está en dis-

cusión, no cabe recurso alguno en vía administrativa, ex artículo 107.3 de la Ley 30/1992. Sin que debamos incidir en que el citado plan se promueve por aquellos que luego pretenden su impugnación con motivo de la publicación del texto refundido. De modo que las disposiciones generales han de ser impugnadas directamente ante esta jurisdicción y, en consecuencia, no se ajustan a nuestro ordenamiento jurídico los anuncios de recursos administrativos que desconozcan tal previsión legal.

**CUARTO.-** Nos corresponde ahora abordar los demás motivos de impugnación esgrimidos en el escrito de demanda, algunos de los cuales como ya hemos señalado, no encontraron respuesta en la sentencia recurrida.

La falta de distribución equitativa, o el desequilibrio, de beneficios y cargas que se invoca en la demanda respecto del polígono núm. 000, y las demás cuestiones que son mero trasunto y consecuencia de ésta como la responsabilidad patrimonial por la limitación singular que se postula han de ser desestimadas.

Ciertamente la terminología que se venía empleando desde el Plan General de Ordenación Urbana de Huesca de 1958, y de modo más concreto en el Plan General de 1980 -como "polígono núm. 000"- no se identifica, como podría inferirse del término empleado, con un sector o unidad de ejecución integral comprensiva de los polígonos núm. 000 y núm. 000 entre cuyos titulares de terrenos deba mantenerse el equilibrio que demanda la igualdad en la distribución de beneficios y cargas. Se trata, por el contrario, de una división territorial o geográfica, una mera zona espacial específica, ajena a la unidad de ejecución y donde, por tanto, no tiene virtualidad el principio de distribución equitativa de beneficios y cargas. Este principio rige entre los titulares de los polígonos núm. 000 que es un verdadero sector, por un lado, y entre los del polígono núm. 000, otro sector, pero no entre los de uno respecto de los del otro. No se pueden establecer comparaciones entre sectores independientes o entre ámbitos de gestión diferentes.

Esta conclusión se encuentra avalada por dos razones, a saber, de un lado, por el tiempo que media -más de cinco años- entre la delimitación del primer y segundo sector. Y de otro, porque el informe pericial de academia, realizado en la instancia por el Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón, concretamente en el documento de aclaraciones al informe se insiste en que Con el planteamiento de la presente aclaración se vuelve a insistir en que al contestar a las preguntas formuladas se ofrezca el tratamiento ficticio de que los sectores núm. 000 y núm. 000 conforman un único ámbito de gestión, definido además con motivo de la modificación del

Plan General de 2001, y tales premisas no son ciertas. (...) Ello será tanto como obviar algo elemental, cual es que la delimitación del denominado Polígono núm. 000 se produce en el año 1995, y con tal delimitación el Plan General acotó el ámbito superficial dentro del cual debería producirse la proporcionalidad entre beneficios y cargas. Y en ese momento la legislación básica aplicable era la que definía el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 (Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril), y sus reglamentos de desarrollo, introduciéndose la programación cuatrienal, obteniéndose así un sistema de programación continua, de tal forma que podía perfectamente plantearse aprovechamientos distintos entre los diferentes cuatrienios. (...) Ni más ni menos que seis años después el Plan General se modifica para delimitar un nuevo sector, el correspondiente al polígono núm. 000, en cuyo ámbito superficial se deberá dar la correspondiente proporcionalidad de beneficios y cargas, calculándose a través de la técnica de los aprovechamientos. Y en este momento ya está en vigor la Ley Urbanística de Aragón de 1999. (...) Lo que no podía pretenderse, cuando se nos formula la pregunta -y ahora la aclaración- es que llevemos a cabo una comparación entre aprovechamientos de ámbitos de gestión completamente autónomos, cuya delimitación y asignación de aprovechamientos dista en el tiempo seis años, ofreciendo así la imagen de que entre tales ámbitos debe existir algún tipo de correspondencia.

Y es más, cuando se delimita el sector núm. 000 -año 1995-, propiamente como un sector, el plan no se ocupa simultáneamente de lo que posteriormente conformaría el sector núm. 000, ya que en ese momento respecto "del resto de superficie" no se plantea ningún cambio de usos sobre lo que se había establecido en el planeamiento de 1980. (...) La comparación que se nos pide no tiene justificación alguna, y no pueden ponerse en relación aprovechamientos de ámbitos distintos, autónomos, entre cuyas delimitaciones y asignación de usos e intensidades han transcurrido seis años de diferencia, con un cambio legislativo de por medio, y cuando además ni siquiera las superficies que ahora constituyen los polígonos núm. 000 y núm. 000 se corresponden con la totalidad de la superficie de lo que originariamente el planeamiento oscense había identificado geográficamente como el "polígono núm. 000".

La responsabilidad patrimonial, en consecuencia, ha de correr idéntica suerte al carecer, por las mismas razones expuestas, del presupuesto básico sobre el que debería asentarse.

**QUINTO.-** Por otro lado, la impugnación de la cesión del 10% del aprovechamiento no puede ser compartida por esta Sala. Bastaría para su desestimación con señalar que se ha producido un cambio sustancial, que configura lo que venimos deno-

minando como cuestión nueva, entre lo alegado en el recurso contencioso administrativo y lo esgrimido ahora en casación. Y no solo por la mutación de la norma que sustenta su motivo -los artículos 99 y 102 de la Ley Urbanística de Aragón entonces y el artículo 14.1 de la Ley 6/1998 ahora-, sino porque entonces se alegaba que se trataba de un suelo urbano no consolidado y ahora se señala que se trata de suelo urbano consolidado. Sabido es que en casación no procede analizar una cuestión nueva, no tratada en la instancia, al no haber sido oportunamente planteada por las partes, y, en consecuencia, no haber sido abordada por la Sentencia recurrida, lo que constituiría razón más que suficiente para declarar su inadmisibilidad, según doctrina jurisprudencial consolidada de esta Sala (Sentencias de esta Sala de 19 de febrero, 25 de marzo y 19 de diciembre de 2000, 1 de febrero y 27 de mayo de 2003, 18 de febrero de 2004 y 24 de marzo y 2 de junio de 2004, entre otras), atendida la naturaleza del recurso de casación.

No obstante, y entrando en el contenido de este motivo, para resolver el debate en los términos planteados tras haber casado la sentencia, interesa destacar que ya el propio Plan Especial, no olvidemos promovido por los recurrentes, para el polígono núm. 000, señalaba que la zona es "semi consolidada" en una situación "periférica" a la trama urbana más próxima. Del mismo modo el informe de academia antes señalado también señala al respecto que la situación no se corresponde con la de un área consolidada y urbanizada sobre la que ahora se plantease su renovación o rehabilitación integral, sino que se produce una auténtica definición de la misma, con alteraciones sustanciales en cuanto a los usos, que pasan de industriales a residenciales, y con la necesidad de acometer una auténtica ordenación. En definitiva, estamos ante una urbanización del sector, con creación de equipamientos, establecimiento de viales y de los servicios urbanísticos necesarios.

**SEXTO.-** Respecto del proyecto de reparcelación en relación con la inclusión de coeficiente de apreciación en las manzanas resultantes de los números 2 y 3 una vez más hemos de traer a colación el contenido del informe pericial de academia. En este informe se pone de manifiesto que según la configuración que ofrece la ordenación resultante del Plan Especial y su gestión posterior, las citadas manzanas 2 y 3 presentan una disposición "sustancialmente similar" a las otras manzanas resultantes, concretamente a la 1 y 4, pues todas disponen de espacio libre interior y dan frente a espacios libres y zona verde existente.

En la valoración de bienes y derechos se hace preciso distinguir. De un lado, el derecho de arrendamiento y coste del traslado de la actividad

realizada. Estos derecho no puede ser indemnizado pues se trata de actividades, por cierto realizadas por otra entidad diferente a las recurrentes, que se inician una vez iniciado el proceso reparcelatorio, lo que a tenor del artículo 16.4 de la Ley Urbanística de Aragón le impiden ser merecedor de la indemnización. De otro lado, los derechos de la mercantil recurrente sobre las naves de su propiedad sí han de ser y efectivamente han sido indemnizados, discrepándose de su concreta cuantía.

Pues bien, el tan citado informe pericial al que hemos de atenarnos en esta valoración estima que la valoración resulta ajustada porque los criterios empleados, las determinaciones establecidas, la ficha individualizada de cada uno de los bienes, y, en fin, el sistema de valoración resulta "acertado".

Igualmente el aprovechamiento derivado de los viales de la Avenida del Dr. Artero se ha de repartir porque se obtuvo por el Ayuntamiento mediante expropiación, según sentencia dictada por esta Sala, de 24 de enero de 1997, recaída en el recurso de apelación núm. 683 / 1992 interpuesto contra la sentencia de la Sala de instancia que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por Industrias Albajar S.A., contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación de Huesca de 26 de abril de 1990.

En fin, no pueden invocarse infracciones de procedimiento genéricas ajenas, además, en nombre de titulares no identificados. Del mismo modo que, respecto de la concreta extensión de la finca, no puede oponerse a la medición realizada por los técnicos municipales los metros que constan en los títulos de propiedad, cuando no se ha propuesto prueba alguna al respecto. Y, por lo demás, se aprecia una falta de concreción en el alegato relativo a la adjudicación al Instituto del Suelo de los derechos municipales pues no estamos ante un supuesto de renuncia de derechos, sino del cumplimiento de los compromisos derivados de un convenio urbanístico.

En consecuencia, aún cuando la impugnación indirecta tuviera la extensión indicada y hecha la precisión indicada sobre la impugnación en vía administrativa de disposiciones generales, procede, no obstante, desestimar el recurso contencioso administrativo porque las normas urbanísticas y los actos administrativos impugnados son, atendidos los motivos esgrimidos, conformes con el ordenamiento jurídico.

**SÉPTIMO.-** Al declararse haber lugar al recurso de casación y desestimar el recurso contencioso administrativo no procede imponer las costas procesales del recurso de casación (artículo 139. 1 y 2 de la LRJ-CA).

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

### FALLO

Que estimando los tres primeros motivos de casación invocados, declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "Inmobiliaria Buil, S.A.", D. Samuel y D. Carlos Alberto, contra la Sentencia de 15 de marzo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en recurso contencioso-administrativo núm. 404/200 y, en consecuencia:

1º.- Casamos y anulamos la sentencia recurrida.

2º.- Desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la recurrente contra

A. Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Huesca, de 28 de febrero de 2001, que aprueba definitivamente la modificación aislada del Plan General de Ordenación Urbana en el polígono núm. 000.

B. Acuerdo del Pleno del mismo ayuntamiento, de 9 de marzo de 2001, que desestima el recurso interpuesto contra la aprobación definitiva del Plan Especial de Reforma Interior del polígono núm. 000.

C. Acuerdo del Pleno del mismo ayuntamiento, de 9 de marzo de 2001, que aprueba definitivamente el proyecto de reparcelación del polígono núm. 000.

D. Acuerdo del Pleno municipal, también de 9 de marzo de 2001, que aprueba definitivamente el proyecto de urbanización y proyecto de derribo de edificaciones existentes en el polígono núm. 000.

Por ser los mismos, atendidos los motivos invocados, conformes con el ordenamiento jurídico.

3º.- No se hace imposición de costas.

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

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. Dª María del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

2009/265785

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 10 noviembre 2009. Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

## Ejecución de sentencia que ordenó la restauración de la legalidad vulnerada por las licencias de obra

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la actora, que no fue parte en el proceso declarativo, contra el auto del TSJ de Cataluña que desestimó el recurso de súplica y el incidente de nulidad de actuaciones dirigidos contra anterior auto dictado en ejecución de sentencia, por la que se anularon las resoluciones municipales que declararon conforme a derecho la licencia de obras concedida para la construcción de tres viviendas. La Sala considera que no existe exceso ni desajuste alguno entre lo decidido en la sentencia y lo resuelto luego en el auto de ejecución, por lo que el motivo de casación debe ser desestimado.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación lo dirige la representación de Dª Laura contra el auto de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de enero de 2007 que desestima el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de súplica dirigido contra auto de 14 de noviembre de 2003 dictado en relación con la ejecución de lo resuelto por sentencia en el recurso contencioso-administrativo 1379/1992.

En el antecedente primero han quedado transcritos algunos párrafos de la sentencia de cuya ejecución se trata, y de la sentencia del Tribunal Supremo que declaró no haber lugar al recurso de casación dirigido contra aquella, en los que se delimita el alcance de lo debatido en el proceso y resuelto en el fallo. Por lo demás, hemos reseñado en el antecedente segundo los trámites e incidencias que se sucedieron a raíz de la firmeza de la sentencia y en relación con su ejecución. Conocidos tales antecedentes, también ha sido expuesto el enunciado del único motivo de casación que aduce la recurrente (antecedente tercero). Procede entonces que pasemos a examinarlo, quedando desde ahora anticipado que el motivo de casación no podrá ser acogido.

**SEGUNDO.-** Según hemos visto (antecedente tercero) la recurrente plantea un único motivo de casación

alegando la infracción del artículo 24 de la Constitución y de los artículos 103.2 y 104.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, señalando la recurrente que los autos dictados en ejecución resuelven cuestiones no decididas, directa o indirectamente en la sentencia.

Es claro que nos encontramos ante un recurso de casación que se formula al amparo de lo previsto en el artículo 87.1.calle de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, precepto que aparece expresamente invocado en el recurso de casación y que considera susceptibles de recurso de casación "los (autos) recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas directa o indirectamente en aquélla o que contradigan los términos del fallo que nos ocupa". Ahora bien, aunque la recurrente aborda directamente la cuestión relativa a si lo decidido por auto en fase de ejecución se ajusta o no a lo resuelto en la sentencia, procede que hagamos una puntualización preliminar.

Sucede que el auto de 14 de noviembre de 2003, en el que la Sala de instancia abordó los diversos aspectos controvertidos respecto a la forma en que debía llevarse a cabo la ejecución de lo resuelto, no fue impugnado por ninguna de las partes entonces personadas. Es casi dos años más tarde cuando la Sra. Laura comparece en las actuaciones e interpone recurso de súplica contra aquel auto, y, subsidiariamente, insta que se declare la nulidad de actuaciones. También hemos visto, en fin, que la Sala de instancia no acordó la inadmisión del recurso de súplica sino que lo desestimó, al tiempo que desestimó también la pretensión de que se declarase la nulidad de lo actuado en ejecución de sentencia (auto de 5 de enero de 2007).

No abundaremos aquí en consideraciones procesales que podrían derivarse de los datos que acabamos de reseñar. Pero los apuntamos ahora al solo objeto de señalar que los términos del debate planteado en el proceso de instancia y en el recurso de casación son los que resultan de los escritos de las partes entonces personadas y de las sentencias dictadas primero por la Sala de instancia y luego por este Tribunal Supremo, sin que tales términos puedan ser ahora modificados o siquiera modulados a conveniencia de la parte personada con posterioridad. Y lo mismo cabe decir en cuanto a los términos de la controversia suscitada en fase de ejecución hasta el dictado del auto de 14 de noviembre de 2003, pues hasta ese momento nadie había cuestionado que se hubiese debatido y resuelto sobre la legalidad de las obras amparadas en licencia, y, en definitiva, sobre la propia legalidad de la licencia.

**TERCERO.-** En relación con lo anterior debemos destacar que, como ya ha quedado señalado en el antecedente



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2781

Madrid, 18 de enero de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

te primero, la sentencia de cuya ejecución se trata dejó delimitado de forma clara el alcance de la controversia: (...) Las cuestiones que se plantean en el presente recurso hacen referencia a supuestas infracciones del ordenamiento urbanístico por la licencia otorgada para la construcción por Naus Costa, S.A. de tres viviendas sitas en la calle Damia de la Farga s/n.... (fundamento segundo de la sentencia de instancia). Y en forma igualmente concluyente se expresa la sentencia que resuelve el recurso de casación:... El recurso citado fue iniciado contra los acuerdos de la Alcaldía del Ayuntamiento de Campdevanól de 29 de marzo y 6 de abril de 1992 por los que se desestimaron los recursos interpuestos contra las licencias concedidas a la entidad Naus Costa, S.A para construir tres viviendas sitas en la calle Damia de la Farga s/n de dicha población. La sentencia de instancia, después de comparar la licencia impugnada con las normas urbanísticas locales (...), estimó parcialmente el recurso y anuló las resoluciones impugnadas.

Así las cosas, no hay duda de que en todo momento se consideró que el debate versaba sobre la legalidad de las licencias a cuyo amparo se realizaron las obras. Por tanto, el pronunciamiento de anulación de los actos impugnados -en los que el Ayuntamiento había desestimado las denuncias por las obras realizadas al amparo de licencia- albergaba la declaración de que las licencias eran contrarias a derecho y debían quedar anuladas por contravenir la normativa urbanística de aplicación.

Siendo ese el sentido y alcance del pronunciamiento de la sentencia, el auto de 14 de noviembre de 2003 no hizo sino concretar, ya en fase de ejecución, de qué forma debe realizarse la acomodación de las obras a la normativa de aplicación en cada uno de los aspectos que habían sido objeto de controversia -parcela mínima, frente de parcela, edificabilidad y alineación a vial-. Y según vimos en el antecedente segundo, apartados 2/ y 3/, esa concreción quedó luego completada mediante providencia de 28

de abril de 2005, luego confirmada por auto de 28 de junio de 2005, en la que se acordó requerir al Ayuntamiento de Campdevanól la ejecución del auto de 14 de noviembre de 2003 en el sentido expresado en los razonamientos jurídicos de dicho auto y de acuerdo con el proyecto técnico que al efecto había sido presentado.

No hay entonces exceso ni desajuste alguno entre lo decidido en la sentencia y lo resuelto luego en el auto de ejecución. En consecuencia, el motivo de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deben imponerse las costas a la recurrente, si bien, como permite el apartado tercero del mismo precepto, en atención a la actividad desplegada por la parte recurrida, que planteó la inadmisibilidad del recurso de casación pero luego no formuló oposición al mismo (véanse antecedentes cuarto y quinto),

procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de novecientos euros (900 euros) por el concepto de honorarios de la defensa del Ayuntamiento de Campdevanól.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

## FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de D<sup>a</sup> Laura contra el auto de la Sección 2<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de enero de 2007 que desestima el recurso de súplica y el incidente de nulidad de actuaciones dirigidos contra auto de 14 de noviembre de 2003 dictado en relación con la ejecución de lo resuelto por sentencia en el recurso contencioso-administrativo 1379/1992, con imposición de las costas procesales a la recurrente en los términos señalados en el fundamento cuarto.

(...)

## RESEÑA

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



### TS CIVIL

2009/234638

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 15 octubre 2009.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Prevalencia del derecho a la libertad de expresión en relato de interés público

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada absolviendo a la parte demandada de haber vulnerado el derecho al honor del actor por medio de las manifestaciones contenidas en el libro publicado, al entender la Sala que debe prevalecer el ejercicio de la libertad de información y de expresión, junto con el derecho a la creación científica, artística o técnica, frente al derecho al honor del actor, en la medida en que pueda verse afectado por el relato, en el marco de una crónica sobre un conjunto de acontecimientos de elevado interés público.



### TS PENAL

2009/225081

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 7 septiembre 2009.  
Ponente: D. Joaquín Giménez García

### Rebaja de la pena por delito intentado de homicidio terrorista

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de homicidio terrorista, atentado, robo con intimidación, y detención ilegal. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, viene a reducir la pena por el delito intentado de homicidio, ya que justificada la imposición de la pena inferior en un grado, procede efectuar la individualización judicial dentro del abanico punitivo correspondiente al grado inferior -esto es, pena situada entre los diez a veinte años-, y es en este segundo nivel de motivación donde se verifica el más completo silencio argu-

mentativo que no se justifica con la imposición de una pena situada por encima de la mitad superior.



### TS SOCIAL

2009/234800

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 16 julio 2009.  
Ponente: D. Joaquín Samper Juan

### Anulación parcial de convocatoria de ingreso en Renfe

El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por el sindicato actor y la empresa codemandada -Renfe- frente a sentencia dictada en proceso por conflicto colectivo motivado por las convocatorias abiertas de ingreso efectuadas por la mercantil en la oferta de empleo 2007.

La Sala señala que la sentencia recurrida debe ser anulada pues no ha resuelto en derecho y de modo exhaustivo y congruente, todos y cada uno de los puntos objeto del litigio y declara que la convocatoria fue válida y de-

bió mantenerse por lo que se refiere a las categorías de ingenieros, abogados y expertos, pero no lo fue, y por ello debe anularse en la parte que concierne a las categorías pertenecientes a la estructura funcional o de apoyo, al haberse incumplido respecto de éstas el mandato del art. 398 Normativa Laboral de Renfe.

2009/234806

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 21 septiembre 2009.  
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

### Competencia para determinar el reintegro de lo abonado por IPP

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandado contra sentencia sobre reintegro de prestaciones por el concepto de indemnización como consecuencia de una precedente resolución administrativa que le reconoció una IPP, resolución que fue posteriormente dejada sin efecto por sentencia que declaró al recurrente en IPT, habiéndose seguido tanto el expediente administrativo, como el judicial, en territorio de Valencia; el recurrente basa su recurso en la competencia de los Juzgados de Cádiz -domicilio del demandado-.

La Sala señala que es de aplicación el art. 10,2 a) LPL que permite, en materia de seguridad social, la elección del órgano jurisdiccional en forma facultativa para el demandante -en este caso la mutua con domicilio en Valencia- no siendo, consecuentemente, de aplicación el fuero general previsto en el art. 10,1 LPL -lugar de prestación de servicios o el domicilio de demandado-.