



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 2819

Madrid, lunes 19 de abril de 2010



TS PENAL

2009/276034

TS Sala 2ª, Sentencia 1 octubre 2009. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Absorción de la detención ilegal

Robo con intimidación, detención ilegal y depósito de armas de guerra

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de robo con intimidación, detención ilegal y depósito de armas de guerra. El TS dicta segunda sentencia por la que establece que los hechos nucleares del robo violento, en grado de tentativa, absorben las momentáneas detenciones ilegales de las que fueron privados los empleados de la sucursal bancaria. Dice la Sala que no puede aplicarse el concurso real, ni siquiera el medial, pues la inmovilización era estrictamente necesaria, y las consecuencias posibles posteriores, es decir, la situación en que hubieran quedado, una vez consumado el robo, ni aparecen en el relato fáctico, ni pueden aparecer, pues se trata de un futurible, que no puede ser juzgado con anticipación, y desde luego, menos, en perjuicio de reo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda, condenó a Esteban, Carlos y Alfredo como autores criminalmente responsables de un delito de robo con violencia e intimidación y uso de armas, en grado de tentativa, en concurso medial con un delito de detención ilegal y cinco delitos más de detención ilegal, en concurso real, junto a otro de depósito de armas de guerra, a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los tres acusados en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Como veremos, salvo algunos reproches casacionales individualizados, la censura general conjunta es idéntica, por lo que así será resuelto en esta resolución judicial, habiendo admitido los letrados en la vista que el resultado del recurso es fruto del trabajo conjunto de todos ellos, lo

que explica que algunos motivos sean idénticos en el desarrollo de las diversas impugnaciones casacionales.

Estudiaremos y daremos respuesta casacional primeramente a los motivos formalizados por quebrantamiento de forma, pues su estimación conduciría a la anulación del plenario, y la repetición del juicio oral; seguidamente las censuras casacionales por vulneración constitucional, de uno u otro signo, y después la quejas por estricta infracción de ley, relativas tanto a la configuración misma delictiva, de los delitos de robo con detención ilegal y depósito de armas, y finalmente los aspectos planteados en diversos motivos, ya más individualizados, relativos a la supuesta concurrencia de la eximente incompleta de miedo insuperable, atenuante de drogadicción, agravante de disfraz (ésta más bien planteada como motivo de contenido constitucional, como veremos) y atenuante de dilaciones indebidas. El acusado que fue tenido por reincidente por el Tribunal sentenciador,

se ha aquietado con tal configuración agravatoria.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de Alfredo se refiere a una pregunta denegada por el Presidente del Tribunal, que se articula al amparo de lo autorizado en los números 3º y 4º del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y es la siguiente: "¿Podría reconocer a la persona que le maniató?" El autor de este reproche casacional reconoce que la nulidad del juicio oral como consecuencia de la procedencia de esta pregunta, sería un resultado desproporcionado. Tiene razón el recurrente. De modo que su queja casacional gira en torno a la desaparición de la agravante de disfraz, que ha sido estimada por la Sala sentenciadora de instancia. El citado Presidente denegó la pregunta, según consta en el acta del juicio oral, teniendo en consideración la situación de miedo que podía infligir en el testigo la contestación a la misma. Es cierto, como se alega, que en la Sala de Justicia, estaba garantizado el orden y la seguridad por tal figura procesal, y ello era función precisamente del presidente del Tribunal, pero también -es cierto- que se trataba de dar protección a un testigo.

Así resulta de la STS 470/2003, de 2 abril, al declarar que el Juez o el Presidente del Tribunal deben velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en ellos intervienen, y por evitar el empleo de métodos que tergiversen los resultados de la prueba.

La protección de las víctimas y de los testigos es, en consecuencia, una obligación del Juez o Tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala Casacional.

Sea como fuere, la cuestión no tiene la trascendencia que quiere ver el autor del recurso, en tanto que existió prueba de contenido personal -declaraciones de todos los testigos- y de naturaleza documental -grabación de las cámaras de seguridad, hasta que éstas fueron inutilizadas-, que demostraban que los autores del hecho, se habían pertrechado de pelucas, gafas y bufandas o pasamontañas, que les hacían irreconocibles. Así lo hemos podido comprobar con solo ver las fotografías de las mencionadas cámaras de seguridad, en

SUMARIO

TS

CIVIL

Reclamación improcedente por la "Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación Altos del Jarama" **8**

PENAL

Robo con intimidación, detención ilegal y depósito de armas de guerra **1**

ADMINISTRATIVO

Indebida aplicación de la doctrina sobre sistemas generales en la valoración de fincas expropiadas **11**

SOCIAL

Realización de similar trabajo al que determinó la declaración de IPT **15**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

virtud del procedimiento autorizado en el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De otro lado, cualquier ocultación o desfiguración del rostro o facciones, de la apariencia exterior o de la indumentaria habitual del sujeto activo, constituye disfraz, siendo la *ratio essendi* de la agravación, en unas ocasiones las mayores facilidades comisivas al poderse aproximar el ofendido sin despertar sospechas o recelos logrando ese estar desprevenido y, en otras, las más, el haber conseguido el culpable no ser reconocido e identificado, es decir, bien una mayor facilidad en la ejecución, bien una más segura impunidad, siendo la primera finalidad pretendida en las menos de las veces y en las más de las ocasiones la segunda.

La jurisprudencia exige tres requisitos para la apreciación de la agravante:

1º Objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona.

2º. Subjetivo, o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades (o en menos ocasiones, para una mayor facilidad).

3º. Cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a estos efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento (SSTS 1264/98, de 20.10. 939/2004, de 12.7).

Pues bien, en el caso actual, a la vista de tales pruebas, la pregunta no hubiera modificado el resultado probatorio, pues todos los autores se mostraron siempre ante las víctimas con el rostro cubierto, impidiendo así ser identificados por ellas, con la finalidad de procurar su impunidad. E incluso la confesión de los hechos, no impide la apreciación de esta agravante, como resulta de la doctrina dimanante de nuestra STS 179/2007, de 7 marzo.

Coinciden en este reproche casacional, los motivos 15º, 17º y 21º del recurso de Esteban, por vía de vulneración de la presunción de inocencia, cuando lo cierto es que existió prueba de cargo sobre esta agravante de disfraz, como ya hemos razonado.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- Al amparo de lo autorizado en el art. 851.1.3 de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia el vicio sentencial de incongruencia omisiva, que fundamenta el recurrente (Alfredo), en su segundo motivo, en la falta de respuesta del Tribunal "a quo" al escrito presentado tras la primera sesión del juicio oral, y que iba referido sustancialmente a mostrar su queja porque no se había recogido en el acta del juicio oral el supuesto perdón mostrado por alguno de los empleados del banco ante los asaltantes, perdón que se dice se produjo en el propio acto del plenario. Pero lo cierto es que la Sala sentenciadora de instancia da oportuna respuesta al mismo, en el primero de sus fundamentos jurídicos, de donde deduce la irrelevancia de ese perdón, por lo que no puede tildarse a la resolución judicial dictada, ni de poco respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, ni de arbitraria en su decisión, por lo que la compartimos plenamente. Nos referiremos más adelante a esta cuestión.

Coinciden en este reproche casacional, el motivo 16º del recurso de Esteban, y 15º de Carlos.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- En el tercer motivo de Alfredo, y por el cauce autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la vulneración de la presunción constitucional de inocencia.

Hemos dicho reiteradamente (Sentencias 988/2003, de 4 de julio y 1222/2003, de 29 de septiembre, entre otras muchas posteriores), que en punto a la vulneración de la presunción de inocencia, esta Sala Casacional debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido inculpativo; si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sancionador. Más allá no se extiende nuestro control cuando de vulneración de la presunción de inocencia se trata. El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (en este sentido, la Sentencia 120/2003, de 28 de febrero).

El recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los

principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, concentración, contradicción e igualdad de armas), sino que, cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal Casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba, al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio, o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional (Sentencias: 294/2003, de 16 de abril y 1075/2003, de 21 de julio).

En su desarrollo, la cuestión se desdobra en tres censuras casacionales, sobre las cuales se mantiene por los recurrentes que existió ausencia probatoria, que ya adelantamos como improcedente.

Primeramente, cuestiona el tiempo de duración del encierro, alegando que unos testigos señalaron que podrían haber estado retenidos treinta minutos, y otros, nada más que cinco minutos. La verdad es que el Tribunal "a quo" tiene en consideración pruebas personales y otras documentales para llegar a esa conclusión: unos treinta minutos de duración; pero como la cuestión está referida a la posibilidad de absorción en el delito de robo intentado de las detenciones ilegales, y esto será tratado en otro reproche casacional, que será estimado, carece ya, ahora, de cualquier objeto procesal. Y desde luego, que el análisis de las pruebas practicadas por la Sala sentenciadora de instancia sobre este tema es absolutamente riguroso.

En segundo lugar, y por idéntica vía impugnativa, se refiere el recurrente a que no hubo prueba relativa a la consideración como arma de guerra, del subfusil indicado en el "factum", y ello porque en la sesión del juicio oral (primera) del día 7 de julio de 2008, consta la renuncia del Ministerio Fiscal a la práctica de la prueba pericial, renuncia a la que se adhieren las partes. Pero, en realidad, como explican los jueces "a quibus", se trató nada más de no practicarse en sala la emisión del informe escrito, que ya constaba en autos, ante la falta de impugnación por parte de las defensas. Hemos repasado la proposición de prueba del Ministerio Fiscal y en orden a tal prueba pericial, se interesaba expresamente su lectura

como documental (folios 351 y siguientes), y se propuso la comparecencia de los guardias civiles núm. 000 y núm. 001, a citar por el conducto reglamentario, "y sólo para el caso de ser expresamente impugnado su dictamen por la Defensa al formular la calificación provisional". Las defensas no impugnaron en momento alguno tal informe, y éste estaba confeccionado por un Gabinete o Laboratorio Oficial, por lo que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, tiene valor como prueba documental ante la falta de impugnación. De otro lado, ni siquiera se expone cuál sería el contenido de su impugnación que fue, como decimos, inexistente.

La STS 14 de abril de 2000, señala que hay que recordar el valor probatorio de las pruebas periciales practicadas en fase sumarial por organismos oficiales, cuando conocidas por la parte, ésta se abstenga de cuestionarlas, sin tomar iniciativa alguna para su aclaración o repetición (STS de 19 de febrero de 1999), ya que las partes pueden prestar su consentimiento tácito a estas pruebas no impugnando en tiempo hábil su resultado o la competencia e imparcialidad profesional de los peritos, ni pidiendo ampliaciones o aclaraciones por escrito para su incorporación como documento al juicio oral, ni exigiendo la presencia de los peritos en ese acto (STS de 29 de mayo de 1998).

En tercer lugar, respecto a la agravante de disfraz, se reprocha, más que un vicio probatorio, una cuestión jurídica, como es su misma consideración como tal, ante el hecho -dicen- de "un enmascaramiento parcial imperfecto". Y habiendo prueba sobre tal disimulo o enmascaramiento de los rasgos faciales de los acusados, tanto de contenido personal como documental, como ya hemos analizado anteriormente, la cuestión jurídica ha quedado también despejada supra.

Coinciden en esta impugnación, los motivos 10º, 12º y 13º de Carlos, 9º y 10º de Esteban.

En consecuencia, esta censura en un todo, es improsperable.

QUINTO.- Los motivos 4º a 6º de Alfredo, desarrollados conjuntamente, se refieren bajo la vulneración constitucional a un proceso con todas las garantías (el denominado proceso debido o justo), que resulta del art. 24.2 de nuestra Carta Magna, a vicios que resultan del acta del juicio oral, en tesis del autor de esta censura casacional, compartido,

como veremos, por otros recurrentes a los que después nos referiremos.

Confunden los recurrentes en esta impugnación que cualquier infracción formal del proceso puede reconducirse a una vulneración constitucional, pues, por lo general, no son coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la STS 31.5.1994, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC 145/1090, 106/1993, 366/1993), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción formal se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/1988, 290/1993).

Señala en el desarrollo de su censura casacional que el acta levantada por el Secretario Judicial no ha recogido lo verdaderamente ocurrido en el plenario, y que el Tribunal no informó de sus derechos constitucionales a los acusados antes de prestar el interrogatorio, ni tampoco informó a los testigos del deber de veracidad con que debían declarar, ni de las consecuencias negativas de su actuación, derivadas de la posible comisión de un delito de falso testimonio.

El artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se limita a disponer que el Secretario del Tribunal extenderá acta de cada sesión que se celebre, y en ella hará constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido. Al terminar la sesión se leerá el acta, haciéndose en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si el Tribunal en el acto las estima procedentes. Y que las actas se firmarán por el Presidente e individuos del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes.

De tal precepto no resulta una exhaustiva consignación por parte del Secretario del Tribunal de lo acontecido en el plenario, más que hacer constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido, y ello de conformidad, con lo dispuesto en el art. 453.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto se disciplina su función en la formación del acta. Esto mismo se repite en el art. 815 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (consignar clara y sucintamente lo actuado).

Difícilmente es hoy sostenible, con el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el Tribunal pueda inmiscuirse en la fe pública judicial. El art. 452 les atribuye el principio de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial. Y en igual sentido, el art. 454 dispone que los secretarios judiciales son responsables de la función de documentación que les es propia.

En el caso de grabación de la vista, auténtica, con su fe pública, la copia en soporte informático. A tal efecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 453.1 in fine, dispone que cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido. No aclara la ley si en ese caso el Secretario está dispensado de levantar acta escrita, pero creemos que sí debe hacerlo, pues una cosa es la autenticación de la copia en soporte informático, y otra el acta, quizá con menos concreción en ese supuesto, pero de la que no deberá prescindirse. El mencionado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial no excluye literalmente el acta cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción.

Incluso de "lege ferenda", se encuentra en las Cámaras actualmente una modificación del art. 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevé que en casos de que no se grave por medios electrónicos el desarrollo del plenario (lo que será lo habitual, sin embargo), "el Secretario judicial extenderá acta de cada sesión recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas". Como veremos, esto es lo que ha ocurrido en la instancia.

En el caso enjuiciado, no se grabó -como decimos- por medios video-gráficos el contenido del plenario, de modo que si el Secretario únicamente debía consignar cuanto importante sucediera, no hay por qué pensar que no se informó de tales derechos constitucionales, o no se hicieron las oportunas advertencias a los testigos. Sin embargo, ninguna protesta consta al respecto, por ninguno de los letrados de las defensas, lo que sí hubiera originado un incidente que debía ser recogido por el fedatario público. En tal tesitura, esta censura es improsperable.

Y mucho más si nos atenemos a los errores que se dicen detectados, referidos a la omisión del perdón concedido a los acusados, por su irrelevancia, como ya dijimos, o la denegación de la pregunta al testigo Segundo, o a otros testigos, en los términos que ya hemos analizado, relativos a si conocían concretamente, de los acusados, quién les maniató, cuestión ésta también analizada anteriormente. Y, además, conviene

apostillar respecto al tema del perdón, que si bien no figura en el acta, no es menos cierto que los jueces "a quo" lo dan por supuesto en su razonamiento, cuando afirman en el fundamento jurídico 12º, que las defensas "preguntaron insistentemente a las víctimas en la vista oral si perdonaban a los acusados, perdón que algunas de ellas concedieron... ", de manera que tal circunstancia ha sido valorada por el Tribunal sentenciador, si bien con significación de irrelevancia, que aquí mantenemos, y que neutraliza el motivo tendente a la nulidad del acta del plenario levantada por el fedatario público, porque tal perdón, de una u otra manera, se tuvo en consideración y se admitió como cierto. Por ello, no puede mantenerse el motivo 14º de Esteban, que, con anclaje en el art. 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solicita la nulidad del juicio por no citarse a los testigos que dice perdonaron a los acusados, a la segunda sesión del juicio oral.

Y con respecto al tiempo que duró la retención, aspecto éste también combatido en su constancia en el acta, la queja será ahora rechazada porque carece de trascendencia en tanto que será estimado el motivo que reclama la absorción de las detenciones ilegales en el intento de robo violento.

Los motivos 18º, 19º y 20º de Esteban son fiel correspondencia de estas censuras casacionales.

La queja en su conjunto no puede prosperar.

SEXTO.- Los motivos desarrollados conjuntamente y numerados del 7º al 9º, igualmente por vulneración constitucional de la tutela judicial efectiva, denuncian falta de motivación de la sentencia recurrida, cuando razona la inexistencia de las eximentes de miedo insuperable, o las atenuantes de drogadicción o de colaboración con las autoridades. Del contenido de los fundamentos jurídicos noveno, décimo y undécimo, claramente se destaca lo incorrecto de esta queja casacional, en donde el Tribunal sentenciador dedica a cada uno de estos reproches un apartado de su fundamentación jurídica, a la que nos referiremos cuando abordemos el oportuno motivo por infracción de ley.

En consecuencia, esta queja casacional tampoco puede prosperar.

SÉPTIMO.- Los motivos conjuntos, 10º y 11º de Alfredo, con anclaje constitucional, por vulneración del art. 25 de nuestra Carta Magna, y al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncian, por un lado, el resultado desproporcionado de la condena impuesta en la sentencia recurrida, y de otro, la infracción del principio "non bis in idem", o proscripción de una doble valoración en el robo y en la detención ilegal.

De nuevo, la estimación del motivo del concurso de normas entre ambas infracciones penales, nos dispensa de tratar éste, que queda ya sin contenido. Es el caso de los motivos 9º y 11º de Carlos, y 7º y 8º de Esteban.

OCTAVO.- Pasando ya a los motivos por infracción de ley, uno de los temas más interesantes que plantean los recurrentes es la absorción de las privaciones de libertad, perpetradas en la comisión delictiva, en el delito de robo violento, aspecto éste que ha sido objeto de múltiples resoluciones de esta Sala Casacional, sin que exista todavía una doctrina segura, más allá de la casuística de los diversos recursos que resolvemos.

Partimos, eso sí, que las posibilidades que pueden contemplarse son las siguientes: La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos.

Veamos tres supuestos diferentes:

1º. El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del núm. 3 del art. 8 CP, porque el precepto más amplio o complejo -el mencionado robo- consume en su seno aquel otro más simple -la detención ilegal-.

En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forman parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción.

2º. Otro supuesto es aquél en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, enclaustrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro. Si ello se

hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al art. 73 CP. Véase en este sentido la sentencia de esta Sala de 12.6.2001 que excluyó dos delitos de detención ilegal porque la liberación de los dos encerrados en el búnker del supermercado se produjo transcurridos unos cuarenta y cinco minutos. Los empleados del establecimiento tardaron ese tiempo en encontrar el mando a distancia con el que abrir la puerta, y esta circunstancia se consideró no imputable a los acusados al no ser previsible para ellos.

3º. Por último, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos pues la detención se produce durante el episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado periodo de tiempo, o una entidad vejatoria desproporcionada, durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal.

Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica antes referido, hay que decir que en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se viene pronunciando esta Sala en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las sentencias de este Tribunal Supremo de 8.10.1998, 3.3.1999, 11.9.2000 y 25.1.2002. Las tres últimas contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos.

En definitiva, la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos re-basen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo

sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio (SS. de 28-9-1989, 3-5-1990, 21-10-1991, 22-11-1991, 24-11-1992, 1018/1993, de 3-5, 1122/1993, de 18-5, 1354/1993, de 4-6, 1959/1993, de 10-9, 745/1994, de 7-4, 23-5-1996, 6-7-1998, 11-9-1998, 27-12-1999, 408/2000, de 13-3 y 157/2001, de 9-2).

En el caso enjuiciado, la detención de los empleados del banco tiene lugar aproximadamente durante treinta minutos (unos dicen que algo más, y otros lo sitúan en unos cinco minutos), pero los datos objetivos que valora la Sala sentenciadora de instancia (unas llamadas telefónicas), hacen razonable la caracterización del Tribunal "a quo" en los mencionados 30 minutos.

La mecánica comisiva es inherente igualmente a una detención o privación de movimientos imprescindible para el robo, máxime cuando en este caso no puede determinarse cuál hubiera sido el comportamiento de los acusados, en caso de consumir el acto depredatorio, al ser sorprendidos por las fuerzas policiales actuantes, que fueron alertadas de la perpetración de aquél.

En definitiva, una vez que entran los asaltantes, y anuladas que fueron las cámaras de seguridad de la entidad bancaria, obligaron a los seis empleados referidos en el "factum" a bajar al sótano, lugar donde fueron maniatados, permaneciendo arrodillados de cara a la pared, "permaneciendo retenidos por un tiempo aproximado de 30 minutos, no pudiendo acceder a las cámaras de dinero (como era su intención) al ser sorprendidos por fuerzas de la Policía Local y de la Guardia Civil, que habían sido alertadas".

Veamos algunos pronunciamientos de esta Sala Casacional, en esta materia.

La STS 1845/1999, de 27 de diciembre, ya declaro que: "... en orden al delito de detención ilegal y su relación con el delito de robo con violencia o intimidación, esta Sala tiene declarado, como son exponentes las Sentencias de 11 de septiembre de 1998 y 6 de julio de 1998, entre otras, que el delito de robo entraña y absorbe la pérdida momentánea de la libertad cuando se realiza durante el episodio central del hecho y que no se cumplen los elementos tendenciales de la figura de detención ilegal al estar comprendida dentro de la normal dinámica comisiva del robo con violencia o intimidación, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo según el "modus operandi" de que se trate (Sentencia de 23 de mayo de 1996)".

La STS 1373/2002, de 23 de julio, mantiene que la jurisprudencia ha admitido la absorción de la acción contra la libertad en el tipo de robo con violencia o intimidación en supuestos como el desplazamiento de la víctima a un cajero bancario o incluso cuando aquélla ha sido enclaustrada en un aseo al objeto de que los autores pudiesen gozar de una más franca impunidad en su huida, pero es cuestión distinta asegurarla mediante la detención de la víctima por un período de tiempo que se espera sea dilatado, indefinido o abierto (SSTS de 11/2002 y 1-9-1999, 9-2-2001 o 27-2-2002). En el caso enjuiciado por tal resolución judicial, "el hecho probado consigna que los acusados procedieron a amordazar a las empleadas atándolas de pies y manos, y que en esa situación rápidamente empezaron a revolver la casa apoderándose de los objetos relacionados, dándose a la fuga al cabo de media hora, es decir, no se dice nada más acerca del estado en que quedaron las víctimas y la consistencia de sus ataduras, pero en el fundamento de derecho mencionado sí consigna la Audiencia que la finalidad de ello era que no entorpeciesen la sustracción de efectos ajenos, lo que significa que la privación de libertad mencionada en el ánimo de los acusados no tenía una proyección indefinida que abarcara igualmente la impunidad de su huida, sino que se contraía al hecho de la sustracción y la mayor facilidad de la misma. Siendo ello así, dicha privación de libertad debe entenderse absorbida en el tipo contra la propiedad conforme a la doctrina sentada más arriba, por lo que deben ser estimados los motivos de casación argüidos por los dos recurrentes".

La STS 501/2004, de 14 de abril, desestimó el recurso del Ministerio Fiscal, ante los siguientes hechos: "... la privación de libertad se produce, en efecto, durante el largo tiempo de duración que se destaca en el "factum" (dos horas aproximadamente), sin embargo se relata que mientras que dicha persona amenazaba con la pistola, apuntándole en la cabeza a J., obligándole a sentarse a un sofá durante dos horas, B. procedía a registrar las dependencias de dicho domicilio, enseres, bolsas, maletas etc., en busca de cocaína o heroína, y también en busca de un anillo suyo que creía que J. le había sustraído con anterioridad... llegando a apoderarse de varios objetos de J... abandonando finalmente, después de dos horas aproximadamente de registro, B. y su acompañante dicho domicilio, con los objetos sustraídos, tras hacer bajar a J. hasta la puerta de la calle". Y razona de la siguiente manera:

"Es cierto que se reduce e inmoviliza a la víctima y se le mantiene en el sofá contra su voluntad durante el largo período de tiempo descrito, pero también lo es que ello se produce durante el tiempo necesario para el minucioso registro que se efectúa

de la casa con la finalidad de llevar a cabo el apoderamiento de bienes (objetos y drogas), cesando tal retención en cuanto se acabó el registro y se convencieron los autores de que no existía la droga que pretendían sustraer, finalizando a la vez la actividad depredadora; y sin que se prolongara la inmovilización -tal como precisa la sentencia de instancia- ni un momento más del que fue necesario para cometer el robo".

En este mismo sentido, la STS 408/2000 de 13 de marzo, en donde la privación de libertad a que fue sometido el ocupante de la vivienda mientras los procesados la registraban en busca de lucro, no excedió de la que era precisa para cometer el robo y, por tanto, quedó subsumido en éste último delito (STS 1634/2001 de 4 de noviembre).

Lo que no puede mantenerse, en el marco de un suceso como el que analizamos, es la calificación del robo en concurso real con uno o varios delitos de detención ilegal, tal y como se describen en la sentencia recurrida, puesto que la jurisprudencia de esta Sala es clara al respecto, pues tal concurso únicamente será de naturaleza real (art. 73 CP.) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS 1334/2002 de 12.7), cuando ya el delito de robo se ha consumado (SS. 30.10.1987 y 14.4.1988), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (SS. 21.11.1990 y 3.5.1993), como ocurre: cuando los acusados de robo, perseguidos inmediatamente por los policías, consiguen ponerse fuera de la vista y alcance de éstos y después realizan la privación de libertad de las personas que están en una vivienda para que les oculten (STS 646/1997, de 12.4); o cuando la detención se prolongó después de finalizado el robo, obligando a la perjudicada a trasladar a los autores de los hechos lejos del lugar donde se había producido el robo (STS 655/2000, de 11.4), o si concluido el robo, los autores realizan otra acción para evitar la libertad de la víctima (STS 1890/2002, de 13.11). En suma, cuando se prolongue por más tiempo del necesario para ejecutar el apoderamiento o cuando el acto es desproporcionado en función del delito de robo concreto cometido. En definitiva, cuando objetivamente tenga mayor entidad el ataque a la libertad que el ataque al patrimonio, aún considerando la inevitable privación de libertad que conlleva (SSTS 479/2003, de 31.3, 12/2005, de 20.1).

De la doctrina jurisprudencial citada, es evidente que la duración de la privación de libertad, en nuestro caso, no excedió de la correspondiente al propio comienzo del apoderamiento, que supuso unos treinta minutos aproximadamente. Siendo ello así, es evidente que no podemos aplicar en perjuicio de reo las posibi-

lidades ulteriores que los autores cubrían en su designio criminal, esto es, liberar inmediatamente a los cautivos, o dejarlos atados con posterioridad al robo, una vez consumado éste. La realidad es que fueron inmediatamente liberados, una vez se frustró el propósito de los autores por la intervención de la policía judicial. Hasta ese momento, la detención no sobrepasaba la estrictamente necesaria para el robo, pues es inherente a tal delito la inmovilización de los empleados de la entidad bancaria, sin cuya paralización, por el efecto intimidante de las armas, o por sus ataduras, no era posible concebir la comisión delictiva (un atraco a una entidad bancaria). De modo que no puede aplicarse el concurso real, ni siquiera el medial, pues la inmovilización era estrictamente necesaria, y las consecuencias posibles posteriores, es decir, la situación en que hubieran quedado, una vez consumado el robo, ni aparecen en el relato fáctico, ni pueden aparecer, pues se trata de un futuro, que no puede ser juzgado con anticipación, y desde luego, menos, en perjuicio de reo.

Así las cosas, hemos de entender, que la duración de la privación de libertad no excedió de la estrictamente necesaria para dar comienzo a su acción, y en este estado de cosas, no puede existir otra solución que la absorción de tal privación de libertad en el robo, estimando los motivos 12º y 13º (que se corresponden con los 1º y 2º por infracción de ley) de Alfredo, 1º y 2º de Carlos y de Esteban.

De este modo igualmente se satisface el derecho constitucional a una respuesta proporcionada. En efecto, las penas impuestas a Esteban, han sido la de 18 años de prisión, y las de Carlos y Alfredo, al primero 21 años y dos meses, y al segundo, 21 años de prisión. Con la limitación penológica dispuesta en el art. 76 del Código penal, a Esteban, 15 años de prisión, a Alfredo, 16 años y medio, y lo mismo a Carlos. A todas luces, un resultado desproporcionado, que el intérprete penal ha de valorar también en la interpretación de las normas jurídicas, y ello que el Ministerio Fiscal solicitó por las detenciones ilegales, el tipo atenuado del art. 163.2 del Código penal, con gran indulgencia, cuando de intervenciones policiales se trata, o que la Sala sentenciadora de instancia incluyó en el delito de robo intentado una de las detenciones ilegales, configurándolas como concurso medial, y las restantes, en la relación establecida en el art. 73 del propio texto legal (concurso real), como solución más favorable para los acusados, al impedirse la construcción conjunta de todos las detenciones ilegales en concurso medial con un solo robo, por tratarse de bienes personales. Así lo ha mantenido la STS 179/2007, de 7 marzo, declarando que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un de-

lito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial. En todo caso, la doctrina científica se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones:

1º) Aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin.

2º) Un solo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes (criterio aplicado en las SSTS 13.3 y 2.11.1984) que se penarían con independencia.

3º) Todos los delitos en concurso medial (SSTS 191/95 de 14.12 con cita de la STS 8.7.1985).

Estas disquisiciones son puramente teóricas, pues en nuestro caso, por las razones antedichas, consideramos que ha de producirse la absorción (art. 8-3 del Código penal), en el delito de robo, dada la fugaz retención de los empleados del banco, y la corta duración del encierro, conforme a nuestra jurisprudencia en casos similares.

El motivo será estimado, e impondremos la oportuna respuesta penológica en segunda sentencia que ha de dictarse, que, como razonaremos, la situaremos entre 8 y 9 años de prisión, para cada uno de los acusados.

NOVENO.- El motivo 14º de Alfredo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los arts. 564, 566.1.1 y 567.1 del Código penal, en lo relativo al delito de depósito de armas de guerra, por la tenencia y uso intimidatorio con él, de un subfusil UZI, modelo Micro, calibre 9 m/m parabellum, de fabricación israelí, con numeración eliminada, en buen estado de conservación y funcionamiento, realizando todos los disparos a ráfagas o tiro automático, con silenciador acoplado.

Que este arma es un arma de guerra no hay duda alguna. Como ya ha señalado la jurisprudencia de esta Sala (STS 2270/2001), el subfusil Uzi, calibre 9 mm parabellum, de fabricación israelí, debe reputarse como arma de guerra con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/93, de 29/01, que en el apartado c) considera como tales a las armas de fuego automáticas. En el propio sentido, y más recientemente, lo ha repetido la STS 665/2005, de 26 mayo.

El carácter de arma de guerra del subfusil o metralleta ha sido reconocido en las sentencias de esta Sala 822/1994, de 21-4 y 314/1997, de 5-3, en la que se afirma que el subfusil ametrallador ocupa un lugar intermedio entre la pistola ametralladora y el fusil ametrallador. En la sentencia

206/2001, de 16-2, se reputa arma de guerra, por aplicación del art. 6 del Reglamento de armas de 1993, la pistola automática.

Que una sola arma constituye un depósito, resulta también de la doctrina de esta Sala. La STS 2270/2001, de 1 abril 2002, ya declaró que la detentación de un solo subfusil, integraba depósito de armas de guerra, con arreglo a lo establecido en el art. 567.1 del CP/1995, que considera que constituye tal delito la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas. Es obvio -dice esta Sentencia- que en el nuevo Código, una sola arma de guerra constituye depósito, modificándose por tanto el criterio del Código anterior que exigía la reunión de tres armas para alcanzar el depósito, aunque se reputase constitutivo de depósito la tenencia de una sola arma, tratándose de ametralladoras, pistolas y fusiles ametralladores y bombas de mano.

Respecto a la tenencia fugaz de un solo arma, que es otro de los argumentos por los que se combate la sentencia recurrida, no resulta del "factum", sino que provistos de la misma (el referido subfusil), más otra pistola auténtica y otra detonadora, e ideando un plan minuciosamente planeado para el atraco, penetraron en la entidad bancaria el día de autos. De modo alguno resulta del relato de hechos probados esa fugaz tenencia, sino todo lo contrario, conociendo perfectamente la característica intimidatoria de una metralleta en un asalto bancario. Por consiguiente, quedan fuera de lugar las apreciaciones acerca de que no existía ánimo posesorio ni pretensión de depósito, porque tal tenencia y uso, como era el caso, concluyen inequívocamente tal intención. No se entiende su uso conjunto, sin ánimo posesorio. Y el depósito, al constituirlo un solo arma, ocurre lo propio, aunque tengamos que decir que la ley desnaturaliza su verdadera morfología y esencia, pero el principio de legalidad penal nos condiciona esta interpretación.

Por lo expuesto, no cabe apreciar en la sentencia recurrida la aplicación indebida del art. 567.1 del CP/1995.

Con ello, quedan igualmente rechazados los motivos 8º de Carlos y 11º de Esteban.

DÉCIMO.- En el motivo 15º de Alfredo se plantea como estricta infracción de ley, la reclamada aplicación de la atenuante de reparar el daño o disminuir los efectos del delito (art. 21.5 del Código penal).

Respecto a la atenuante de reparación del daño, como recuerda la STS 1071/2006 de 25.10, con cita de la STS 18.9.2003, supone una típica decisión de política criminal del legislador, en la que ha primado la consideración del beneficio objetivo

de la víctima -sea por la vía de la plena reparación de los daños sufridos por la misma, sea por la mera disminución de sus efectos- sobre los aspectos éticos y subjetivos propios de las razones que hayan podido determinar al culpable a actuar de tal manera tras la comisión del hecho punible. Este elemento subjetivo, característico de la anterior atenuante del art. 9.9. CP/1973, parece ahora irrelevante pues no se hace preciso acreditar la motivación del sujeto para realizar esos actos de reparación material o de dar satisfacción al ofendido, pues son dos las formas en que puede manifestarse, con lo que va más allá de la satisfacción meramente económica. Incluso la STS 2.7.2003, tras reconocer que esta atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño, admitiéndose no solo la reparación de carácter económico, pues también se podría aplicar cuando se produce la restitución de los efectos del delito o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, pudiéndose aplicar por analogía (STS 4.2.2000). En este sentido la STS 28.2.2005, precisa que el elemento sustancial de esta atenuante consisten en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 CP., pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante.

Como se ha expuesto por la jurisprudencia de esta Sala lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de la pena (STS 25.6.1999). No obstante, en algunas sentencias como la de 3.10.2003, parece exigible lo que se denomina "actus contrarius" por el cual el autor reconoce las infracciones de las normas cometidas,

y la STS 9.4.2001, con más detalle precisa que esta atenuante se basa en la realización de un "actus contrarius" al delito que implica un reconocimiento de la norma vulnerada por éste y en la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor al ámbito del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito concluyendo en que "lo decisivo es exteriorizar una voluntad de reconocimiento de la norma infringida.

En el caso presente la sentencia de instancia, Fundamento Jurídico 12º, razona que algunas víctimas concedieron el perdón a sus asaltantes, y que incluso les enviaron una carta pidiéndoles disculpas. Convenimos con el Tribunal de instancia en que tal perdón en los delitos enjuiciados resultaba irrelevante, y que no se ha satisfecho cantidad alguna en concepto de responsabilidad civil, sustancialmente porque no se ha pedido en esta causa, luego malamente pueden realizar una acción reparatoria, ni aunque estuvieran dispuestos a ello, como también sostienen en el recurso los impugnantes, mostrando su interés en pagar los daños originados a la sucursal bancaria. Pero al quedar absorbido el delito de detención ilegal en el robo violento intentado, como ya hemos razonado con anterioridad, la cuestión queda sin contenido, pues no se les va a castigar por tal retención, al resultar implícita al hecho, de modo que tampoco podría tener consecuencia alguna esta petición.

Se encuentran en esta misma línea, los motivos 5º de Carlos y 4º de Esteban.

Y lo propio hemos de señalar en cuanto a la reclamada atenuante de confesión (motivos 7º de Carlos y 6º de Esteban), pues como explica el Tribunal sentenciador en su 11º fundamento jurídico, los acusados fueron detenidos in fraganti cuando estaban atracando el banco, no realizando acto alguno ni tendente a colaborar, salvo entregarse, ni a confesar, salvo su inevitable presencia en la entidad atracada, no siendo esta atenuante concebida para el delincuente que es descubierto antes de la consumación del delito, como acertadamente razonan los jueces "a quibus", con cita de nuestra jurisprudencia. Que no tomaran rehenes para proteger su huida, como alegan los recurrentes, o que no utilizaran medios más violentos con ellos, es una cuestión ajena a esta causa, y desde luego, de haber procedido de esa forma, en modo alguno las detenciones ilegales hubieran quedado absorbidas en el robo.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

UNDÉCIMO.- En el motivo 16º de Alfredo, y como infracción de ley, el recurrente pretende que se estime como concurrente la atenuante analógica de creación jurisprudencial, de dilaciones indebidas.

Pues, bien, el desarrollo del motivo hace necesario recordar, como hemos declarado en STS 155/2005, de 15 de febrero y STS 424/2007, de 18 de mayo, siguiendo el criterio interpretativo de TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quién invoca la dilación indebida, su conducta procesal, y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las Leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable.

Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS núm. 1151/2002, de 19 de junio, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1994, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, de 12 de febrero)".

Sin embargo, como hemos dicho en la STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre, "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE, sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza". Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en or-

den a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables (STS 1.7.2004).

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado sobre la base del artículo 4.4 del Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal, criterio este fijado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 21.5.1999.

La Sala sentenciadora de instancia analiza esta cuestión en su fundamento jurídico 13º, señalando que los hechos enjuiciados se produjeron el día 21 de abril de 2006, y que se incoó sumario el día 27 de noviembre de 2006, concluyéndose el día 10 de mayo de 2007; ya en fase intermedia, se confirma tal conclusión por la Audiencia Provincial, el día 4 de octubre de 2007, siendo el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal fechado a 11 de octubre de 2007, Auto de admisión de pruebas el 29 de noviembre de 2007, señalándose el comienzo de las sesiones del juicio oral, para el día 5 de mayo de 2008. Si no se celebró en tal fecha, fue por causa imputable a los letrados de la defensa, que solicitaron repetidas suspensiones del plenario, por causa de acreditada enfermedad, hasta que finalmente tuvo lugar en primera sesión el día 7 de julio de 2008, y en segunda sesión, para la comparecencia de un testigo, el 28 del mismo mes, fecha en que concluyó el mismo, dictándose la sentencia recurrida el 14 de agosto de 2008. De modo que de estas fechas no puede concluirse demora alguna en la tra-

mitación de la causa, dada la complejidad de la misma, con los informes periciales que constan en autos y que, como es sabido, necesitan el tiempo necesario para su evacuación, por los laboratorios oficiales.

Los recurrentes no denuncian plazos concretos de inactividad, sino que se limitan a solicitar la atenuante basándose en la flagrancia delictiva del hecho enjuiciado; pero la causa tiene complejidad sin duda, y los plazos empleados fueron razonables.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar. Y con él, los motivos 6º de Carlos y 5º de Esteban.

DUODÉCIMO.- El motivo tercero de Carlos reclama, por el cauce autorizado en el art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la estimación de la atenuante de drogadicción.

Pero el recurrente no respeta los hechos probados, en donde nada se expresa sobre tal disminución de la capacidad de culpabilidad del mismo, por lo que el motivo ha de ser conducido al fracaso, por infracción de la causa tercera del art. 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por lo demás, la Audiencia razona en el fundamento jurídico 10º que a Carlos se le detectó presencia de cocaína en los análisis a los que fue sometido, pero que no existió una verdadera prueba en el juicio oral que acreditase en qué medida tal consumo podía incluir en su capacidad de comprensión de la antijuridicidad del hecho, o en su comportamiento frente a la misma, y es lo cierto, en todo caso, que por las características del robo que pretendían, con los útiles que portaban, y en una entidad bancaria, la funcionalidad de la atenuante en relación con el delito pretendido -es decir, hacerse con un importante botín-, no puede ser acogida. Con esto se desestima igualmente el motivo 14º del propio recurrente, que por el cauce autorizado en el art. 849-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, trata de modificar el "factum", sobre la base de los informes médicos forenses, de los que ni cita folios, ni pasajes concretos que avalen su postura impugnatoria.

DÉCIMO-TERCERO.- Idéntico reproche casacional que el anterior es formalizado por Esteban, en su motivo tercero, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este recurrente incluye otro motivo 3º (repetido) por "error facti" relativo a esta censura casacional. Desde la primera perspectiva, la causa de inadmisión es meridiana, al no respetarse los hechos probados de la sentencia recurrida, como requiere la ortodoxia del motivo planteado. Desde la vertiente del "error facti", el fundamento jurídico 10º de la sentencia recurrida, le dedica a este recurrente mucha más atención que a Carlos, pues analiza muy pormenorizadamente todos los informes obrantes en autos, tanto el

del Servicio de Información Toxicológica, que detecta presencia de metadona, lo que sugiere que se encontraba en el momento de tal exploración en el curso de un proceso de desintoxicación, como el Informe del Centro de Atención Integral a las Drogodependencias de Móstoles, fechado a 20 de mayo de 2008, en el que se da cuenta que Esteban acudió a ese Centro el día 17 de octubre de 2007, demandando tratamiento por su problema de toxicomanía, permaneciendo en la actualidad. Las pruebas que relatan los jueces "a quibus" (informe de un psiquiatra), no acreditaron más que, en efecto, este recurrente está inmerso (o lo estaba), en problemas de adicción toxicológica, particularmente a la cocaína. De modo alguno consta, como acertadamente expresan los juzgadores de instancia, que tal drogadicción tuviera una afectación sustancial en su capacidad de comprender y querer, ni que el robo tuviera una constatada relación causal con tal adicción, particularmente por lo que ya hemos explicado con anterioridad para el otro recurrente, en el sentido de que el delito se haya cometido "a causa" de tal adicción, pues los contornos fácticos del atraco atisban la pretendida consecución de un enorme botín, al pretender forzar y vaciar la cámara fuerte o acorazada de la entidad bancaria, y no simplemente un robo "en ventanilla".

Desde antiguo esta Sala ha mantenido (STS 616/1996, de 30 septiembre), que no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto, y que al no constar que haya deterioro de la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO-CUARTO.- En el motivo 12º de Esteban, y por el cauce de vulneración constitucional de la presunción de inocencia, se denuncia la indebida aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, recogida en el art. 21.1 del Código penal, en relación con la eximente del art. 20.6 del propio Cuerpo legal. El motivo 4º de Carlos reconduce esta misma queja casacional al cauce autorizado en el art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Tribunal "a quo" analiza esta cuestión en su fundamento jurídico 9º, sobre la base de la inexigibilidad de otra conducta. Con referencia a la naturaleza jurídica de la eximente, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia lo han reputado causa de inimputabilidad, inexigibilidad de otra conducta distinta, o, incluso, faz negativa de la acción -Sentencias de 26 octubre 1982 y 2 noviembre 1988-, y no ha faltado la conceptualización mixta de inexigibilidad y un estado de inimputabilidad -Sentencia de 3 marzo 1987-.

Para su desestimación, quizá con duras palabras, dice la Audiencia

que no es más que "una patraña urdida por los acusados, en la comprensible búsqueda de una sentencia favorable a sus intereses". Esta Sala está conforme con el resultado al que llegan los jueces "a quibus". Los recurrentes narran que un tercero les había propuesto la perpetración del robo y suministrado las armas correspondientes. La cuestión es que no existe la más mínima prueba que asevere esta afirmación. Y mucho menos, que ante el fracaso del robo, podrían ser objeto de una represalia, o que éste delito se cometía compelido por la acción intimidante de ese tercero (al parecer, un italiano, conocido por Ricco). Con gran sensatez dice la sentencia recurrida que lo verdaderamente cierto es que "los tres acusados asaltaron la entidad bancaria movidos exclusivamente por la idea de hacerse con lo ajeno, apoderándose de una importante cantidad de dinero, urdiendo la trama de que eran víctimas de supuestas amenazas, una vez que había fracasado su acción".

La doctrina de esta Sala ha requerido para la aplicación de la eximente:

a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto.

b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado.

c) Que dicho temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta.

d) Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes.

e) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción -STS de 6 marzo y 26 octubre 1982, 26 mayo 1983 y 26 febrero y 14 marzo 1986, 16 junio 1987, 21 septiembre y 16 diciembre 1988, 6 marzo y 29 septiembre 1989 y 12 julio 1991-.

El recurrente no analiza la concurrencia de tales requisitos, sino que se limita a decir que "de haber sido falsa dicha alegación, muy fácil hubiese resultado encontrar contradicciones en las alegaciones de ambos acusados a lo largo del proceso. Baste con la posibilidad de interrogarles sobre detalles del aspecto físico del tal Ricco o detalles sobre su encuentro".

Olvida el recurrente que la alegación y prueba de esta eximente o semiximente corre a cargo de quien la invoca, y ninguna prueba se ha pretendido para su acreditación. Sin embargo, el Tribunal sentenciador, re-

cogiendo tales requisitos, analiza su concurrencia en función de la actividad probatoria desplegada por las partes en este sentido, para llegar a la conclusión -muy correcta-, que no había atisbo verosímil de tal situación de temor infligida por ese tercero que moviera inexorablemente a los acusados a cometer el hecho delictivo. Queda, pues, desestimado así el motivo 13º de Esteban, que por vía de vulneración de la tutela judicial efectiva, y correlativo art. 120.3 de nuestra Carta Magna, denuncia el insuficiente argumento de la sentencia recurrida sobre esta cuestión.

De otro lado, la configuración del motivo como vulneración constitucional de la presunción de inocencia (el 12º), impide igualmente a esta Sala Casacional, entrar siquiera en el debate de su concurrencia. Obsérvese que el planteamiento de la censura casacional articulada es que, al no existir prueba en contrario, debe darse por válido y existente que la intimidación existió, tal y como la relatan los acusados en el plenario. Semejante proceder no puede ser aceptado. Y desde la vertiente de la estricta infracción de ley, nada hay en los hechos probados que permita su subsunción jurídica.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

DECIMOQUINTO.- Al proceder la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar por estimación parcial al recurso de casación interpuesto por la representación legal de los procesados Alfredo, Carlos y Esteban, contra Sentencia núm. 479/08, de 14 de agosto de 2008 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por cada uno de sus recursos.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta, a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Julián Sánchez Melgar.- Luciano Varela Castro.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de octubre de dos mil nueve

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Novelda instruyó Sumario núm. 3/2006 por delitos de robo con intimidación, detención ilegal y depósito de armas de guerra contra Alfredo, con DNI núm. 002, hijo de Antonio y de Ana, nacido en Gandia el 9 de agosto de 1970 y vecino de Gandia, Carlos, con DNI núm. 003 hijo de Pedro Juan y de María Encarnación, nacido en Alicante el 16 de octubre de de 1975 y vecino de Muchamiel, y Esteban, con DNI núm. 004, hijo de Carlos y de Josefa, nacido en Madrid el 11 de febrero de 1974, y vecino de Madrid, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, que con fecha 14 de agosto de 2008 dictó Sentencia núm. 479/2008, la cual ha sido recurrida en casación por las representaciones legales de dichos recurrentes, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Antecedentes de Hecho.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Hechos Probados.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, los hechos nucleares del robo violento, en grado de tentativa, absorben las momentáneas detenciones ilegales de las que fueron privados los empleados de la sucursal bancaria. La pena de ese delito, en el art. 242 del Código penal, se sitúa entre dos y cinco años de prisión. Por el uso de armas, se aplicará la mitad superior (242.2), esto es, de tres años y medio a cinco años. El art. 62, por el grado imperfecto de ejecución, impone la rebaja de uno o dos grados. En este caso, optaremos por la rebaja en un grado, a la vista del peligro inherente al intento, y la grado de ejecución alcanzado (antigua frustración). Conforme al art. 70.1.2 del Código penal, "la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado

será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer”.

Es decir, de un año y nueve meses a tres años, cinco meses y 29 días. Al concurrir la agravante de disfraz en todos ellos, y en Carlos también la reincidencia, y en Alfredo una abultada hoja histórico penal, impondremos a estos dos últimos la pena en su máxima extensión, manteniendo la pena de tres años a Esteban, para evitar el efecto de la “reformatio in peius”, pues fue la pena impuesta por la Audiencia. En el delito conjunto del depósito de armas de guerra, mantendremos igualmente la pena impuesta por el Tribunal de instancia, es decir, la de cinco años de prisión a Esteban, y cinco años y seis meses a Carlos y a Alfredo.

PARTE DISPOSITIVA

Callamos: Que debemos condenar y condenamos a Esteban, Alfredo y Carlos como autores criminalmente responsables de un delito de robo violento, en grado de tentativa, y otro consumado de depósito de armas de guerra, ya definidos, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz, en todos ellos, y la de reincidencia, en el caso de Carlos, debemos condenarles a las siguientes penas:

A Esteban, por el robo intentado, a la pena de tres años de prisión, y por el depósito de armas de guerra, a la pena de cinco años de prisión;

A Alfredo y Carlos, por el robo intentado, la pena, a cada uno de ellos, de tres años, cinco meses y 29 días de prisión, y por el depósito de armas de guerra, también a cada uno, a la pena de cinco años y seis meses de prisión; en todo caso, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo a todos ellos durante el tiempo de privación de libertad, y una tercera parte de las costas procesales de la instancia, decretándose el decomiso de las armas incautadas y siéndoles de abono para su cumplimiento, la prisión provisional sufrida durante la tramitación de esta causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolívar.- Julián Sánchez Melgar.- Luciano Varela Castro.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

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



2010/9920

TS Sala 1ª, Sentencia 10 febrero 2010. Ponente: D. Román García Varela

Al ser competente la “Asociación Administrativa de Cooperación” Reclamación improcedente por la “Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación Altos del Jarama”

Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, revocando la de instancia, desestimó la demanda presentada por la “Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación Altos del Jarama” en el ejercicio de acción por reclamación de cantidad, interesando la condena solidaria de la entidad demandada y los codemandados arquitectos y aparejadores intervinientes en la realización de obras de urbanización de un polígono.

Considera la Sala que el art. 1591 CC no es de aplicación a las obras de urbanización ya que la concepción amplía del término “edificio” referido en este texto legal hay que tener presente que se matiza en el sentido de que se trate de construcciones permanentes o duraderas, con exclusión de las construcciones provisionales. Añade que en definitiva la “Junta de Compensación” estaba disuelta legalmente por acuerdo firme de sus miembros., por lo que la personalidad y representación de los derechos de los parcelistas había de manifestarse a través de la “Asociación Administrativa de Cooperación”, pero no mediante la “Comisión Liquidadora”. Se pretende por el recurrente el mantenimiento del sistema de compensación con la intervención de la “Comisión Liquidadora”, durante la existencia del sistema de cooperación, pero considera la Sala que esta interpretación no es posible en derecho, ya que todas las consecuencias económicas han de plasmarse por el único sistema que pervive, el de cooperación, sin que sea posible elegir por los parcelistas que una repercusión patrimonial se gestione por uno u otro medio, aunque sea en sus secuelas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La “Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación Altos del Jarama” demandó por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, mediante el ejercicio de acción por reclamación de cantidad por importe de 400.623.755 pesetas, a D. Lucio, D. Sixto, Dª Belinda, D. José Pedro, D. Luis Miguel, Dª Regina, las entidades “Sant Paul Insurance España, Seguros y Reaseguros” y “Construcciones e Ingeniería, S.A.” (“Coninsa”), e interesó la condena solidaria a la suma dineraria expresada de la última entidad citada y de los codemandados arquitectos y aparejadores intervinientes en la realización de obras de urbanización de un polígono correspondiente al sector 4 del Plan General de Ordenación Urbana de Paracuellos del Jarama, aprobado por el Ayuntamiento de la referida localidad en fecha de 12 de noviembre de 1990; y a “Sant Paul Insurance España, Seguros y Reaseguros”, como fiador de “Coninsa”, constituido inicialmente por la “Compañía de Seguros Albia”, en virtud de los avales 41.138 y 41.139,

por importe de 21.465.790 pesetas por cada uno de ellos. El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que desestimó las peticiones del escrito inicial, con fundamento, respecto a la acción del artículo 1591 del Código Civil, de su inviabilidad, por cuanto que no se está en presencia de la construcción de un edificio, sino de la realización de obras de urbanización de un polígono; y, en relación a la acción ejercitada por incumplimiento contractual, por falta de legitimación activa de la “Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación Altos del Jarama”, tras llegar a esta conclusión, al considerar que, en la fecha de presentación de la demanda, no existía tal Junta y lo que funcionaba era una “Junta de Cooperación”, y que, de seguir aquella subsistente, no existiría ningún acuerdo adoptado conforme a la legalidad que sustituya al determinado en 24 de junio de 1990, por el que se nombró Presidente de la Junta de Compensación a D. Claudio; en igual sentido, el Juzgador “ad quem” interpreta la normativa urbanística y manifiesta la omisión de

previsión legal de una Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación y, por ello, declara su falta de legitimación activa, al no quedar acreditada su permanencia, ni el nombramiento de D. Matías como Presidente de la misma, ni, por último, la existencia de la denominada Comisión Liquidadora. La “Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación Altos del Jarama” ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, y esta Sala, mediante auto de 6 de mayo de 2008, ha admitido ambos recursos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El motivo primero de este recurso, al amparo del artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción del artículo 218 de esta Ley, e imputa falta de congruencia “extra petitum” porque la sentencia impugnada ha absuelto a la codemandada “CONINSA”, que fue condenada en primera instancia sin que interpusiera recurso de apelación, y, asimismo, decidió la falta de legitimación activa frente a todos los demandados, cuando sólo uno de ellos ha alegado esta excepción en su escrito de contestación. El motivo se desestima.

Esta Sala tiene reiteradamente declarado que las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (aparte de otras, SSTS de 26 de julio de 1994, 25 de enero de 1995, 24 de enero de 2001, 11 de julio de 2007, 3 de febrero de 2008 y 18 de febrero de 2009), y, aunque esta doctrina presenta algunas excepciones, como las relativas al supuesto de que el sujeto pasivo se hubiera conformado total o parcialmente con la pretensión de la actora, se dejaran de resolver peticiones oportunamente deducidas por los litigantes, se alterara la “causa petendi” o el supuesto fáctico de la cuestión debatida, se transformara el problema litigioso, cuando la absolución se produjera por haberse apreciado una excepción no alegada ni susceptible de estimación de oficio, o se utilizaran argumentos distintos de los alegados por las partes en el caso de que ocasionaran indefensión, ninguno de los supuestos excluyentes concurren en el presente caso. Además, la falta de legitimación activa constituye una cuestión que afecta a la esencia del propio procedimiento y lo vicia en origen, con independencia de que esta excepción haya sido alegada por uno sólo de los codemandados, amén de que el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a que la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el Tribunal en cualquier momento del proceso, lo que supone que debe efectuarse esta apreciación

de oficio acerca de la concurrencia o falta de la mencionada excepción con la consiguiente estimación de esta forma, si se concreta su ausencia, previamente al conocimiento del fondo litigioso, por afectar al orden público procesal (STS de 22 de febrero de 1996). Asimismo, la situación de la demandada "CONINSA", en rebeldía en el juicio, no queda afectada por la aceptación de la Audiencia de la excepción de falta de legitimación activa de la demandante, ya que sería incorrecto excluir a esta parte de los efectos de la referida decisión, por tratarse, como se ha explicado, de un tema de orden público procesal.

TERCERO.- El motivo segundo de este recurso, por la vía del artículo 469.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la transgresión del artículo 457 de dicha Ley, respecto al escrito presentado por el demandado D. Luis Miguel en fecha 17 de julio de 2003 -folio 2766, tomo V de las actuaciones de primera instancia, que, pese a denominarlo de impugnación de los recursos de apelación, constituye un recurso autónomo del que no se dio traslado a la parte actora y le ha causado indefensión. El motivo se desestima.

El artículo 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación del derecho fundamental hubiera producido falta o defecto subsanable, deberá haberse producido la subsanación en la instancia o instancias oportunas". No consta en el motivo que se haya efectuado denuncia alguna de la infracción relatada en el mismo en segunda instancia.

CUARTO.- El motivo tercero de este recurso, con cobertura en el artículo 469.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reprocha la vulneración de los artículos 216 y 217 de la misma Ley, al considerar que, habiendo reconocido los demandados, excepto D. José Pedro, la legitimación activa a la actora, la sentencia de la Audiencia se opone al principio de justicia rogada; además, el Sr. José Pedro había reconocido la legitimación de la entidad actora a través de actos realizados con anterioridad al proceso, por su condición de miembro y Gerente de la Junta, y le constaba la existencia de la Comisión de Liquidación; finalmente, aduce que la sentencia recurrida no ha realizado valoración alguna de los documentos aportados por la parte recurrente que acreditarían esa legitimación. El motivo se desestima.

Basta la argumentación contenida en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, a la que, en evi-

tación de reiteraciones, nos remitimos, para el perezamiento de la primera parte del motivo.

Respecto al resto del motivo, en verdad, la parte recurrente pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia, pero, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, pues volver sobre el "factum" de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en el caso, no cabe en este recurso extraordinario.

QUINTO.- El motivo cuarto de este recurso, al amparo del artículo 469.1 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, censura la vulneración del artículo 457, en relación con el artículo 461.1, ambos de la mentada Ley, al apreciar que el escrito de 17 de julio de 2003 del codemandado D. Luis Miguel en un verdadero recurso de apelación y fue presentado extemporáneamente. El motivo se desestima.

Se insiste por la recurrente en igual temática que la consignada en el motivo segundo, de manera que, para la repulsa del presente, nos atenemos a lo expresado en el fundamento de derecho tercero de esta resolución.

SEXTO.- El motivo quinto de este recurso, por la vía del artículo 469.1 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa que no se ha dado respuesta judicial a los documentos que acreditan la legitimación activa de la entidad recurrente. El motivo se desestima.

Se reitera aquí el contenido del inciso final del motivo tercero, de manera que es suficiente lo argumentado en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto de esta sentencia para el decaimiento del que ahora nos ocupa.

SÉPTIMO.- En el motivo sexto, con cobertura en el artículo 469.1 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la vulneración de los artículos 6.1, apartados 1º y 3º, y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 y artículo 2 de la de 1881, en relación con los artículos 416 y 418 de la Ley 1/2000, al colegir, contra de lo establecido por la sentencia recurrida, que la "Comisión Liquidadora" es titular de la relación jurídica objeto de litigio, al continuar todas las operaciones encaminadas a la liquidación de la "Junta de Compensación" y que, en todo caso, debió la Audiencia permitir la subsanación de los defectos de capacidad y representación, y, en su justificación, ha argumentado que la certificación emitida por la Secretaria del Ayuntamiento de Paracuellos no fue una mera manifestación de un escrito presentado, sino que hubo de comprobar el cargo del que aparecía como firmante, al igual que dicha verificación debió ser rea-

lizada por el Notario otorgante; también entiende que el Registro de Entidades Urbanísticas no tiene carácter constitutivo, sino únicamente funciones de inspección, fomento y control y que la "Comisión Liquidadora" no es una entidad urbanística colaboradora nueva, sino que continúa con la personalidad jurídica de la "Junta de Compensación", siendo reconocida la misma por distintos Tribunales. El motivo se desestima.

Esta Sala ha manifestado que, "en puridad, no deben confundirse las cuestiones de legitimación con las de representación, ya que en el orden práctico así como la carencia de legitimación es de suyo insanable y por ello no puede ser subsanada, los defectos de representación, en cambio, pueden y deben subsanarse de acuerdo con la doctrina general sobre la subsanación en materia procesal" (STS de 31 de mayo de 2006). En caso presente, no estamos ante un defecto de representación, que pudiera ser remediado por medio de certificaciones, como ha interesado la recurrente, sino con un problema de falta de legitimación activa para efectuar una reclamación judicial contra los intervinientes del proceso de las obras de urbanización, cuando la "Junta de Compensación" ha cesado en sus actividades, no para ser liquidada, sino para continuar con otro sistema, como es el de Cooperación, por lo que al margen de su situación interna, los derechos y obligaciones inherentes al proceso de desarrollo, se han transferido al Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama, el cual, en su caso, sería quien tendría la legitimación que se pretende ostentar. Por otra parte, la sentencia impugnada, en los párrafos cuarto y quinto de su fundamento de derecho tercero, contiene la siguiente argumentación: "Así se desprende también del oficio de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad Autónoma de Madrid de fecha 10 de noviembre de 1998 (obrante al folio 1261), en el que la Encargada del Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras hace constar, entre otros extremos, que el último asiento inscrito relativo al Consejo Rector de la Junta de Compensación Altos del Jarama corresponde al nombrado por la Junta de Gobierno ordinaria en sesión celebrada el día 24 de junio de 1990, en el que figura como Presidente D. Claudio y como Vicepresidente D. José Enrique (no figura el poderdante D. Matías).

Asimismo refiere el hecho de que por la Junta de Compensación en escrito de 1 de febrero de 1993 se comunicó a dicho Registro la renovación de cargos del Consejo Rector, pero no fue inscrito por carecer la documentación remitida de los requisitos exigidos por el artículo 164 del vigente Reglamento de Gestión Urbanística, que requiere para su inscripción que dicha documentación sea remitida a través del Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama en

su condición de órgano actuante, y además, se comunicó a la Junta que los documentos deben ser originales o estar debidamente diligenciados, dando conocimiento de todo ello a la repetida Junta de Compensación con fecha 26 de febrero de 1993, sin que hasta la fecha hayan sido subsanadas las deficiencias señaladas. De manera que, aún en el supuesto de que siguiera viva subsistente la Junta de Compensación (que ya hemos visto que no porque se pasó del sistema de compensación al de cooperación), quien comparece en nombre de ella no tiene condición ni apoderamiento legítimo para ello, pues no existe para el Derecho ningún acto o acuerdo adoptado conforme a la legalidad -al menos hasta la fecha del 10 de noviembre de 1998-, que supere o sustituya a aquel acuerdo adoptado en la Junta de Gobierno de 24 de junio de 1990 en que se nombró Presidente de la Junta de Compensación a D. Claudio". Y, en el último párrafo del fundamento de derecho tercero dice lo siguiente: "De todo lo cual hay que concluir que, al no estar acreditada la subsistencia de la Junta de Compensación Altos del Jarama ni el nombramiento de D. Matías como Presidente de la misma o de la denominada Comisión Liquidadora, procede estimar la excepción de falta de legitimación activa en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, con estimación de los recursos interpuestos, revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda, sin que sea necesario entrar en el examen de los restantes motivos del recurso". Esta Sala presta su conformidad a los razonamientos recién reseñados de la sentencia recurrida.

OCTAVO.- El motivo séptimo de este recurso, al amparo del artículo 469.1 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, por transgresión de los artículos 6.1, apartados 1º, 3º, y 10 de la Ley Procesal civil vigente, y del artículo 2 de la anterior Ley de 1881, por cuanto la sentencia de instancia niega a la recurrente la falta de legitimación activa, lo que viola el derecho a la tutela judicial efectiva con producción de indefensión, todo ello en relación con los artículos 416 y 418 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo se desestima.

Con la añadidura de la violación del artículo 24 de la Constitución, la recurrente hace referencia a las mismas infracciones que las alegadas en el motivo precedente, a cuya respuesta nos remitimos. Asimismo, corresponde manifestar que el derecho a la tutela judicial efectiva no consiste en la estimación de las pretensiones deducidas, sino en el acceso a los Tribunales, la propuesta y práctica de la prueba, la formulación de alegaciones y la obtención de una resolución fundada en Derecho (por todas, STC número 101/1987, de 15 de junio), todos cuyos presupuestos

se han producido en el supuesto del debate.

NOVENO.- El motivo octavo de este recurso, al amparo del artículo 469.1 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina jurisprudencial referente a la legitimación, reprocha la transgresión del artículo 24 de la Constitución y 392 y siguientes del Código Civil, al entender que D. Matías, además de su condición de Presidente de la Comisión Liquidadora, ostenta la condición de propietario y, por ello, tendría legitimación para intervenir con el ejercicio de derechos o defendiendo a la defensa de la Comunidad. El motivo se desestima.

La demanda ha sido formulada por la "Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación Altos del Jarama", e, igualmente, el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación se interpusieron en nombre y representación de la indicada Comisión, con lo que el motivo plantea una cuestión nueva, no susceptible de conocimiento en el recurso que nos ocupa.

DÉCIMO.- El motivo noveno de este recurso cuestiona la imposición de las costas causadas al recurrente, habida cuenta de que el asunto presenta serias dudas de hecho o de derecho. El motivo se desestima.

De una parte, la temática concerniente a las serias dudas de hecho o de derecho en relación con las costas corresponde exclusivamente a la apreciación del Tribunal; y de otra, según reiterada doctrina de esta Sala, no cabe el conocimiento de la cuestión aducida en este recurso extraordinario.

Recurso de casación.

UNDÉCIMO.- El motivo primero de este recurso -al amparo del artículo 479.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 477.2 2º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil - acusa la infracción de los artículos 392 y siguientes del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial respecto a la legitimación de cualquier comunero (SSTS de 28 de octubre de 1991, 10 de junio de 1991, 3 de febrero de 1983, 18 de diciembre de 1989, 17 de abril de 1990, 8 de abril de 1992, 6 de junio de 1997 y 7 de diciembre de 1999). El motivo se desestima.

Constituye una anomalía la cita como vulnerados de los preceptos "y siguientes" sin decir cuales son en criterio del recurrente, lo que provoca el perecimiento del motivo. Además, el contenido de este motivo ya tuvo respuesta en el fundamento de derecho noveno de esta sentencia, relativo al motivo octavo del recurso extraordinario por infracción procesal, al que nos remitimos.

DUODÉCIMO.- El motivo segundo de este recurso -al amparo del ar-

tículo 479.3 en relación con el artículo 477.2 3º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil - denuncia la infracción, por inaplicación, de los artículos 1091, 1101 y 1104 del Código Civil, y sostiene que la sentencia de apelación no se pronuncia sobre la aplicación de estos preceptos que fueron alegados en la demanda. El motivo se desestima.

En su fundamento de derecho tercero, la sentencia de apelación hace mención a la acción ejercitada de incumplimiento de contrato, sin embargo no analiza el contenido de los preceptos relativos a la referida inobservancia, sino que entra directamente en la cuestión procesal de la excepción de falta de legitimación activa con la conclusión antes manifestada de que, al no estar acreditada, en el momento de presentación de la demanda, la subsistencia de la "Junta de Compensación Altos del Jarama", ni el nombramiento de D. Matías como Presidente de la misma, ni de la llamada "Comisión Liquidadora", era procedente la estimación de dicha excepción. Obviamente, ante el pronunciamiento de la estimación de la excepción de falta de legitimación activa, no era necesario entrar en el fondo del tema concerniente al incumplimiento contractual.

DECIMOTERCERO.- El motivo tercero de este recurso -al amparo del artículo 479.3, en relación con el artículo 477.2 2º, los dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil - reprocha la transgresión del artículo 1591 del Código Civil, por no compartir la parte recurrente la interpretación que, respecto del concepto de edificación, realiza la sentencia recurrida, y sostiene que la acción del artículo citado puede aplicarse a las obras de urbanización. El motivo se desestima.

El Código Civil utiliza el vocablo "edificio" sin definir lo que se entiende por éste; el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice que edificio "es obra o fábrica construida para habitación o usos análogos, como casa, templo, teatro, etc.". Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia se pronuncian por una concepción amplia de este término; así, los juristas lo consideran como "toda obra de albañilería, forjada con materiales de varias clases, adherida de una manera permanente al suelo, ya esté en la superficie, ya en el subsuelo y destinada a un fin de la vida humana", o "si bien el Código Civil habla restringidamente de edificios, habrá que entender referidos sus preceptos a toda obra mural, como diques, puentes, etc., porque hay la misma razón para decidir". Esta concepción amplia se matiza en el sentido de que se trate de construcciones permanentes o duraderas, con exclusión de las construcciones provisionales. De lo expuesto, se desprende que el artículo 1591 no es de aplicación a las obras de urbanización. Por demás, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación -no utili-

zable para la resolución el supuesto enjuiciado-, caracteriza los edificios sujetos a su ámbito por razón de su permanencia y de su uso principal; dice el artículo 2.1 de este texto legal: "Esta Ley es de aplicación al proceso de edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos: A) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural. B) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; de telecomunicación (referido a la ingeniería de telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal, industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesoria a las obras de ingeniería y su explotación. C) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores". En su artículo 2.2, establece: "Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en su artículo 4º, las siguientes obras:

A) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, que no tengan de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

B) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

C) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección". Y en el apartado 3 del mencionado artículo dispone: "Se considerarán obras comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio". De lo indicado, se desprende que tampoco la Ley de Ordenación de la Edificación contempla la responsabilidad por daños materiales de los vicios y defectos de las obras de urbanización de un polígono, "salvo los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio".

DECIMOCUARTO.- En el motivo cuarto de este recurso -al amparo del artículo 479.3, en relación con el

artículo 477.2 2º, los dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil - censura la infracción de los artículos 1822 del Código Civil y 68 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, al considerar que, al tratar de un supuesto de incumplimiento por parte de la constructora avalada, la entidad avalista debe resarcir los daños y perjuicios hasta el límite avalado. El motivo se desestima.

La estimación de la excepción de falta de legitimación activa por la sentencia impugnada ocasiona el perecimiento del motivo.

DECIMOQUINTO.- El motivo quinto de este recurso -al amparo del artículo 479.3, en relación con el artículo 477.2 2º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil - aduce la vulneración de normas administrativas, concretamente los artículos 26.2 y 164 del Reglamento de Gestión Urbanística y artículo 127.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1436/1976, y cuestiona el pronunciamiento referido a la falta de legitimación activa de la "Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación", y, sobre esta materia, defiende que la expresada Junta, pese al cambio de sistema, mantiene su existencia al no encontrarse disuelta ni liquidada, y que la misma, aunque adolece de previsión legal, puede crearse al amparo del artículo 1255 del Código Civil y, por último, que la falta de inscripción en el registro urbanístico no incide en su inexistencia al no tener carácter constitutivo. El motivo se desestima.

Desde otra perspectiva legal, el motivo ofrece un contenido similar al sexto del recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que nos remitimos a la argumentación contenida en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia.

Obra acreditado en las actuaciones que la "Junta de Compensación" estaba disuelta en el momento de presentación de la demanda; se había pasado del sistema de Compensación al de Cooperación; y la "Comisión Liquidadora" carece de reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. Debe tenerse en cuenta que la "Junta de Compensación" no subsiste en el instante antes indicado, pues en la Asamblea General Ordinaria de la Junta de Compensación Altos del Jarama de 24 de abril de 1994, el punto cuarto del orden del día fue el siguiente: "Aprobación si procede, del acuerdo de disolución de la Junta de Compensación. Nombramiento de la comisión liquidadora y normas de funcionamiento. (...) El Sr. Presidente, expone la postura del Consejo Rector, que es la siguiente: Tras la última Asamblea, donde se dijo que no al presupuesto presentado para continuar las obras y ante la imposibilidad de firmar un convenio de agilización con el Ayuntamiento y la decisión de éste de cambiar el sistema de com-

pensación al de cooperación, el Consejo Rector piensa que la Junta de Compensación ya no puede cumplir el fin primordial de acometer las obras de urbanización que justificó su creación y que además, si se consigue que la cooperación se pague y se puedan terminar las obras y si se logra que exista claridad, buena gestión, etc. Sólo queda ir a la cooperación, pero sin que se tenga que constituir la Comisión Liquidadora que presenta serios problemas jurídicos (...). Preguntan sobre que pasa con los juicios, quién va a pagar a la Comisión liquidadora: "El Sr. Matías informa que el dinero se obtendrá por la aprobación del presupuesto presentado y en su caso a través de la Asociación Administrativa de Cooperación". El citado punto del orden día fue aprobado.

De lo expresado, se deduce que la "Junta de Compensación" está disuelta legalmente por acuerdo firme de sus miembros, como también la circunstancia del conocimiento por sus miembros, antes de su disolución, de que la "Comisión Liquidadora" carecía de factibilidad jurídica. En definitiva, la personalidad y representación de los derechos de los parcelistas había de manifestarse a través de la "Asociación Administrativa de Cooperación", pero no mediante la "Comisión Liquidadora". Se pretende por el recurrente el mantenimiento del sistema de compensación con la intervención de la "Comisión Liquidadora", durante la existencia del sistema de cooperación, sin embargo esta interpretación no es posible en derecho, ya que todas las consecuencias económicas han de plasmarse por el único sistema que pervive, el de cooperación, sin que sea posible elegir por los parcelistas que una repercusión patrimonial se gestione por uno u otro medio, aunque sea en sus secuelas.

DECIMOSEXTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación, con imposición a la recurrente de las ocasionadas los mismos (artículo 394 y 398 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 a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la "Comisión Liquidadora de la Junta de Compensación Altos del Jarama" contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de ocho de abril de dos mil cinco. Condenamos a la parte recurrente al abono de las costas ocasionadas en cada uno de dichos recursos. 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.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias. Firmado y rubricado.

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.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/11596

TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 3 febrero 2010. Ponente: D. Agustín Puente Prieto

Al no "crear ciudad"

Indebida aplicación de la doctrina sobre sistemas generales en la valoración de fincas expropiadas

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Segovia contra la STSJ de Castilla y León que anuló en parte la resolución del JEF de Segovia por la que se fija el justiprecio de la finca expropiada por el proyecto de recuperación del valle de clamores, sentencia que se revoca, confirmando así la resolución administrativa recurrida. La Sala considera que los suelos expropiados con la finalidad de recuperar un paisaje no urbano, en cuanto no se destinan a la constitución de un parque público, no cumplen los requisitos exigidos para aplicar la doctrina seguida en los supuestos de expropiaciones de suelo para sistemas generales, y en consecuencia, revocada la sentencia impugnada, el debate queda reducido a determinar la valoración de la finca que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 Ley 6/1998 y ante la inexistencia de valores comparables que hagan posible la aplicación del método fundado en la analogía, ha de ser valorada mediante la capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo y conforme a su estado en el momento de la valoración, valoración ésta coincidente en el presente caso con la efectuada siguiendo este sistema valorativo por el Jurado Provincial de Expropiación, cuyo pronunciamiento en definitiva se ha de aceptar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de casación contra sentencia de 14 de mayo de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos, recaída en el recurso 179/99 interpuesto por la representación de D. Ricardo contra la resolución de 22 de julio de 1998 del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Segovia por la que se fija el justiprecio de la finca núm. 000, parcela núm. 001 del Polígono núm. 002 del término municipal de Segovia, expropiada para el Proyecto de Recuperación del Valle de Clamores, cuya sentencia estima en parte el recurso contencioso administrativo fijando un justiprecio de 262.821.380,9 pesetas como valoración del suelo, más el importe de las cantidades señaladas en el acuerdo recurrido por la expropiación de

las construcciones, vallados y frutales y el 5% de afección e intereses legales.

El acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación se atiene a las disposiciones contenidas en la Ley 6/1998 de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, declarando que la finca está comprendida dentro del Plan General de Ordenación Urbana de Segovia de 1984 y en la zona del ámbito de Plan Especial de Protección del Paisaje de Clamores-Pinarillo, que le otorga la clasificación de suelo no urbanizable, al que dispensa, además, la especial protección que sus valores ambientales, paisajísticos y culturales exige.

El Jurado Provincial de Expropiación valora la finca, en cuanto al suelo, en función de la naturaleza de la misma y por aplicación de lo dispuesto en la indicada Ley en su artí-

culo 26.2, y, al no constar fincas con las que sea posible la equiparación, utilizando el método de capitalización de rentas reales o potenciales del suelo.

La sentencia recurrida precisa, en el último párrafo del fundamento de derecho quinto, la normativa aplicable consistente en el artículo 29 de la Ley 6/1998 para la valoración del terreno, entendiéndose que dicha valoración ha de hacerse como si de suelo urbanizable se tratase, ya que, de lo contrario, se incumpliría la obligación de equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, por lo que en el presente caso y dado que las reglas de valoración son las contenidas en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, acudiendo al informe pericial antes citado, y partiendo de la premisa de que, en base a la doctrina jurisprudencial aludida, ha de considerarse suelo urbanizable y no urbano, el valor es el que recoge el Perito en su informe punto 5.6.b), y este valor, después de las operaciones que realiza y que se atemperan a lo señalado en el artículo 29 de la citada Ley, en cuanto establece que el Valor del suelo en los supuestos de carencia de plan o sin atribución de aprovechamiento lucrativo alguno al terreno no incluido en un determinado ámbito de gestión, el aprovechamiento a tener en cuenta a los solos efectos de su valoración, será el resultante de la media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal en que, a efectos catastrales esté incluido el mismo. Con este presupuesto se da por el Perito un valor de 273.623.656 pesetas.

Pero debe tenerse en cuenta que el perito parte de una superficie que no es la exactamente la expropiada, ya que en la resolución del Jurado se hace referencia a la superficie registral de la finca que cifra en 6.729 metros cuadrados, por lo que realizando una regla de tres simple se llega a la conclusión que el valor de la finca queda en 262.821.380,9.

En el fundamento de derecho sexto, por su parte, la sentencia recurrida enjuicia, desestimándola, la petición indemnizatoria de los daños reclamados por haberse iniciado el expediente expropiatorio antes de la publicación del Plan Especial, que cuantificó el recurrente en el 25% del justiprecio, y, en definitiva, concluye en su fallo anulando el acuerdo recurrido y fijando el valor del justiprecio del suelo en la cantidad antes mencionada, al que habrá de añadirse la valoración del Jurado en el muro de mampostería, así como el valor de la alberca, y el valor de los restos de edificación y, a todo ello, sumado el 5% de afección e intereses legales.

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso el presente recurso de casación tanto por la re-

presentación del expropiado como del Ayuntamiento de Segovia, respecto a cuyos recursos se declaró la admisión del interpuesto por la corporación local, así como la inadmisión del interpuesto por la representación procesal de D. Ricardo.

En cumplimiento de lo resuelto en sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de enero de 2009, dictada en el recurso de amparo núm. 9648/2005, que declaró la nulidad de la sentencia de 13 de abril de 2005 dictada en este recurso, se confirió trámite de audiencia a la representación del expropiado, como dispuso la citada sentencia pese a la inadmisión del recurso de casación por él interpuesto y a su no personación como recurrido ante esta Sala en el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Segovia.

La corporación local recurrente interpone el recurso de casación con fundamento en cuatro motivos, invocando en todos ellos lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, denunciando, en el primero, la infracción del 26 de la Ley 6/1998; en el segundo, la de la jurisprudencia que en el mismo se invoca; en el tercero lo dispuesto en los artículos 27 y 29 de la antes citada Ley, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; y en el último, se denuncia como infringido lo dispuesto en los artículos 632 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil y 348 del nuevo texto procesal, en relación con las reglas de valoración de conformidad a los principios de la sana crítica de la prueba obrante en las actuaciones.

Por su parte, la representación de la recurrida, al darle trámite de audiencia para formalizar oposición en el presente recurso, solicita la desestimación del mismo, aludiendo a una denunciada impropiedad formal del recurso de casación, que fundamenta en entender que, resultando de aplicación las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debió de haberse interpuesto el recurso, no por vía casacional, sino como una infracción de normas procesales, aludiendo igualmente a la postura procesal mantenida por el Ayuntamiento en relación con la emisión del dictamen pericial que, a su entender, no combatió ni puso objeciones en trámite de ratificación del mismo, ni tampoco en conclusiones del procedimiento de instancia.

Aduce, igualmente, en cuanto al fondo, el carácter urbano de los terrenos y critica, anticipándose al pronunciamiento de esta Sala en esta sentencia, la fundamentación de la anterior de 13 de abril de 2005, que considera no responde a la jurisprudencia de esta Sala sobre sistemas generales en cuanto que en la misma se entiende que no resulta aplicable al terreno la clasificación reservada para los sistemas generales que creen ciudad.

Con carácter previo al examen de las cuestiones que el presente recurso de casación plantea, ha de precisarse, ante todo, que el ámbito del litigio, en los términos en que procesalmente está planteado, queda definido y delimitado, por un lado, por la afirmación del Tribunal de instancia que, calificó y valoró el terreno como urbanizable, en aplicación, según entendió, de la jurisprudencia de esta Sala, y enmarcado, asimismo, por la postura del único recurrente como parte actora en esta casación, el Ayuntamiento de Segovia, que ha cuestionado la aplicación del artículo 29 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998, considerando que el recto enjuiciamiento de la cuestión conduce a la clasificación del suelo como no urbanizable y, en definitiva, exige la aplicación de lo dispuesto en el artículo 26 de aquella Ley, conclusión que encuentra refrendada, y de ahí el motivo segundo, por la jurisprudencia de esta Sala.

En definitiva, la cuestión sometida a debate queda limitada a enjuiciar la clasificación de urbanizable atribuida por la Sala de instancia al suelo, clasificación que, expresamente, dicha sentencia reitera, y lo hace, precisamente, en aplicación de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre valoración de sistemas generales, descartando, por lo demás, su condición de suelo urbano.

Y ha de comenzarse por afirmar, igualmente, que esa supuesta impropiedad formal, a que el recurrido alude, no existe en el planteamiento del presente recurso dado que, evidentemente, el mismo resultaba admisible en vía casacional y se fundamenta en supuestos formulados al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, no resultando evidentemente de aplicación, en cuanto a los motivos casacionales, las normas meramente subsidiarias de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco existe impropiedad formal alguna con relevancia casacional en relación con la postura adoptada por la corporación recurrente en defensa de sus pretensiones y relacionada con el dictamen pericial emitido en la causa, puesto que de lo que se trata es de precisar si el suelo tiene el carácter de urbanizable como sistema general y, por tanto, queda expresamente descartada cualquier otra clasificación del suelo ajena a ese carácter urbanizable, como se defiende en la pericia y pretende plantear nuevamente en esta casación el recurrente, olvidando éste que ello solamente podía cuestionarlo, combatiendo el carácter meramente urbanizable que la sentencia asigna al suelo, desde una postura actora en este proceso que fue rechazada por la Sala al inadmitir su recurso de casación.

Quiere decirse, en definitiva, que todo el argumento de la recurrente acerca del carácter urbano de la finca ha de excluirse de su consideración

en esta casación, en la que el debate queda ceñido, en función de la postura adoptada por la única parte actora, a cuestionar si es correcta o no la clasificación del suelo como urbanizable, que no urbano, cuestionada por la representación de la única parte actora en este excepcional recurso.

En cualquier caso, y en relación con dicha cuestión, interesa puntualizar que, aún cuando en la instancia la sentencia recurrida no se planteó la posibilidad de aplicar otro valor que el resultante de la clasificación del suelo como urbanizable en función de estar comprendido en un sistema general, descartando así por consiguiente la aplicación de una valoración del suelo como urbano, y puesto que la Sala en la sentencia recurrida hace referencia a los servicios de los que está dotada la finca, con el exclusivo objeto de despejar cualquier duda al respecto, ha de destacarse que, en el presente caso, y según consta en la descripción de la finca, se trata de una finca rústica, comprendida como tal en el catastro de rústica, dentro del Polígono núm. 002 parcela núm. 001 que linda al norte con suelo urbano del casco de Segovia (en la zona del Plan Especial del recinto amurallado) y sobre solares de diversos propietarios que dan a la calle San Valentín y la propia calle de San Valentín; al sur, camino de la Fuencisla por el Clamores y monte de utilidad pública

El Pinarillo; al este, Convento de Sanctiespiritu, propiedad del Ministerio de Defensa; al oeste, con Huerta de la Estrella. La finca tiene fuertes pendientes tanto al norte como al sur, quedando la parte central en una hondonada, faltándole el agua que regaba a la huerta al entubarse el río, poseyendo una alberca fuera del uso de la que se regaba con posterioridad a dicho entubamiento, y no tiene, aparte de esto, ningún elemento ni sistema de riego, viéndose disminuida su calidad como huerta por haber recibido una capa de gran espesor de echadizos sobre el primitivo suelo de huerta, como se denota en los taludes, que en algunos casos parecen escombreras por su configuración, pendiente y materiales.

La Sala de instancia, -insistimos que sin relevancia a efectos valorativos-, entendió que la finca gozaba de los servicios propios del suelo urbano; sin embargo, se estima necesario constatar que ello se hace en función de su colindancia sobre la calle de San Valentín, a cuyo lado opuesto se encuentra la zona amurallada, mas sin tener en cuenta que la finca no tiene acceso directo rodado desde esa calle puesto que existe una diferencia de cota entre la misma y la finca de 3,90 metros aproximadamente, realizándose la entrada a través de un acceso desde la carretera de la Cuesta de los Hoyos que baja al valle y la huerta de la Estrella, acceso definido como camino o vía en la actualidad para vehículos de mantenimiento y conservación del valle,

y que en el momento de la expropiación parece que constituía una servidumbre de paso como único acceso para la finca.

En la misma no consta la existencia de sistema alguno de evacuación de residuales, lindando con el Paseo del fondo del Valle sobre el colector de Clamores, que queda a cota superior de 2 metros aproximadamente y con el que no existía enganche de la finca, que tampoco estaba dotada de energía eléctrica, no conteniendo más agua que la que tomaba de un grifo para llenado de la alberca inmediata a la calle de San Valentín.

Esta Sala tiene declarado que, si bien la clasificación de un terreno como suelo urbano constituye un imperativo legal y no queda al arbitrio de la Administración planificadora sino que debe ser definido en función de la realidad de los hechos, a la hora de considerar la suficiencia o idoneidad de los servicios urbanísticos de que debe estar dotado el suelo urbano, nuestra jurisprudencia no sólo considera necesarias, según decimos en Sentencia entre otras muchas de 2 de abril de 2002, las dotaciones esenciales de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, sino que precisa que las mismas han de poseer las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o haya de construirse; que tales dotaciones las proporcionen los servicios correspondientes y que el suelo se encuentre inserto en la malla urbana, es decir, que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua, energía eléctrica y saneamiento de que puedan servirse los terrenos, y que éstos por su situación no estén desligados del entramado urbanístico ya existente, insistiendo nuestra jurisprudencia, de la que son ejemplo las Sentencias de 6 de marzo, 26 de mayo, 21 de julio, 18 de diciembre de 1997 y 13 de mayo de 1998, en la necesidad, tanto de que los terrenos se encuentren insertos en la malla urbana, como de que cuenten con los servicios apropiados, sin que sea suficiente que ocasionalmente tenga los servicios urbanísticos a pie de parcela, porque pasen por allí casualmente, sino que deben estar dotados de ellos porque la acción urbanizadora haya llegado al lugar de que se trate.

En el presente caso, no se acredita que la finca reúna los requisitos exigidos tanto por el artículo 78 de la Ley del Suelo de 1976 como por el artículo 8 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 6/1998, teniendo en cuenta, además, que se trata de una gran superficie de 6.729 metros cuadrados, que no está rodeada por unas vías perimetrales sino en los términos antes señalados, y que el lindero de la calle San Valentín, en función del gran desnivel existente en esa zona norte con el acceso a la parcela, no puede jugar como determinante a

efectos de enjuiciar los servicios urbanísticos correspondientes, siendo así que, por el contrario, la finca aparece clasificada a efectos catastrales como rústica y sin que la zona en que está comprendida pueda entenderse que está suficientemente consolidada por la urbanización si tenemos en cuenta que forma parte de un polígono de rústica que afecta al Valle de Clamores y que no tiene otra zona edificada más que la que resulta de los escasos edificios que existen en el lado oeste de la finca, constituyendo, en sí misma, el límite con la zona de suelo urbano de la población.

TERCERO.- Limitado así pues la cuestión objeto de debate, ha de enjuiciarse el primero de los motivos casacionales aducidos por el único recurrente en casación que es el Ayuntamiento de Segovia; y puesto que esta Sala en Auto de 18 de diciembre de 2003 declaró la inadmisión del recurso interpuesto por la representación del expropiado. Recoge el Ayuntamiento de Segovia un primer motivo de casación que se formula con carácter principal, resultando los demás subsidiarios del anterior y que, por su propia naturaleza, ha de ser enjuiciado, en primer término, ya que, de estimarse el mismo, resultaría superfluo el enjuiciamiento del resto de los motivos casacionales de los que, el segundo, no es sino una reiteración de los argumentos del primero, referida ya a concreta jurisprudencia de esta Sala sobre valoración del suelo de sistemas generales.

Se funda este primer motivo en lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denunciándose en su desarrollo la infracción por la sentencia recurrida de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 6/1998 de 13 de abril de Régimen del Suelo y Valoraciones, entendiendo que la finca debía ser calificada a efectos valorativos como no urbanizable y, por tanto, resultaba conforme a derecho la valoración realizada por el Jurado Provincial de Expropiación.

En el enjuiciamiento del motivo hemos de seguir los pronunciamientos de la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2005, recaída en el recurso de casación 4.739/2001, en la que se resuelve acerca de una valoración de finca comprendida en la misma zona y plan que la que es objeto de este recurso y en la que se ha enjuiciado la naturaleza jurídica de las fincas comprendidas en el Plan Especial de Protección del Paisaje del Valle de Clamores, cuyos pronunciamientos han de ser aplicados en función del principio de unidad de doctrina basado, en definitiva, en los constitucionales de igualdad y seguridad jurídica.

Decíamos en aquella sentencia que es incontestable que la expropiación que llevó a cabo el Consistorio de Segovia se amparaba en el Plan

General de Ordenación Urbana de la Ciudad y en el Plan Especial de Protección del Paisaje, que, en este caso, operaba como instrumento de planeamiento de desarrollo del plan superior.

Y los objetivos de ese plan especial de desarrollo tenían una finalidad claramente determinada, que no era otra que la de la protección de unos suelos que contenían valores dignos de amparo, tal y como los describe la memoria del Plan General, y la de asegurar su preservación frente a la expansión de la ciudad prohibiendo de manera absoluta la edificación.

De ahí que el propio Plan General clasificase esos suelos como suelo no urbanizable de especial protección, es decir, que se trataba de suelo clasificado como no urbanizable porque contaba con valores que el plan consideraba dignos de protección, y, en consecuencia, no se encuadraba en el denominado suelo no urbanizable residual o común. Así resultaba de los artículos 80 de la Ley del Suelo de 1976 y 12 del Texto Refundido de 1992.

El art. 9 de la Ley vigente de Régimen del Suelo y Valoraciones aplicable al caso, define el suelo no urbanizable diciendo que:

“Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

2ª) Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística”.

El suelo que constituye el objeto de la expropiación se encuadra en el definido por el número 2 del precepto transcrito, en razón de sus valores paisajísticos, ambientales y culturales, y le otorga esa condición de modo reglado el Plan General de Ordenación Urbana que considera necesario preservar los valores citados

que están ínsitos en esos terrenos que se propone preservar y proteger.

En consecuencia, el suelo expropiado posee la clasificación de no urbanizable, y, por ende, su valoración ha de ajustarse a lo establecido en el art. 26 de la Ley 6/1998, de 13 de abril.

Ese fue el modo de proceder que siguió el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Segovia que, en aplicación del precepto citado, y en razón de las circunstancias que concurrían en el supuesto, optó por aplicar como método de valoración el de capitalización de rentas reales o potenciales del suelo, atendiendo a lo dispuesto por el apartado 2 del art. 26 de la Ley.

Así las cosas se trata de saber -decíamos en nuestra sentencia de 9 de marzo de 2005-, si a ese suelo, y concurriendo en él las circunstancias que el Plan le reconoce, y que quiere preservar y proteger, y a efectos de valoración, le es aplicable, la Jurisprudencia que entiende que el suelo no urbanizable debe ser valorado como urbanizable cuando se destina a sistemas generales para, de ese modo, hacer efectivo el principio de equidistribución de beneficios y cargas.

Añadíamos a continuación en aquella sentencia que para alcanzar la solución correcta es preciso referirse al concepto que las normas urbanísticas nos ofrecen de la expresión sistemas generales, y para ello se hace preciso acudir al Reglamento de Planeamiento, Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, que, al establecer en el art. 19 las determinaciones de carácter general que deberán contener los Planes Generales de Ordenación Urbana, dispone en concreto en el apartado b) que contendrán la:

“Estructura general y orgánica del territorio, integrada por los elementos determinantes del desarrollo urbano y, en particular, por el sistema general de comunicación y sus zonas de protección; el de espacios libres destinados a parques públicos y zonas verdes en proporción no inferior a cinco metros cuadrados por habitante, y el de equipamiento comunitario y para centros públicos” y en el d) las “medidas para la protección del medio ambiente, conservación de la naturaleza y defensa del paisaje, elementos naturales y conjuntos urbanos e histórico-artísticos, de conformidad, en su caso, con la legislación específica que sea de aplicación en cada supuesto”, expresión que completa el art. 25 del mismo texto normativo al definir “los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio que establecerá el Plan General teniendo en cuenta el modelo de desarrollo urbano adoptado” y entre los que se concretan en el apartado c) “el sistema general de espacios libres constituido por:

Parques urbanos públicos en proporción no inferior a cinco metros cuadrados de suelo por cada habitante, en relación al total de población prevista en el Plan. En estos parques sólo se admitirán aquellos usos compatibles con su carácter que no supongan restricción del uso público. - Áreas públicas destinadas al ocio cultural o recreativo, como parques deportivos, zoológicos, ferias y otras instalaciones análogas”.

De ese precepto, y de los términos en los que se manifiesta, es obligado concluir que tienen la consideración de sistema general los parques urbanos públicos en tanto que forman parte de ese sistema general, ya que por su vocación y destino crean ciudad, de acuerdo con la expresión acuñada por esta Sala y Sección en las Sentencias a las que a seguido haremos referencia.

Así en Sentencias como las de 26 de febrero y 29 de abril de 2004, y en esta última, con cita de la Sentencia de 14 de febrero de 2003, hemos expuesto que “la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengán clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquellas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas”.

Arrancando de esa idea lo que hemos de averiguar es si a la expropiación del suelo de que se trata con las características que posee, y la clasificación que le otorga el Plan Especial de Protección del Paisaje del Clamores-Pinarillo, goza de esa consideración de sistema general, y, por ello, su valoración ha de hacerse como si de suelo urbanizable se tratase o, si por el contrario, y como pretende la Corporación segoviana, debe mantenerse a esos efectos su consideración de suelo no urbanizable y valorarse como tal.

Conviene recordar ahora para ello que el art. 19 del Reglamento de Planeamiento al enumerar las determinaciones generales que deben contener los Planes Generales de Ordenación Urbana se refiere en el apartado d) a las “medidas para la protección del medio ambiente, conservación de la naturaleza y defensa del paisaje, elementos naturales y conjuntos urbanos e histórico-artísticos, de conformidad, en su caso, con la legislación específica que sea de aplicación en cada supuesto”, medidas que no gozan de la consideración de sistemas generales a los que se refiere el apartado b) del precepto citado.

El Plan General de Ordenación Urbana de Segovia de 1984 hacía referencia a esas determinaciones generales, y para su desarrollo aprobó

el Plan Especial de Protección del Paisaje del valle del Clamores-Pinarillo, que no constituye un sistema general de espacios libres, en tanto que ese espacio no es un parque urbano público en el sentido que lo considera el apartado b) del art. 19 del Reglamento de Planeamiento.

El Plan Especial de Protección del Paisaje del valle del Clamores-Pinarillo, y el suelo que lo integra y que fue objeto de expropiación, sirve a la ciudad pero no crea ciudad en el sentido al que se refieren nuestras Sentencias antes citadas.

Sirve a la ciudad, en tanto que garantiza que ese suelo, inmediato a ella, pero que no es la ciudad, no va a ser construido, y dado el alto valor que posee desde el punto de vista paisajístico y medioambiental, que le hace acreedor de una especial protección y preservación, asegura que va a gozar de la defensa, protección y amparo que le ofrece la recuperación de sus usos anteriores y el incremento y desarrollo de los destinos que le son propios. De ahí que resulte obvio que su valoración deba ser acorde con la clasificación que le otorgó el Plan General, sin que pueda equipararse a la pretendida de suelo no urbanizable, y sin que ese hecho vulnere el principio de equidistribución de beneficios y cargas que caracteriza al Derecho urbanístico.

Tras cuanto hemos dicho hasta aquí podemos concluir que en lo que se refiere a la valoración del suelo expropiado la misma ha de hacerse de acuerdo con la clasificación que para el mismo estableció tanto el Plan General de Ordenación Urbana de Segovia, como el Plan Especial de Protección del Paisaje que lo desarrolló, de suelo no urbanizable de especial protección.

Resulta en definitiva que procede estimar el motivo casacional aducido por la Corporación recurrente puesto que, al realizar la valoración sobre un suelo de naturaleza urbanizable en función de una clasificación del terreno como comprendido en sistemas generales que no le corresponde, la Sala ha infringido, según denuncia el recurrente, lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 6/1998.

Por otro lado, la consideración del terreno incluido en el Valle de Clamores de Segovia como suelo urbanizable a efectos expropiatorios, ha sido ya rechazada por esta Sala, no solamente en la sentencia antes mencionada de 9 de marzo de 2005 sino también en la de 21 de mayo de 2008, en la que hemos negado que el Parque de Clamores constituya un sistema general de espacios libres en tanto que ese espacio no es un parque urbano público en el sentido que lo considera el apartado b) del artículo 19 del Reglamento del Planeamiento.

El Plan Especial de Protección del Paisaje del Valle de Clamores-Pinarillo y el suelo que lo integra que fue objeto de expropiación como repetimos en aquella sentencia, sirve a la ciudad pero no crea ciudad en el sentido al que se refiere la jurisprudencia sobre sistemas generales y, en contra de lo que afirma la recurrente, es preciso resaltar, como hemos puesto de manifiesto en reciente sentencia del pasado 27 de enero de 2010, que La conocida doctrina sobre sistemas generales que reiteradamente viene manteniendo esta Sala presupone, como hemos afirmado en sentencia de 16 de junio de 2009, que el sistema general al que van a servir los terrenos que, clasificados como no urbanizables, se obtienen por expropiación, tenga vocación de "crear ciudad" (expresión que ha hecho fortuna en la jurisprudencia) discriminando, por ello, in peius a sus propietarios, quienes, de no tasarlos como urbanizables, se sacrificarían a cambio de la retribución correspondiente al suelo rústico para que los demás se beneficien de la expansión ciudadana y del consiguiente incremento de valor de sus predios.

Es evidente, por tanto, que la citada doctrina, como expresamente hemos recogido en nuestra jurisprudencia, parte precisamente de la base del respeto al principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento para impedir, como hemos dicho, que unos propietarios se beneficien en perjuicio de otros de una implantación de un sistema general, pues, como dijimos en sentencia de 4 de mayo de 2008, se trata con dicha doctrina de hacer efectivo el principio de justa y equitativa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento, de tal manera que el afectado por una actuación expropiatoria que se ve privado de la finca no resulte perjudicado por dicha expropiación en beneficio del resto de propietarios que conservaban la titularidad de los terrenos ubicados en la zona, beneficiándose de la obra dotacional.

Y en sentencia de 27 de mayo de 2009, afirmamos que se trata de supuesto en que se producía una auténtica singularización del suelo afectado por la expropiación, de tal manera que el titular del mismo, resultaba perjudicado, en relación con los titulares de fincas limítrofes no expropiadas, por el establecimiento del sistema general, de tal manera que, y como se deduce de dicha sentencia, no cabe aplicar la citada doctrina cuando no concurre la auténtica necesidad de producirse una equidistribución de beneficios y cargas cuando no se generan en las fincas de los terrenos limítrofes ningún beneficio que necesite dicha equitativa distribución vinculada al planeamiento urbanístico.

Por ello, hemos negado en la sentencia de 21 de mayo de 2008, recogiendo el precedente de la de 9 de marzo de 2005, la aplicación de la

citada doctrina a supuestos en que no se trata de la creación de una auténtico parque urbano público, en el sentido que lo considera el apartado b) del artículo 19 del Reglamento del planeamiento, por cuanto que la actuación expropiatoria y la implantación del sistema que con ella se realiza, sirve a la ciudad, pero no "crea ciudad" en el sentido al que se refiere la jurisprudencia sobre sistemas generales.

Al igual que en el supuesto enjuiciado por aquella sentencia de 27 de enero de 2010, negamos la clasificación, a efectos valorativos resultantes de la expropiación, del suelo afectado, dirigido a la creación de una franja de protección que limite el desarrollo urbano del ámbito municipal, como urbanizable, también hemos de negar esta clasificación para el suelo incluido en el Valle de Clamores, con la finalidad de recuperar un paisaje no urbano que, evidentemente, sirve a la ciudad, de ahí que, como pone de relieve el recurrente, fuera calificado ya en 1947 como Paraje Pintoresco, pero, en modo alguno, crea ciudad, según la Sala deduce incluso de las fotografías incorporadas al expediente y actuaciones en instancia y las que, a instancia del recurrido, se han incorporado en esta casación, que demuestran indudablemente que con la actuación emprendida por el Ayuntamiento de Segovia, no se trata tanto de dotar a la ciudad de un parque urbano, en el sentido que lo regula el Reglamento del Planeamiento, sino de preservar un espacio con evidentes elementos a defender desde el punto de vista del entorno de la ciudad, que ciertamente sirve a la misma en ese sentido, mas no crea ciudad, y sin perjuicio de que las obras que se han realizado, como ocurrió en el supuesto contemplado en la sentencia antes citada de 27 de enero de 2010, con ocasión de la actuación expropiatoria no se limiten a la mera atribución de un uso público al terreno sino que acaben dotándolo de elementos de mejora del mismo en beneficio de los usuarios de dicho terreno, sin que, por ello, éste adquiera la condición de auténtico parque urbano, manteniendo el valor que siempre tuvo dicho entorno en la configuración del paraje exterior al casco urbano de Segovia.

CUARTO.- Resuelto el recurso de casación y casada la sentencia recurrida, procede enjuiciar las cuestiones sometidas a debate partiendo de la circunstancia de que no cabe sino aplicar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 6/1998 para la valoración de los terrenos, puesto que es ésta la cuestión que, denegada en la sentencia recurrida, fue cuestionada por el único recurrente el Ayuntamiento de Segovia.

Y el debate, en función del planteamiento de esta casación, queda en definitiva reducido a determinar la valoración de la finca que, de con-

formidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 6/1998 y ante la inexistencia de valores comparables que hacen imposible la aplicación del método fundado en la analogía previsto en el apartado primero de dicho precepto, ha de ser valorada mediante la capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo y conforme a su estado en el momento de la valoración, valoración ésta coincidente en el presente caso con la efectuada siguiendo este sistema valorativo por el Jurado Provincial de Expropiación, cuyo pronunciamiento en definitiva hemos de aceptar, lo que impone la desestimación del recurso jurisdiccional interpuesto por la representación de D. Ricardo y la confirmación de la resolución recurrida de 22 de julio de 1998 del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Segovia para la valoración de la finca núm. 000 parcela núm. 001 del Polígono núm. 002 del término municipal de Segovia expropiada para el Proyecto de Recuperación del Valle de Clamores.

QUINTO.- En atención a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no se aprecian razones determinantes de una condena en costas en la instancia ni en el presente recurso de casación.

FALLO

Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Segovia contra sentencia de 14 de mayo de 2001 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos, recaída en el recurso 179/99, interpuesto por la representación de D. Ricardo contra la resolución de 22 de julio de 1998 del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Segovia por la que se fija el justiprecio de la finca núm. 000, parcela núm. 001 del Polígono núm. 002 del término municipal de Segovia, expropiada por el Proyecto de Recuperación del Valle de Clamores, cuya sentencia estima en parte el recurso contencioso administrativo fijando un justiprecio de 262.821.380,9 pesetas como valoración del suelo, más el importe de las cantidades señaladas en el acuerdo recurrido por la expropiación de las construcciones, vallados y frutales y el 5% de afección e intereses legales, cuya sentencia casamos y anulamos, declarando en su lugar que procede desestimar el recurso contencioso administrativo y confirmar la resolución recurrida por su conformidad a derecho; sin costas en la instancia ni en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Agustín Puente Prieto.- José Manuel Sieira Miguez.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Nicolás Antonio Maurandi Guillén.- Octavio Juan Herrero Pina.



2009/321861

TS Sala 4ª, Sentencia 22 diciembre 2009. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

No supone su revocación sin constatar mejoría

Realización de similar trabajo al que determinó la declaración de IPT

Recurre en casación para la unificación de doctrina el demandante frente a sentencia que revocó la IPT reconocida por entender que se había producido una mejoría en su estado patológico, al constar que aquél, de profesión ingeniero técnico por cuenta ajena, desarrolló con posterioridad similar actividad pero por cuenta propia.

Según la Sala, el trabajo del pensionista justifica que el INSS inicie el expediente de revisión ante lo que podría ser una mejoría, pero en modo alguno comporta que el grado de IP reconocido haya de ser dejado sin efecto pues esta circunstancia sólo se produciría si efectivamente aquella se constata. Y en el caso de autos, el cuadro clínico del actor, no sólo no había presentado mejoría alguna, sino que incluso habían surgido lesiones nuevas, de forma que no era factible revisar basándose en el exclusivo dato del desempeño de la misma actividad, pero por cuenta propia - con obvia posibilidad de autolimitar los niveles de exigencia que son propios del trabajo prestado en régimen de ajenidad-.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El reclamante en las presentes actuaciones había sido declarado en situación de IPT para su profesión de Ingeniero Técnico por resolución del INSS fechada en 25/02/05. Declaración que fue dejada sin efecto por nueva resolución de 05/10/07, al apreciar la EG que se había producido una mejoría en su estado patológico. Formulada demanda -en reclamación principal de IPA y subsidiaria de IPT-, la sentencia dictada en 12/05/08 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Madrid (autos 1101/07) estimó parcialmente la demanda presentada y declaró que el acto seguía estando en situación de IPT, rechazando la pretensión relativa a IPA. Y en trámite de Suplicación, la STSJ Madrid 23/03/09 (rec. 4843/08) estimó el recurso formulado por el INSS y revocó la sentencia de instancia, desestimando la demanda presentada.

2.- En su recurso para la unificación de doctrina, el trabajador articula un primer motivo en el que denuncia la infracción del art. 143 LGSS -en relación con el art. 137.1- y aporta como contraste la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 20/02/04 (rec. 492/02); y en un segundo motivo, la vulneración denunciada se concreta en el art. 141.1 LGSS y la señalada como referencial es la STS 02/03/04 (-rcud 1175/03-). El argumento que sirve de base a la primera de las denuncias es que la

revisión del grado de incapacidad exigía una mejoría -inexistente en el caso- del cuadro clínico que había dado lugar al reconocimiento de la IPT; y el razonamiento sobre el que descansa el segundo de los motivos es la compatibilidad de la IPT con otra o la misma actividad laboral realizada por cuenta propia.

3.- A destacar que la cuestión objeto de este segundo motivo no fue suscitada ni en demanda ni en trámite de Suplicación, y esta circunstancia determina que el mismo haya de rechazarse por aplicación del llamado principio de “correspondencia” que rige el presente recurso. En efecto, la naturaleza extraordinaria del RCUd determina que su planteamiento -por una y otra parte- haya de corresponderse con el que se hizo en trámite de suplicación (vinculado -a su vez- al debate de instancia), de manera que cualquier “nuevo planteamiento, aun cuando procediera apreciar que se hubiera cumplido el presupuesto o requisito de recurribilidad que consagra el art. 217 TRLPL, habría de determinar la inviabilidad del recurso”; salvo excepciones -claro está- vinculadas a temas de decisión que se hubieran introducido directamente por la sentencia de suplicación que fuera combatida (con cita de muchos precedentes, las SSTS 12/07/06 -rcud 45/05-; 18/07/06 -rcud 1562/05-; 18/07/06 -rcud 1562/05-; 19/12/07 -rcud 169/06-; y 30/09/08 -rcud 4050/06-).

4.- Por lo que se refiere al primer motivo -exclusivo objeto del debate en Suplicación-, la Sala aprecia la exigible contradicción, pues en ambos casos se trata de trabajadores que tenían reconocida situación de IPT (Ingeniero Técnico por cuenta ajena en la recurrida; Peón de la construcción en la decisión de contraste) y que con posterioridad a ella desarrollan una actividad similar (Ingeniero Técnico por cuenta propia en la de autos; Peón de limpieza y embellecimiento en la referencial), de cuyo ejercicio -persistiendo esencialmente la patología determinante del reconocimiento de IP- deriva el INSS una mejoría que le lleva a dejar sin efecto la declaración anterior. Pero en tanto la sentencia que es objeto del recurso acepta la revisión (“ante hechos tan concluyentes como son el haberse dado de alta” en el RETA y reconocer “su capacidad para realizar tal actividad”), la decisión de contraste rechaza que pueda deducirse la sustancial mejoría por la realización de los cometidos laborales, sino que ha de hacerse “en razón a un cuadro clínico posterior” de mejoría.

Estas indicaciones ponen de manifiesto que en el presente caso se cumple la exigencia de contradicción que para la viabilidad del RCUd impone el art. 217 LPL (entre las más recientes, SSTS 23/06/09 -rcud 1618/08-; 24/06/09 -rcud 622/08-; y 01/07/09 -rcud 2573/08-), puesto que a pesar de en ambos procesos se trata de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, las decisiones comparadas han llegado a opuesta conclusión.

SEGUNDO.- 1.- La cuestión debatida ya ha tenido respuesta en unificación de doctrina, conforme a criterio que puede resumirse diciendo que la “mejoría” que justifique la revisión exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva cabo la revisión) y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias, sino -sobre todo- que esta variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en IP, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada. Más en concreto, la tesis se ha sostenido en reciente sentencia de 23/04/09 (-rcud 2512/08-), precisamente en un supuesto muy similar al de autos, en que los trabajos sedentarios por parte de quien estaba declarado en situación de Gran Invalidez, llevaron a la EG a revisar el grado de discapacidad reconocida “por mejoría”, aún persistiendo las mismas dolencias. Identidad con el caso de autos que nos lleva a reproducir -a continuación- sus literales argumentaciones.

2.- “El único apoyo formal a la decisión administrativa podría encontrarse -aparentemente- en el hecho de

que tras declarar la obligada vinculación “de todos los sujetos” al plazo de revisión que necesariamente ha de acompañar a la declaración de IP (párrafo primero del citado art. 143.2; art. 6.2 RDIL; y art. 13.3 OMIL), añaden las disposiciones legales que si el pensionista por IP “estuviera ejerciendo cualquier trabajo”, el INSS “podrá de oficio... promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la revisión” (párrafo segundo del mismo art. 143.2; y 17.2 OMIL). Pero la referida deducción... implicaría confundir cuestiones absolutamente diversas, cuales resultan ser las causas de revisión y el plazo revisorio. Las primeras -causas- están tasadas y son la agravación, la mejoría y el error de diagnóstico; el segundo -plazo- es uno tan sólo, el que en su caso se hubiese fijado en el acto declarativo de IP, aunque deja de operar la obligada vinculación al mismo cuando concorra error de diagnóstico, medie trabajo del declarado en situación de IP y -conforme a Resolución de la Dirección General del INS de 13/mayo/01- la existencia de nuevas dolencias. De manera que el efecto pretendido (devaluación del grado de IP por la realización de trabajo) significaría atribuir cualidad de causa revisoria a lo que es simple excepción al plazo para llevarla a cabo. O lo que es igual, el trabajo del pensionista justifica que el INSS inicie expediente de revisión, en tanto que razonable indicio de que el estado incapacitante ha mejorado (en forma inversa a la previsión del derogado art. 38 OI, para el que la pérdida de empleo del inválido actuaba como presunción de agravación patológica), pero en forma alguna comporta que el grado de IP reconocido haya de ser dejado sin efecto, pues esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata la “mejoría” que justifique tal declaración, y la misma exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva cabo la revisión) y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias (STS 31/10/05 -rcud 3383/04 -), sino -sobre todo- que esta variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en IP, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada (STS 22/07/96 -rcud 4088/95-).”

3.- La doctrina expuesta nos lleva a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la decisión recurrida ha de ser casada y anulada. Y ello es así porque el cuadro clínico del trabajador (artritis reumatoide, artroplastia de cadera derecha, coxartrosis izquierda, severa gonartrosis izquierda, condropatía rotuliana y otosclerosis bilateral



EL DERECHO

Año XVII. Número 2819

Madrid, 19 de abril de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

con hipoacusia) no había presentado mejoría alguna, hasta el punto de haber surgido lesiones nuevas (artroplastia de cadera izquierda, imposibilidad deambulatoria sin bastones, síndrome de túnel carpiano izquierdo y síndrome de Sjögren), con lo que -de acuerdo con la expuesta doctrina unificada- no era factible revisar por mejoría basándose en el exclusivo dato del desempeño de la misma actividad, pero por cuenta propia (con obvia posibilidad de autolimitar los niveles de exigencia que son propios del trabajo prestado en régimen de ajenidad).

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Mauricio y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 23/03/09 (rec. 4843/08), que a su vez había revocado la resolución -parcialmente estimatoria de la demanda- que en 12/05/08 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 4

de los de Madrid (autos 1101/07), y resolviendo el debate en Suplicación rechazamos el de tal clase formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, confirmando la decisión de instancia. Sin costas ni en trámite de Suplicación ni en este de Casación.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legisla-

tiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- José Manuel López García de la Serrana.

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

RESEÑA

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



2009/307249

TS Sala 1ª, Sentencia 22 diciembre 2009.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Condena al abono de intereses legales del precio desde la interpelación judicial

El TS desestima el recurso extraordinario de infracción procesal y estima parcialmente uno de los recursos de casación interpuestos - con motivo de la reclamación de la parte del precio impagado de los neumáticos suministrados, pretendiendo la compradora que se compense la cantidad y reclamando indemnización por el incumplimiento del pacto en exclusiva-, modificando la sentencia impugnada en el sentido de establecer la condena de la compradora demandada al pago de los intereses legales de la cantidad a la que fue condenada desde la interpelación judicial, y no desde la fecha de la citada sentencia, confirmando los demás pronunciamientos.

2009/307251

TS Sala 1ª, Sentencia 23 diciembre 2009.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Resolución de arrendamiento industria de estación de servicio por impago de la renta

El TS declara no haber lugar al rec. de casación interpuesto por la estación

de servicio arrendataria y estima el de la entidad arrendadora, confirmando la sentencia que declaró resuelto el contrato de arrendamiento de industria suscrito entre las partes ordenando el desahucio de la actora reconvenida y la entrega de la posesión de la estación de servicio a la reconviniente y condenó a aquella a satisfacerle los importes fijados por incumplimiento contractual y el que se determine en ejecución de sentencia en concepto de daños y perjuicios por las rentas dejadas de abonar desde la fecha de su resolución hasta el efectivo desalojo sobre la cantidad establecida, salvo en el particular referido a los intereses que ha de devengar la cantidad fijada objeto de condena, que se calcularán en la forma establecida en la sentencia impugnada.



2009/276029

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

Absolución del delito de deslealtad profesional

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de estafa, falsedad, y deslealtad profesional. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de este último delito, pues no constando que el acusado le ocultase al perjudicado la necesidad de observar los plazos que en su caso se hubieran acordado, su comportamiento, no

acudiendo, antes como hizo a la parte, al tercero que se comprometiera a vender, permite dudar de la exclusividad causal del comportamiento del acusado.



2009/327317

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 23 diciembre 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Denegada la aplicación del silencio positivo a la aprobación del estudio de detalle

Se insta el presente recurso de casación frente a la STSJ de Galicia que rechazó la pretensión deducida contra acuerdo del Ayuntamiento demandado por el que se denegó la aprobación del Estudio de Detalle promovido por la entidad recurrente, al considerar que no es aplicable el silencio administrativo positivo a un instrumento de planeamiento que contenga determinaciones contrarias a la Ley.

El TS desestima el recurso, pues es jurisprudencia reiterada la que señala que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva, sino que resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión

del derecho reconocido en el art. 24,1 CE o si por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva, añadiendo a todo lo anterior que la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del art. 24,1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables.



2009/300314

TS Sala 4ª, Sentencia 11 noviembre 2009.
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Derecho a subsidio por IT tras segunda baja

El TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSS codemandado frente a sentencia que reconoció el derecho del actor a percibir el subsidio de una segunda IT tras haber agotado una primera baja antes de que transcurrieran seis meses entre ellas y por la misma o similar enfermedad.

La Sala señala que el párr. 2º del art. 131 bis,1 LGSS no establece que de forma automática se nieguen efectos económicos a una segunda baja si no han transcurrido seis meses de actividad, sino que en estos casos el precepto indica que la Entidad Gestora debe basarse en el estado de salud actual del trabajador para denegar o no tales efectos; en el presente caso, la entidad demandada y recurrente, ante el parte de baja médica, no ha argumentado nada referente a la inexistencia de una patología que limite la capacidad funcional de la demandante, y sólo se ha limitado a denegar los efectos económicos por los motivos antes expuestos, por ello, la sentencia impugnada, al estimar la pretensión actora, es la que aplica la buena doctrina y, en consecuencia, ha de ser confirmada.