



# 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 2833

Madrid, miércoles 19 de mayo de 2010

## TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/35959

TC, Sección 1, Sentencia 7 abril 2010. Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde

Denegación de amparo

### Inaplicación de atenuantes en delito contra la salud pública

*El TC deniega el amparo solicitado por la vulneración de los derechos fundamentales de secreto de las comunicaciones, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas. La Sala indica que en el presente caso, además de identificar a la persona y el teléfono objeto de intervención, se hizo constar la existencia de indicios objetivos de la comisión de un delito contra la salud pública así como de la posible participación del investigado en el citado delito. Otra de las pretensiones de la parte actora, es la observancia de la atenuante analógica de drogadicción, sosteniendo el Tribunal que no procede su aplicación puesto que no se ha acreditado que el recurrente, en el momento de ejecutar los hechos, tuviera mermadas sus facultades cognitivas y volitivas. La respuesta suficientemente motivada y no arbitraria o irrazonable respecto de la no aplicación de las atenuantes en cuestión, conduce necesariamente a rechazar la denunciada vulneración del art. 24,1 CE.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 7 de diciembre de 2006, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cádiz, de 30 de marzo de 2006, que condenó a los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública.

Los demandantes de amparo imputan a las resoluciones recurridas la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), en los términos expuestos en los antecedentes. El Ministerio Fiscal interesa la desestimación ínte-

gra del recurso, al entender que no concurre ninguna de las vulneraciones denunciadas.

**SEGUNDO.-** Como primer motivo de amparo se denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), tanto por la insuficiente motivación de los Autos que acuerdan las intervenciones telefónicas, como por la falta de notificación de los mismos al Ministerio Fiscal.

Por lo que respecta a las exigencias de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una intervención telefónica para considerarla constitucionalmente legítima, reiteradamente hemos afirmado que, además de precisar el número o números de teléfono que han de intervenir, la duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuenta al órgano judicial, han de explicitarse en ella

los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Y ello a fin de excluir que se trate de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, entre otras muchas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). También hemos afirmado que, aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4).

En el presente caso, como ponen de relieve tanto los órganos judiciales (fundamento jurídico primero de la Sentencia de instancia y fundamento jurídico primero de la de apelación) como el Ministerio Fiscal, la mera lectura de los Autos de 14 y 28 de noviembre 2003 (único que resulta relevante a los efectos del presente amparo, pues la intervención autorizada en el primero de ellos no llegó a efectuarse al haber sido dada de baja la línea con anterioridad) que autorizan la intervención de los teléfonos de uno de los recurrentes, integrados con los oficios policiales de las mismas fechas en los que se solicita la medida, permite concluir que existe una motivación conforme a las exigencias de nuestra jurisprudencia. En efecto, en los citados Autos, además de identificar a la persona y el teléfono objeto de

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Inaplicación de atenuantes en delito contra la salud pública **1**

### TS

#### CIVIL

Exclusión de responsabilidad profesional de abogado **3**

Falta de culpa de asociación deportiva en el accidente de ciclista con resultado de coma vegetativo irreversible **6**

#### PENAL

Validez del testimonio de testigo presencial en delito de asesinato **8**

Delitos de falsedad en documento oficial y estafa **10**

#### ADMINISTRATIVO

Diferente trato procesal injustificado por razón de la cuantía litigiosa **11**

Potestad tributaria de las autoridades de los Territorios Históricos Vascos **12**

#### SOCIAL

Falta de contratación de nuevo relevista tras subrogarse otra empresa en el contrato del anterior **13**

Fecha de efecto del reconocimiento del incremento de una IPT **15**

### RS

#### RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

intervención, la duración de la misma, quién ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuenta al órgano judicial, se hace constar la existencia de indicios objetivos de la comisión de un delito contra la salud pública así como de la posible participación del investigado en el citado delito (en concreto, los contactos con personas relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, identificándose a dos de ellos; sus antecedentes policiales; su elevado nivel de vida pese a no realizar actividad laboral ninguna; que realiza contactos en las inmediaciones de centros de enseñanza y otros lugares frecuentados por jóvenes, adoptando grandes medidas de seguridad para advertir si es seguido), indicios derivados de las investigaciones policiales previas a las que se hace referencia en el oficio policial (en concreto, la existencia de vigilancias y seguimientos, además de otras informaciones recabadas). Igualmente se exterioriza en el mismo el juicio de proporcionalidad exigido constitucionalmente para adoptar la medida, aludiendo a la gravedad del delito investigado, así como a la idoneidad y necesidad de la medida, a la vista de la dificultad de seguir obteniendo datos por otras vías, como pone de relieve el oficio policial. Todo lo cual permite excluir la existencia de una investigación meramente prospectiva y afirmar la legitimidad constitucional de la medida.

**TERCERO.-** En cuanto a la denunciada vulneración del art. 18.3 CE derivada de un deficiente control judicial de la intervención, no ponen en cuestión los recurrentes que el órgano judicial haya efectuado un seguimiento de la misma y conocido los resultados de la investigación, sino que se afirma que tal control no existió porque no consta la notificación de los Autos que autorizan la intervención al Ministerio Fiscal. Una queja que ha de rechazarse igualmente, en aplicación de la doctrina sentada por la STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7, y reiterada en las SSTC 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 6.

Como recordábamos en estas Sentencias, desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, dictada por el Pleno de este Tribunal, venimos señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de Instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como

titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. En ese contexto -y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas "diligencias indeterminadas", que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente- posteriores resoluciones han declarado contrario a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

Por tanto, "lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica -tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese" (STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7). Lo que llevaba a concluir que en el caso enjuiciado en esta Sentencia -en el que las intervenciones telefónicas se acordaron en el seno de unas diligencias previas, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento-, la falta de constancia en las actuaciones de un acto formal de notificación al Fiscal de los Autos que autorizan y prorrogan las intervenciones telefónicas, no constituía un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no impidió el control inicial de su desarrollo y cese y no consagraba, por tanto, un "secreto constitucionalmente inaceptable".

Del mismo modo, en el presente caso las intervenciones telefónicas se acordaron en el seno de un auténtico proceso, las diligencias previas 2869-2003 abiertas por el Juzgado de Instrucción núm. 4 del Puerto de

Santa María mediante Auto de 14 de noviembre de 2003, de cuya existencia tuvo conocimiento desde el primer momento el Ministerio Fiscal, pues en el citado Auto se acuerda ponerlo en su conocimiento, constando una diligencia del Secretario Judicial que señala que se cumple lo acordado. Por tanto, desde el primer momento el Ministerio Fiscal pudo intervenir en las actuaciones en defensa de la legalidad y como garante de los derechos del ciudadano, quedando así garantizada la posibilidad efectiva de control inicial de la medida hasta su cese. Por otra parte, tanto en el Auto de 14 de noviembre de 2003 como en el de 28 de noviembre de 2003 se acordó la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal y en relación con este último -único relevante a los efectos del presente amparo, como anteriormente se expuso- consta en las actuaciones el "Visto" del Ministerio Fiscal de fecha 3 de diciembre de 2003. Siendo así, la inexistencia de un acto formal de notificación, no puede considerarse un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, pues no ha impedido el control inicial del desarrollo y cese de la medida y no consagra, por tanto, un "secreto constitucionalmente inaceptable".

**CUARTO.-** Descartada la nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas al no apreciarse vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), no cabe apreciar tampoco la nulidad de las restantes pruebas, que en la demanda de amparo se consideran derivadas de aquéllas. Lo que nos lleva a rechazar igualmente la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que se sustenta exclusivamente en la invalidez de la prueba de cargo practicada.

**QUINTO.-** Como segundo y tercer motivo de amparo, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que derivaría de la inaplicación a D. Moisés de dos atenuantes: por una parte, de la atenuante analógica de drogadicción (art. 21.6 del Código penal, CP, en relación art. 21.2 CP), pese a que había quedado suficientemente acreditada su prolongada adicción a la cocaína y al hachís; por otra, de la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el art. 21.4 CP, que la jurisprudencia aplica cuando se realizan actos de colaboración con la Justicia una vez iniciada la investigación de los hechos en relación con el acusado, pues la confe-

sión de los hechos sin ocultación de datos relevantes debería tener tal valor.

Como recuerda el Ministerio Fiscal, es doctrina reiterada de este Tribunal la de que la apreciación o no de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad es una cuestión de estricta legalidad penal cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes, y cuyo control en esta sede se limita a comprobar que la respuesta de éstos sea suficientemente motivada y no arbitraria, irrazonable o patentemente errónea (SSTC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 5; 133/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 11; 239/2006, de 17 de julio, FJ 5; y ATC 274/1993, de 13 de septiembre, FJ 2). Y en el presente caso, tanto el Juzgado de lo Penal (fundamento jurídico segundo de la Sentencia de instancia) como la Audiencia Provincial (fundamentos jurídicos tercero y cuarto) abordan esta cuestión en sus respectivas resoluciones, llegando a la conclusión de que las atenuantes no resultan de aplicación con una motivación suficiente desde la perspectiva constitucional.

Respecto de la atenuación de la pena en relación con su toxicomanía, ambas resoluciones afirman que no resulta de aplicación la atenuante porque no se ha acreditado que el recurrente, en el momento de ejecutar los hechos, tuviera mermadas sus facultades cognitivas y volitivas. La Sentencia de instancia, en concreto, analiza las diversas situaciones en que la toxicomanía influye en la minoración de la pena, descartando tanto que el recurrente actuara directamente bajo los efectos de las drogas o del síndrome de abstinencia, lo que difícilmente le hubiera permitido cometer los hechos (conducir hasta Algeciras, buscar proveedor, contactar con él y volver), como que actuara por causa directa de su toxicomanía de larga duración, sosteniendo que de la analítica del cabello se desprende que era consumidor esporádico de cocaína y consumidor medio de cannabis, lo que no puede sustentar la atenuante. En la misma línea, la Sentencia de apelación, en su fundamento jurídico tercero, destaca que de las dos únicas pruebas practicadas no se desprende ni una adicción grave, ni que el consumo fuera alto, ni que fuera de heroína, por lo que no puede concluirse que el acusado tuviera limitadas sus facultades intelectivas ni volitivas por el consumo prolongado de drogas.

Por lo que respecta al valor atenuatorio de la confesión de los hechos, la Sentencia de instancia (fundamento jurídico segundo) destaca que ni la confesión fue previa a la apertura del proceso, ni el acusado confesó en su totalidad los hechos, "no inculcando ni a Juan Carlos ni al proveedor, ni facilitando dato alguno respecto a ellos". Y la Sentencia de apelación (fundamento jurídico cuarto) afirma que si bien el apelante reconoció los hechos cuando fue detenido por la policía cuando portaba 5.095 kilos de hachís, hechos que resultaban evidentes dada la cantidad de droga, el fundamento de la atenuación según reiterada jurisprudencia no es cualquier clase de contribución, sino la cooperación útil con la Justicia, lo que no concurre en el presente caso, pues "su declaración no arrojó dato alguno que pudiera esclarecer el modus operandi o la intervención de terceras personas, pues sólo hizo referencia a un tal Luis de Madrid que le hizo el encargo de transportar la droga", lo que determina que no pueda apreciarse la atenuante analógica del art. 21.6 CP en relación con el art. 21.4 CP.

En definitiva, los órganos judiciales han ofrecido al recurrente una respuesta suficientemente motivada y no arbitraria o irrazonable respecto de la no aplicación de las atenuantes en cuestión, lo que conduce a rechazar la denunciada vulneración del art. 24.1 CE, agotándose en este punto nuestras posibilidades de control en esta materia.

SEXTO.- Finalmente, y en cuanto a la denunciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), esta queja no puede ser acogida, con independencia de cualquier otra consideración, por las siguientes razones: En primer lugar, porque, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, es requisito indispensable para que pueda estimarse vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el recurrente las haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en las mismas. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso, con lo que se preserva el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos en los que, tras la denuncia del interesado (carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso), el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable podrá entenderse que la vulneración constitucional no

ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este Tribunal (por todas, SSTC 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2; 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 12; 153/2005, de 6 de junio, FJ 2; y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 12).

Y en el presente dicha exigencia no se ha cumplido, pues del examen de las actuaciones se desprende que los recurrentes en ningún momento hicieron durante la fase de instrucción una denuncia expresa de concretas paralizaciones de la causa imputables al órgano judicial y constitutivas de dilaciones indebidas. Sólo posteriormente, una vez finalizada la instrucción y cuando ya no era posible adoptar medida alguna para poner fin a las presuntas dilaciones, en el escrito de defensa (f. 719) se afirma que una tardanza de más de dos años en instruir la causa vulnera este derecho fundamental, "como en el momento procesal oportuno se justificará"; queja que se reproduce como cuestión previa al acto del juicio (ff. 868 ss.) y en el escrito de conclusiones alternativas (ff. 877ss.), a los efectos de solicitar la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 CP.

En segundo lugar, porque la denunciada vulneración carece de sentido cuando el proceso penal ya ha finalizado en ambas instancias, dado que la apreciación en esta sede de las pretendidas dilaciones no podría conducir a que se adoptase medida alguna para hacerlas cesar. Y, no siendo posible la restitutio in integrum del derecho fundamental, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55.1 c) LOTC) sólo podrá venir por la vía indemnizatoria. En consecuencia, las demandas de amparo por dilaciones indebidas, formuladas una vez que el proceso ya ha finalizado, carecen de viabilidad y han venido siendo rechazadas por este Tribunal por falta de objeto, circunstancia que también debe de apreciarse en este caso. (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 13; 73/2007, de 16 de abril, FJ 2; 119/2008, de 13 de octubre, FJ 3).

Por lo demás, y en relación con la inaplicación de la atenuante, como señala el Ministerio Fiscal, los recurrentes recibieron una respuesta motivada y no arbitraria, errónea o manifiestamente irrazonable respecto de la inexistencia de base fáctica para aplicar la atenuante. En efecto, la Sentencia de instancia destaca en su fundamento jurídico segundo que la investigación se inició en noviembre de 2003 y el primer señalamiento del juicio se produjo en diciembre de 2005, siendo suspendido a instancias de la defensa para la práctica de una pericial de contraste que no arrojó ninguna luz sobre el asunto; un período que no puede considerarse ex-

cesivo, teniendo en cuenta la complejidad de la causa, la duración de las escuchas, la continuación de la misma tras la detención del primer sospechoso para tratar de identificar a más implicados, la necesidad de realizar analíticas de drogas y la solicitud de analíticas de cabello por parte de la defensa. A tales argumentos añade la Sentencia de apelación (fundamento jurídico quinto) que la causa en ningún momento estuvo paralizada, sino que se mantuvieron las intervenciones, se tramitaron recursos, y se practicaron numerosas dili-

gencias, lo que evidencia la complejidad de la tramitación de la causa.

#### FALLO

Denegar el amparo solicitado por D. Juan Carlos y D. Moisés.

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

Dada en Madrid, a siete de abril de dos mil diez. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Manuel Aragón Reyes, Magistrados.



2010/16373

TS Sala: 1ª, Sentencia 23 febrero 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

## Dada la complejidad del procedimiento encargado Exclusión de responsabilidad profesional de abogado

*El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda de responsabilidad civil profesional contra el abogado y su aseguradora codemandada interpuesta por los actores, quienes habían encargado a aquél la recuperación de unas parcelas sujetas a un complejo procedimiento de reparcelación. Considera que no ha quedado probado que el abogado actuara de forma negligente en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales, respondiendo la no consecución de las pretensiones de aquéllos no a omisiones o errores del abogado sino a circunstancias objetivas relacionadas con la dificultad de la identificación de las fincas que se reclamaban y con la complejidad de dicho procedimiento.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de los antecedentes.

1. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de responsabilidad civil profesional interpuesta contra un abogado y su aseguradora por quienes habían encargado a aquel como propietarios la recuperación de unas parcelas sujetas a un complejo procedimiento de reparcelación e impuso las costas a los demandantes.

2. La demanda se fundaba en que el abogado: ( a) formulando una acción reivindicatoria, no entabló la acción adecuada; ( b) no identificó físicamente la finca mediante su plasmación gráfica expresando su ubicación inicial y la transformación producida por la ejecución de la reparcelación y su situación actual; ( c) no acreditó el tracto registral mediante la aportación de los oportunos documentos; ( d) no invocó que al quedar subsistente el proyecto de reparcelación los terrenos se habían

adjudicado a una entidad que los transmitió a los demandantes, mientras que los demandados quedaron como propietarios de otra parcela; ( e) no logró desvirtuar los argumentos de los demandados en primera instancia; ( f) no informó a los demandantes del pronunciamiento de desestimación en la primera instancia; ( g) no interpuso recurso de apelación.

3. La AP confirmó esta sentencia fundándose, en síntesis, en que: ( a) la sentencia desestimó la demanda por no haberse acreditado la identidad de la cosa reivindicada en relación con las diversas segregaciones de la finca original de que procede, a lo que contribuyó que los demandados no conociesen la ubicación física de las fincas reivindicadas, pero no por falta de pruebas en el sentido de inactividad probatoria general; ( b) no se considera probado que la desestimación de la demanda hubiese determinado la pérdida de los derechos de propiedad de los demandantes, dadas las vicisitudes de la reparcelación; ( c) la

elección de la acción no fue equivocada, pues la acción reivindicatoria no generaba perjuicios frente a la acción declarativa de dominio y la finca se hallaba aparentemente en posesión de los demandados, quienes abonaban los impuestos y la tenían catastrada a su nombre; (d) existían dificultades objetivas para ubicar físicamente las fincas y para determinar el tracto sucesivo que se invoca, según se desprende del historial registral; (e) se acreditó la existencia de título suficiente inscrito y la ubicación de la finca según la tesis de la actora; (f) el error en que se incurrió al identificar las fincas para recabar la anotación preventiva de demanda no fue valorado en la instancia como esencial para desestimar la demanda; (g) la desestimación de la demanda no se debió a la inactividad del demandado, sino a una situación posesoria y registral compleja; (h) La opción del demandado de prescindir de algunas actuaciones no fue determinante de la desestimación de la demanda; (i) se considera probado que el abogado demandado redactó el escrito de apelación y no se presentó porque no quiso el padre de los demandados; (j) concluye que no ha quedado probado que el demandado actuara de forma negligente, pues la elección de la acción y los medios de prueba propuestos, en principio, eran adecuados al fin perseguido.

4. Contra esta sentencia se interpone recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación por la representación procesal de los actores. Los recursos han sido admitidos por razón de la cuantía al amparo del artículo 477.2.2.º LEC.

Recurso extraordinario por infracción procesal

PRIMERO. - Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, se denuncia infracción de los artículos 209 y 316 LEC, según el cual, "1. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. 2. En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes... según las reglas de la sana crítica».

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida no alude a los hechos reconocidos en el interrogatorio de la parte no contradichos por las demás pruebas incumpliendo el deber de consignar las pruebas y los hechos probados, por lo que procede anular la sentencia e incluir en el relato de hechos probados los reconocidos expresamente por el demandado.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO. - Admisión de hechos en el interrogatorio del demandado.

Las razones en las que se funda la desestimación del anterior motivo son las siguientes:

A) Esta Sala tiene declarado que la valoración del interrogatorio de las partes debe hacerse en conjunto con el resto de las pruebas. La sentencia recurrida realiza una valoración de la conducta del demandado atendiendo a las diversas circunstancias del caso inducidas de los diferentes medios de prueba existentes en el proceso y expresa con detalle las razones en virtud de las cuales considera que la conducta del demandado no tuvo influencia causal en la desestimación de la demanda por razón de la cual se le exige responsabilidad. No puede considerarse un defecto en el contenido de la sentencia, regulado en el artículo 219 LEC, citado como infringido, la circunstancia de no figurar recogidas en la argumentación de la sentencia determinados hechos que la parte recurrente juzga admitidos por el demandado conforme al artículo 316.1 LEC, también citado como infringido. En efecto, la sentencia recurrida, según se infiere del conjunto de su argumentación, examinó y valoró los diversos medios de prueba y destacó aquellos que consideró relevantes para formular una conclusión jurídica y no aquellos que consideró irrelevantes. En realidad, la fundamentación jurídica del motivo envuelve una disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba realizada, en ejercicio de sus facultades exclusivas, por la AP.

B) La valoración ilógica, irracional o arbitraria de la prueba solo puede ser invocada en el recurso extraordinario por infracción procesal como vulneración del derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE por la vía que ofrece el artículo 469.1.4.º LEC. Esta cuestión, en consecuencia, será analizada al resolver sobre el motivo segundo de infracción procesal.

TERCERO. - Enunciación de motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 469.1, apartados 2.º y 4.º LEC, se denuncia infracción del art. 319 LEC, en relación con el artículo 218.2, así como del artículo 24.1 CE, respecto a la apreciación y valoración de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Paterna, recaída en los autos de menor cuantía 377/98 (documento 34 de la demanda)».

El motivo se funda, en síntesis, en la existencia un error manifiesto en la interpretación y valoración de la sentencia aportada, pues, siendo el motivo de la desestimación de la de-

manda la falta de prueba sobre la identificación de la finca y la falta de prueba sobre la no-posesión por los demandados, el motivo esencial de dicha desestimación ha sido el error cometido por el letrado al aportar unas referencias registrales que no se correspondían con las fincas reivindicadas, el cual condujo a la denegación por el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva de demanda y al no aportar los elementos documentales y antecedentes administrativos adecuados para conocer la situación de las fincas y el tracto sucesivo.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO. - Error en la valoración de la prueba.

La desestimación del anterior motivo de casación se funda en los siguientes razonamientos:

A) Los documentos públicos solo hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella (artículo 319.1 LEC, citado como infringido). En el caso examinado no se advierte que se haya infringido este precepto, puesto que la sentencia recurrida no desconoce los datos que resultan de la sentencia en la que la parte recurrente funda la responsabilidad del abogado, sino que realiza una valoración de los expresados datos para fijar las circunstancias del caso y llegar a la conclusión de la irrelevancia de la conducta del abogado respecto de la frustración de la acción judicial entablada.

b) Solamente puede denunciarse como infracción del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 CE la valoración manifiestamente errónea o arbitraria de la prueba, pero no la valoración desacertada de la misma a juicio de la parte recurrente si no concurre aquel elemento de manifiesto error o arbitrariedad.

En el caso examinado no se aprecia un error de valoración de tal naturaleza, pues la sentencia recurrida razona con arreglo a la lógica, después de examinar las circunstancias del proceso por razón del cual se exige responsabilidad al abogado de la parte demandante, que la desestimación de la demanda no se debió a la conducta del abogado, sino a otras circunstancias, como la complejidad de la situación jurídica y registral de las fincas reclamadas, la dificultad objetiva de su identificación (que los demandantes no lograron despejar ante la AP que dictó la sentencia recurrida) y el hecho, reconocido en el interrogatorio llevado a cabo en la primera instancia, de que los demandantes no conocieran su localización física.

QUINTO. - Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 469.1, apartados 2.º y 4.º LEC, se denuncia infracción del art. 218.2 LEC, así como del artículo 24.1 CE, al no ajustarse el Tribunal, en la valoración de la prueba, a las reglas de la lógica y la razón, dando lugar a conclusiones manifiestamente contradictorias e irrazonables».

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia contiene razonamientos que son insostenibles por ilógicos, contradictorios y contrarios a las reglas de la sana crítica, pues la complejidad de la situación exigía una actuación profesional acorde por parte de un abogado que se encontraba, como asesor jurídico del Ayuntamiento, en una situación privilegiada para conocer la situación jurídico-administrativa que originó la pérdida de propiedad de sus clientes. Añade que es irrazonable mantener que la acción elegida y los medios de prueba eran idóneos y que el error cometido en la identificación de las fincas, no subsanado, fue intrascendente.

El motivo debe ser desestimado, pues en él se plantea la cuestión ya resuelta al examinar el anterior motivo de infracción procesal.

SEXTO. - Enunciación del motivo cuarto.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 469.1, apartado 2.º LEC, se denuncia infracción, por aplicación indebida, del art. 386 LEC, relativa a la prueba de presunciones».

El motivo se funda, en síntesis, en que va en contra de las reglas del criterio humano inferir de la redacción del escrito de recurso que éste no se presentó porque no quiso el padre de los demandados.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO. - Prueba de presunciones.

La desestimación del anterior motivo de infracción procesal se funda en los siguientes razonamientos:

A) La elaboración de las presunciones judiciales forma parte del procedimiento de valoración de la prueba y del conjunto de operaciones de carácter epistemológico y jurídico-institucional que deben llevarse a cabo para fijar los hechos en los que debe fundarse la decisión. En consecuencia, el carácter ilógico de una presunción no puede ser invocado como vulneración de las garantías del proceso al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, sino que solo es susceptible de ser invocado para demostrar la existencia de una valoración de la prueba manifiesta-

mente errónea o arbitraria al amparo del artículo 24 CE.

B) La conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que el recurso de apelación no fue presentado porque no quiso el padre de los demandados no se funda únicamente en el hecho de que el abogado demostró que dicho recurso había sido redactado, sino también en las declaraciones de los profesionales intervinientes (especialmente del procurador) y en máximas de experiencia sobre la actuación de los profesionales jurídicos que asumen la defensa y la representación de las partes. En consecuencia, no responde a una presunción judicial fundada en un único hecho base, sino a una apreciación conjunta de diversos elementos probatorios.

OCTAVO. - Desestimación del recurso.

No considerándose procedentes los motivos en que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, procede entrar en el examen del recurso de casación, con arreglo a la DF 6.ª, LEC con imposición de costas a la parte recurrente, por imponerle así el artículo 398 LEC.

Recurso de casación

NOVENO. - Enunciación del motivo.

El motivo primero y único se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.1. LEC, se denuncia infracción, por inaplicación, de los artículos 1101 y 1104 CC, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta, en relación con el contenido y alcance de la diligencia exigible a los abogados en el ejercicio de su profesión (en concreto, SSTS 28 enero 1998, 30 diciembre 2002, 12 diciembre 2003 y 14 julio 2005)».

El motivo se funda, síntesis, en que existió negligencia por parte del abogado, pues ha quedado probado y la sentencia así lo reconoce que se equivocó en la referencia de las fincas registrales sobre las que supuestamente ejercitaba la acción reivindicatoria; que a pesar de haber advertido tal error en los momentos iniciales del proceso no lo subsanó; que la decisión de no subsanar fue voluntaria y conscientemente tomada; que no aportó al proceso -ni tan siquiera mencionó- dato alguno relativo a la compleja situación administrativa y judicial derivada del proceso urbanístico al que estaban afectas y del que provenían las fincas reivindicadas; que no llevó a cabo prácticamente actividad probatoria alguna en el momento procesal oportuno y que no presentó escrito final de resumen de prueba o conclusiones. Añade que, además, la sentencia silencia que el demandado era asesor urbanístico del Ayuntamiento y fue autor de la propuesta de resolución admi-

nistrativa por la que se privó inicialmente de la propiedad a los recurrentes; no presentó el proyecto de reparcelación sin cuyo conocimiento era imposible ubicar las fincas reivindicadas; y el propio Juzgado de Paterina y la Audiencia Provincial de Valencia han resuelto en un caso idéntico en el que los órganos jurisdiccionales tuvieron a su disposición los datos necesarios para la correcta comprensión del problema.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO. - Responsabilidad de los abogados por frustración de las acciones judiciales.

A) El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005).

La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, RC núm. 971/1999, 21 de junio de 2007, RC núm. 4486/2000).

El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, RC núm. 2001/1999, 26 de febrero de 2007 RC núm. 715/2000, entre otras).

Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumpli-

miento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido -siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial- una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC (STS 23 de julio de 2008, RC núm. 98/2002).

La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005).

Este criterio no exige que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. Comporta, sin embargo, la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

B) En el caso examinado la sentencia recurrida deja establecido que la desestimación de la demanda no fue debida a las omisiones o errores del abogado demandado, sino a circunstancias objetivas relacionadas con la dificultad de identificación de las fincas que se reclamaban y con la complejidad del procedimiento de reparcelación por el que se habían visto afectadas; y a circunstancias subjetivas relacionadas con el reconocimiento por parte de los demandantes de la ubicación física de dichas fincas.

En consecuencia, debe llegarse a la conclusión de que los razonamientos de la sentencia recurrida sobre la inexistencia de negligencia por parte

del abogado en la defensa de sus clientes carece de relevancia frente a la afirmación, fundada en datos fácticos que la sentencia obtiene de una valoración de los diversos elementos de prueba, de la inexistencia de oportunidades frustradas de obtener éxito en el proceso.

UNDÉCIMO. - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

#### FALLO

1. Se desestiman los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D.ª Encarna y D. Florencio contra la sentencia de 21 de octubre de 2005, con la aclaración contenida en el auto de 19 de diciembre de 2005, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo de apelación núm. 630/2005, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.ª Encarna y D. Florencio contra la Sentencia de fecha 22 de abril de 2005 dictada en los autos número 476/04 por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia, resolución que confirmamos condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos. Roman Garcia Varela. Francisco Marin Castan. José Antonio Seijas Quintana. Encarnación Roca Trias. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/288552

TS Sala: 1ª, Sentencia 11 diciembre 2009. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

## Por inexistencia del nexo causal Falta de culpa de asociación deportiva en el accidente de ciclista con resultado de coma vegetativo irreversible

*En una carrera ciclista, uno de los participantes sufre un accidente con resultado de coma vegetativo irreversible. Se interpone demanda contra la asociación deportiva alegando que son responsables del accidente producido por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar los riesgos propios a esta práctica deportiva. El TS estima el recurso de casación formulado por la asociación deportiva demandada en primera instancia, por considerar, entre otras razones, que los riesgos relativos a la seguridad de la carrera que corresponden a la organizadora son distintos de los que la propia competición genera.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Juan Ramón, de 17 años de edad, participaba en una carrera de la X Vuelta Ciclista a la Sierra Norte de Madrid, categoría júnior, que organizaba la Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna durante los días 19 al 22 de agosto de 1998 con carácter Nacional. La prueba discurriría entre las poblaciones de Venturada y Torrelaguna, dividida en cuatro etapas, cuando sobre las 10'45 horas del día 20 de agosto de 1998 (etapa Buitrago y San Agustín de Guadalix), en el Puerto de La Morcuera (Madrid), se salió de la carretera y cayó por un barranco, quedando en estado de coma vegetativo irreversible. D. José Ángel, en su condición de padre de Juan Ramón, en nombre propio y en el de su hijo declarado incapaz, formuló demanda de reclamación de cantidad por importe de 21.354.072 ptas. para él y de 217.003.304 ptas. para su hijo, más los intereses legales correspondientes, haciéndolo contra la Federación Castellano Leonesa de Ciclismo (FCLC), el Banco Vitalicio de España (desistido en el acto de audiencia previa), la Real Federación Española de Ciclismo (RFEC), la Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna y Aurora Polar, S.A. de Seguros y Reaseguros.

La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, que condenó a los codemandados a indemnizar a la actora con una

reducción del 50% por compensación de culpas. Como consecuencia, revoca la resolución del Juzgado y determina las distintas responsabilidades de los codemandados, considerando, entre otros pronunciamientos, que a las Federaciones demandadas sólo puede imputarse el pago de los gastos sufridos por el accidentado, a cargo del seguro obligatorio deportivo, pero que a la organizadora del evento se le puede imputar la responsabilidad extracontractual que resulta de la caída.

La sentencia se dicta en atención a los siguientes "hechos básicos":

1) La Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna organizó la X Vuelta Ciclista a la Sierra Norte de Madrid, categoría júnior, a disputar los días 19 al 22 de agosto de 1998 con carácter Nacional. La prueba discurriría entre las poblaciones de Venturada y Torrelaguna, dividida en cuatro etapas.

Dicha Asociación forma parte de la Federación Madrileña de Ciclismo, la cual tiene concertado seguro obligatorio deportivo con la Mutualidad General Deportiva y seguro de responsabilidad civil con Aurora Polar, S.A. con un máximo de garantía de 25 millones de ptas.

2) En la carrera ciclista participaba Juan Ramón, de 17 años, en posesión de licencia federativa en vigor y apta para hacerlo en la prueba, formando parte del equipo "Venta Magullo-Bicicletas Melero" de Segovia, perteneciente a la Federación Castellano Leonesa de Ciclismo, la cual tenía suscrita póliza de seguro de accidentes colectivo con la entidad Royal & Sunalliance Seguros con un límite máximo por todos los conceptos asegurados de 2000.000 ptas. por siniestro. Al no cubrir dicha cantidad el mínimo establecido por el Real Decreto 849/1993, el Presidente de la Federación Castellano Leonesa de Ciclismo acuerda complementar la misma, comprometiéndose a hacerse cargo dicha Federación de los gastos de asistencia médico-quirúrgica y sanatorial y asistencia farmacéutica en régimen hospitalario que superen los dos millones de ptas.

3) La Jefatura de Tráfico concedió autorización para celebrar la prueba deportiva reseñada sobre la base de cumplir las condiciones que se expresan. La carrera iba acompañada de nueve guardias civiles repartidos por ella.

La Dirección General de Carreteras, Servicio de Explotación y Conservación, de la Comunidad de Madrid, en relación con el escrito presentado por la Jefatura Provincial de Tráfico solicitando autorización para celebrar la prueba deportiva, informa que en lo que afecta a las vías pertenecientes a la Comunidad incluidas en el itinerario solicitado y en lo referente al estado de conserva-

ción de las mismas, no existe inconveniente en su celebración.

La Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid, Explotación y Conservación, del Ministerio de Fomento, en contestación al Ministerio del Interior, Jefatura de Tráfico, informa que no ha habido tiempo para poder estudiar la propuesta a fin de redactar el oportuno informe, pues la solicitud se presentó el 14 de agosto de 1998, siendo la celebración de la prueba el 18 de agosto de 1998.

4) La carrera se realizaba en una carretera pública de puerto de montaña, cortada al tráfico y vigilada tanto por personal de la organización como de la Guardia Civil. La etapa del día 20 de agosto discurría entre las localidades de Buitrago y San Agustín de Guadalix, en cuyo itinerario se cruzaba el Alto de La Morcuera, señalándose en el libro de ruta como "peligrosa", por la especial circunstancia de tratarse de una bajada en el trazado del itinerario.

Al comienzo del descenso del puerto, Juan Ramón, que en ese momento circulaba sólo por la carretera, protegida con quitamiedos de hormigón, se salió en una curva del trayecto precipitándose por un barranco desde 5-6 metros, siendo encontrada la bicicleta en la cuneta por un motorista de la Guardia Civil.

5) El ciclista fue trasladado en helicóptero e ingresado en el Hospital Doce de octubre de Madrid, siendo posteriormente atendido en el Hospital Policlínico de Segovia, Hospital de la Cruz Roja de Burgos y Hospital General de Segovia, de donde pasó a su domicilio.

A consecuencia del accidente, Juan Ramón sufrió politraumatismo -fractura de clavícula izquierda y fractura abierta de tibia y peroné derechos- con traumatismo craneal encefálico severo, con hemorragia, encontrándose en estado vegetativo persistente o permanente, y necesitando asistencia continua de tercera persona para realizar todas las funciones vitales y prestarle cuidados especiales.

6) Los gastos derivados de la asistencia médica y del tratamiento prestado a Juan Ramón en la Unidad de Lesionados Cerebrales del Hospital de la Cruz Roja de Burgos, ascendieron a 16.548.114 ptas., de las cuales, 3.500.000 ptas. fueron pagadas por la familia, y, el resto, 13.048.114 ptas., fueron asumidas por la Dirección Provincial del INSALUD de Segovia.

La familia de Juan Ramón, por gastos estrictamente de asistencia médica, no ha soportado nada más que la expresada cantidad.

7) La entidad Royal & Sunalliance Seguros ha pagado a D. José Ángel y Dª Matilde, en calidad de padres de Juan Ramón, la cantidad de

2000.000 ptas., límite del capital garantizado por la póliza, en concepto de reintegro de gastos por asistencia sanitaria prestada a su hijo asegurado, en cuya cantidad aduce la parte actora debe reducirse la indemnización, y reconocerse la diferencia de 1.500.000 ptas.

Formulan recurso de casación la Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna, D. José Ángel y D. Juan Ramón.

SEGUNDO.- El recurso de la Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna consta de dos motivos. El primero de ellos alega la infracción de los artículos 1902 y 1903 del CC y por inaplicación el artículo 1105 del mismo Texto, por cuanto cumplió bien y fielmente las medidas de seguridad de la prueba ciclista organizada, no existiendo obligación para el organizador de proteger los márgenes de la carretera. La caída se debió a la culpa exclusiva de la víctima, limitándose la sentencia a apreciar la presencia de gravilla en la carretera pero sin que quede acreditado que esa presencia dio lugar a la caída, ni donde ni en que forma se encontraba esparcida por la carretera, por lo que ninguna responsabilidad le puede alcanzar, debiendo desplazarse la misma al propio accidentado.

En el segundo se reitera la infracción del artículo 1902, por aplicación indebida de la relación causal, por cuando la sentencia no establece nexo causal entre el daño producido y la conducta del recurrente, habiendo asumido el ciclista el riesgo de padecer un accidente o lesión.

Ambos se analizan conjuntamente para estimarlos.

"El ciclismo profesional, dice la sentencia de 31 de mayo de 2006, especialmente en ciertas circunstancias de tiempo y lugar, sin ser un deporte peligroso, encierra como toda actividad deportiva un indudable riesgo. Se trata de un deporte que se profesionaliza a partir de una organización que cuida y pone a disposición de los ciclistas los medios necesarios para que este se lleve a cabo y en la que los ciclistas depositan su confianza para que se desarrolle en las condiciones más favorables para ambas partes.

Funciones inherentes a la organización son, entre otras, las de adoptar las medidas necesarias para evitar los riesgos propios a esta práctica deportiva, riesgos que son distintos de los que la propia competición genera, y que, a diferencia de aquellos, los profesionales conocen y asumen voluntariamente como parte de su actividad. Se asume el riesgo desde la idea de que se conoce y se participa de él y de que el deportista es consciente de que no existe en el desarrollo de una buena práctica deportiva, más allá de lo que impone la actividad en concreto, porque confía en

la actuación de los demás (STS 9 de marzo de 2006).

Es lo que explica expresiones propias y características, como la de descenso a “tumba abierta”, que el recurrente refiere, o el consentimiento que el ciclista presta a evidentes situaciones de peligro, como es la disputa de un sprint, en un entorno adecuado para ello. Son, en definitiva, los riesgos que el ciclista conoce y acepta, no los que la organización genera con su actividad mediante el diseño de la ruta, pues con respecto a esto nada puede hacer, salvo no correr la prueba. Y es que una cosa es que no se pueda poner a cargo de la organización medidas o precauciones propias de los ciclistas, y otra distinta que se pretenda trasladar a estos algo que escapa a su control y oficio, porque lo desconocen en el momento de iniciar la carrera... La prueba se celebra o no se celebra, y quien asume la responsabilidad de hacerlo es quien la organiza y como tal se obliga a adoptar unas medidas que conoce como parte o fundamento de una diligencia que comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia impone en cada momento para prevenir el daño (SSTS 11-XI-2004; 9-XII-2005)”.

La doctrina que se cita resulta de aplicación al caso por más que la prueba no tenga carácter profesional. Sin duda las medidas de un evento de esta clase son mayores que las que aquella proporciona, especialmente en los aspectos organizativos y mediáticos, pero lo cierto es que en ambos casos los ciclistas aceptan participar voluntariamente en la actividad y exponerse al riesgo que la carrera comporta.

Pues bien, la sentencia descarta como causa de la caída el incumplimiento por la entidad organizadora de una medida de seguridad consistente en haber protegido los márgenes de la carretera -entre quitamiedos- por donde circulaba la carrera con balizas o fardos de paja para evitar posibles salidas por el arcén y caídas de los ciclistas. “La carrera -dice- se realiza en una carretera pública de puerto de montaña, cortada al tráfico de vehículos y vigilada por personal tanto de la organización como de la guardia civil, no en un recinto cerrado que puede ser perfectamente protegido”. Sin embargo, pone a cargo de la organización (con posibilidad de repetir contra la Administración) la existencia de gravilla suelta en la calzada, señalando que “el ciclista lesionado salió de la explanada de gravilla por donde aparcan los coches para ver la nieve”, siendo así que “los participantes actúan confiados en que la entidad organizadora adoptará las medidas de seguridad convenientes”.

Es decir, en la responsabilidad que contempla el artículo 1902 del Código Civil, la sentencia entiende que existe una relación física o material,

por cuanto se produjo un daño vinculado a la caída del ciclista en el curso de la carrera, y que hay también causalidad jurídica pues la organizadora no adoptó las oportunas medidas de seguridad que imponía el Reglamento del Deporte Ciclista para evitar que se llegara a transformar el peligro potencial en daño efectivo a partir de la omisión de las medidas de seguridad, que es lo que, sin decirlo, sirve para formular el necesario juicio de reproche subjetivo por la falta de diligencia consistente en no haber adoptado las medidas de seguridad apropiadas para evitar la gravilla.

“La presencia de gravilla suelta en la calzada por donde circulaba el ciclista lesionado -dice la sentencia-, en una curva en descenso de puerto, constituye un obstáculo que supone un peligro estático importante para una bicicleta, con entidad suficiente para influir de forma decisiva en la pérdida del control de la bicicleta y causación del accidente..., sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar frente al organismo correspondiente de la Administración en orden al estado de conservación de la calzada”.

No es así. En primer lugar, el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero y 4 de marzo de 2009). En segundo lugar, el ciclismo deportivo no es una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal, antes al contrario se trata de una actividad reconocida y practicada por numerosos deportistas con los requisitos que la reglamentación impone, incluido el de la adecuación de la carretera a la prueba.

Como tal no es posible convertir a los organizadores en responsables de todo cuanto acaezca en su desarrollo si esta se cumplimenta en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que pueden derivarse para los que acuden a practicarla de una forma libre y espontánea. Es cierto que la norma reglamentaria exige al organizador tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia imponga para salvaguardar la integridad de los participantes en la prueba, evitando en el recorrido o en el sitio de la competición, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para la seguridad de las personas (corredores, acompañantes, oficiales, espectadores, etc.).

Ahora bien, cumplidos tales presupuestos, compete a los corredores estudiar con anticipación el recorrido y analizar las situaciones de riesgo que la carrera implica, a partir de los da-

tos que se les proporciona y que en el caso venían referidos, entre otros, a una bajada “peligrosa” en el trazado del itinerario a recorrer.

El dato de la “gravilla” suelta en la calzada por donde circulaba el ciclista lesionado (con una absoluta imprecisión causal, pues no acaba de concretar si estaba en la explanada o en la carretera: “ el ciclista salió de la explanada de gravilla por donde aparcan los coches para ver la nieve”), es un dato perceptible para quien está capacitado para acometer la prueba y apto para razonar una previsibilidad de riesgo potencial de caída y eventual salida de la calzada bajando el Puerto con la bicicleta, como también lo es, en mayor medida, la existencia del barranco por el que cayó, de tal forma que aunque esta fuera motivada por la “gravilla”, no cabe ignorar la realidad de la pérdida del control de la bicicleta, circunstancias todas ellas que impiden poner el daño a cargo de quienes preparan la prueba y advierten previamente a los corredores del peligro normal, típico y previsible que resulta de la actividad dejando a los ciclistas el control de su desarrollo: la mayor o menor velocidad, el sprint, el estado de las bicicletas, el contacto con los demás ciclistas, la lluvia, etc.

Los riesgos relativos a la seguridad de la carrera que corresponden a la organizadora son distintos de los que la propia competición genera. Son riesgos que, a diferencia de aquella, los ciclistas conocen y asumen voluntariamente como parte de su actividad (STS 31 de mayo 2006), lo que impide trasladar a la organización las consecuencias que resultan de una caída sufrida en el curso de la prueba, puesto que el daño se produce como consecuencia del peligro inherente a una actividad bajo el control de la víctima al que se exponía bajando el Puerto, y no a resultados del comportamiento de quienes la organizaban ajeno a los cánones o estándares establecidos de previsión y diligencia, identificados, como dice la sentencia de 6 de septiembre de 2005, “con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto”, puesto que no crearon más riesgos que el de preparar la prueba por una carretera apta para el curso de la misma, que el ciclista por supuesto asume, adoptando la diligencia exigida a la naturaleza de la actividad y a la pericia de los participantes, ninguno de los cuales, salvo la víctima, se vio afectado por la gravilla; razón por la cual no es posible afirmar que, pese al grave y desgraciado accidente sufrido por un joven ciclista aficionado, concurren los requisitos exigidos en el art.1902 CC para el nacimiento de la obligación de reparar por parte de quienes nada pudieron hacer para evitar la caída, salvo no celebrar la carrera, con la consiguiente estimación del recurso y desestimación de la demanda formulada tanto contra el recurrente, como frente a su aseguradora.

TERCERO.- La estimación del recurso, hace innecesario el análisis y resolución del formulado por D. José Ángel y D. Juan Ramón, salvo el motivo tercero en el que, bajo la cita del artículo 1101 y siguientes del CC, se viene a exigir una indemnización mayor a la Real Federación Española de Ciclismo, como organizadora de la carrera y obligada a concertar los seguros obligatorios de asistencia médica para deportistas federados, por cuanto dejó sin verificar si la Federación Castellana Leonesa tenía suscritos los seguros; responsabilidad que, obviamente, no alcanza más allá de lo que la sentencia establece por los conceptos mencionados en el seguro obligatorio deportivo concertado, conforme al Real Decreto 849/1993, de 4 de junio, que se dicta en desarrollo del artículo 59 de la Ley del Deporte, pues el ciclista accidentado tenía derecho a su íntegra percepción, sin advertir vinculación causal alguna entre el daño y el incumplimiento de la normativa reglamentaria en la materia; todo ello con expresa imposición de las costas causadas por los autores en la 1ª y 2ª Instancia a la Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna y, consiguientemente, a su aseguradora Aurora Polar, S.A. de Seguros y Reaseguros, a quienes se absuelve de la demanda contra ellos formulada, así como de las originadas por su recurso de casación; manteniendo el resto de los pronunciamientos, sin hacer especial declaración de las costas del recurso que se estima.

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

#### FALLO

Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Dª Concepción Tejada Marcelino, en nombre y representación de la Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna, y desestimar el formulado por el Procurador D. Víctor E. Mardomingo Herrero, en la representación que acredita de D. José Ángel y D. Juan Ramón, contra la sentencia dictada con fecha doce de abril de dos mil cinco por la Sección Doce de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 729/2003, que se casa y anula exclusivamente en cuanto estima la demanda formulada contra los demandados Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna y Compañía Aseguradora Aurora Polar, S.A., a quienes se absuelve de la misma, con expresa imposición a los actores de las costas de primera instancia, las del recurso de apelación causadas por su intervención y de casación; no haciendo especial declaración de las demás.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

tiva pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Francisco Marín Castan.- José Antonio Seijas Quintana.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Exc-

mo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

1. Reprocha el recurrente que se tomara en cuenta como principal prueba de cargo la declaración, movida por el rencor, de la única testigo, sin tomar en cuenta sus contradicciones sobre el filo que presentaba el arma homicida, el sentido de los caminos del lugar señalado por aquélla como de ocurrencia de los hechos; y que en ninguna parte de la sentencia se realice la más mínima mención ni a los miembros de la Guardia Civil, ni al Médico Forense, Dr. Braulio que estuvieron en el lugar de los hechos en cuanto fue descubierto el cuerpo y procedieron a examen del lugar escenario del crimen, procediendo a la certificación de la muerte y levantamiento del cadáver, aseverando que el homicidio no se había perpetrado en el mismo lugar, sino en otra parte y que el cadáver había sido arrojado allí post-mortem no habiendo huellas de sangre allí, a pesar de las numerosas puñaladas sufridas por la víctima.

2. De nuevo se produce una alegación con un contenido que de ningún modo puede tener su encaje en el motivo invocado. La infracción de ley, error de derecho o error iuris, conforme al art. 849.1º LECr., se da cuando "dados los hechos que se declaran probados... se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal". Es decir que, a partir de la premisa menor (hechos probados) del silogismo que integra la sentencia, respetando íntegramente aquélla, se ataca la premisa mayor (subsunción efectuada en los fundamentos de derecho, en cuanto determina la conclusión, o fallo (Cfr. STS de 7-11-96, 30-11-98, etc.).

3. Podría pensarse que, en realidad el recurrente lo que pretende es poner de manifiesto, conforme al art. 849.2º LECr., un error en la apreciación de la prueba, lo que ocurre es que se basa no en documentos literosuficientes sino en pruebas personales, por más que estén documentadas, como exige la jurisprudencia (Cfr. STS de 14-10-2002, núm. 1653/2002, núm. 496, de 5 de abril de 1999, etc.). En efecto, en lo que atañe al error de hecho, la doctrina de esta Sala -como recuerdan, entre muchas, las SSTS de 27-9-2004, núm. 1050/2004, y de 20-9-2007, núm. 757/2007-, condiciona su apreciación al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1º) Equivocación evidente del juzgador al establecer dentro del relato fáctico algo que no ha ocurrido.

2º) Que el error se desprenda de un escrito con virtualidad documental a efectos casacionales que obre en los autos y haya sido aducido por el recurrente. Careciendo de tal virtualidad las pruebas personales documentadas, como son las declaraciones de acusados o peritos.

3º) Que tal equivocación documentalmente demostrada no aparezca desvirtuada por otra u otras pruebas.

4. Pues bien, parece claro que tales requisitos no los reúnen ni las declaraciones invocadas, evidentemente por su carácter personal, solo valorable a través de la intermediación por el órgano de instancia, ni tampoco el informe pericial médico-forense porque, sólo en muy especiales circunstancias, distintas de las de autos, merece el valor de documento a efectos casacionales, sólo cuando existiendo un único informe o varios plenamente coincidentes, y careciendo el Tribunal de cualquier otro medio probatorio sobre el extremo fáctico de que se trate, los haya incorporado a la sentencia de modo parcial o fragmentario, silenciando extremos jurídicamente relevantes o llegando a conclusiones divergentes de las asumidas por los peritos, sin ninguna explicación razonable. En nuestro caso, nada expresa el informe forense sobre el lugar de la muerte. En el fondo de todas las argumentaciones del recurrente se contiene, en realidad, como observa el Ministerio Fiscal, el juicio sobre la credibilidad del testimonio de la ex mujer del acusado, que no se acepta en modo alguno por el recurrente.

Con arreglo a ello el motivo ha de ser desestimado, sin perjuicio de que reconduciéndose la voluntad impugnativa del recurrente a un motivo por infracción del derecho a la presunción de inocencia, debamos estar a lo que se resuelva con relación al siguiente motivo.

TERCERO.- El tercer motivo se ampara en el artículo 852 LECr., 5.4 LOPJ y 24 CE, por infracción de precepto constitucional y del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

1. Se sostiene que no existió prueba de cargo legítima que enervara el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, pues las declaraciones aderezadas de lloros, histeria y confusión, de la principal testigo de cargo, no debió ser racionalmente valorado como bastante y verosímil por la Sala de instancia. Igualmente se considera que el Tribunal de instancia no explicó nada en su sentencia sobre la posibilidad, sugerida por la Policía judicial y por el Médico Forense, de que, en contra de lo indicado por la testigo, el traslado del cadáver al lugar donde fue hallado se hubiera verificado post-mortem.

2. Por lo que se refiere a la presunción de inocencia, sabido es que el motivo esgrimido, viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS de 12-2-92); o como ha declarado el TC



2009/300000

TS Sala: 2ª, Sentencia 1 diciembre 2009. Ponente: D. Francisco Monderde Ferrer

## Validez del testimonio de testigo presencial en delito de asesinato

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de asesinato. El TS verifica que la declaración de la testigo de cargo, que era esposa del acusado cuando éste cometió el crimen y que presencié el alevoso, frío y desalmado asesinato, fue calificada por la Sala como merecedora de las notas de verosimilitud objetiva, carencia de móviles espurios en su dimensión subjetiva y persistencia en la incriminación. Y tal declaración fue corroborada por datos objetivos que sólo podría conocer el autor del delito o quien presenciara el crimen y que surgió de forma espontánea, y el tribunal le otorgó absoluta y plena credibilidad.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El segundo motivo, que trataremos con preferencia, conforme a los arts. 901 bis a) y bis b) LECr., se formaliza, al amparo del artículo 851.1º LECr., por quebrantamiento de forma en cuanto se prevé que se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la preterminación del fallo.

1. A pesar del enunciado del motivo, el recurrente, de modo temerario, sin relación alguna con su contenido, aventura que "la resolución estaba dictada antes de la celebración del correspondiente Juicio Oral, habiéndose dictado una sentencia acorde con la testifical de referencia (de la denunciante), prescindiendo en absoluto de las pruebas periciales".

2. En efecto, el vicio de predeterminación sabido es que precisa la utilización en el relato histórico de expresiones técnicamente jurídicas y con valor causal respecto del fallo, de modo que surge cuando la descripción del hecho se reemplaza por su significación jurídica (Cfr. STS de 8-7-2009, núm. 790/2009, 30-9-2009, núm. 935/2009). Ciertamente, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la

necesidad de una nítida separación en el juicio histórico y el juicio jurídico. Mediante el primero, la sentencia ha de limitarse a precisar si esos hechos que fueron objeto de acusación se dieron o no en el pasado; a través del segundo, el Tribunal ha de precisar si tales hechos superan o no el juicio de tipicidad. Y ese orden metodológico actúa como presupuesto de validez del proceso de apreciación valorativa que incumbe al órgano decisorio. Dicho en palabras de la sentencia de esta misma Sala núm. 45/2001 de 24 de enero, si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisorio se hace tautológico o circular, y fácilmente arbitrario (Cfr. SSTS 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre). Nada que ver, por tanto, como apunta acertadamente el Ministerio Fiscal, con el temerario aserto formulado, que de ser cierto, no comportaría el vicio procesal denunciado, sino la nulidad radical de la sentencia por haberse prescindido total y absolutamente de las más elementales normas de procedimiento, irrogando indefensión.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El primer motivo se formula, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de ley y de los arts. 406 y 406.1 CP.

(S<sup>a</sup> 44/89, de 20 de febrero) “por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales”. De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS de 21-6-98), conforme al art. 741 de la LECr., no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia (STC 126/86, de 22 de octubre). Esta Sala ha dicho reiteradamente (sentencias 988/2003, de 4 de julio y 1222/2003, de 29 de septiembre, y 1460/03, de 7 de noviembre), que en punto a la vulneración de la presunción de inocencia, este Tribunal debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido incriminatorio; 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. En consecuencia, el intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediatez está condenado al fracaso (en este sentido, la sentencia 120/2003, de 28 de febrero).

Con respecto al valor probatorio de la declaración de la víctima, de modo reiterado la doctrina de esta Sala y la del Tribunal Constitucional han venido considerando tal prueba como válida para destruir la presunción de inocencia siempre que haya de considerarse como razonablemente suficiente al efecto. Esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en los últimos años -véase por todas, sentencia de 15 de junio de 2000 - ofrece unos criterios orientativos para los tribunales de instancia, en orden a la valoración que éstos tienen que hacer de esa prueba en relación con todas las circunstancias que rodearon el hecho y la prestación del testimonio en las diferentes fases del procedimiento.

Sin el carácter de enumeración exhaustiva estos criterios son: la inexistencia de motivos espurios, la persistencia y la coherencia de dicho testimonio y la concurrencia de datos corroboradores. No se trata de requisitos que hayan de concurrir necesariamente en el caso para que el juzgado o tribunal pueda considerar suficiente la declaración del testigo como prueba de cargo, sino de unos elementos que han de servir para profundizar en la reflexión que debe hacerse a fin de que el propio órgano que presidió el juicio oral valore la suficiencia de esa prueba, siendo ne-

cesario, eso sí, que en la propia sentencia condenatoria, se exprese de modo razonado el uso que se haya hecho de este método, para que las partes puedan argumentar, y el tribunal superior pueda, en definitiva, examinar si es o no razonable una condena con esa sola prueba de la declaración de un testigo.

3. En nuestro caso, la declaración de la testigo de cargo, que era esposa del acusado cuando éste cometió el crimen y que presencié el alevoso, frío y desalmado asesinato, fue calificada por la Sala como merecedora de las notas de verosimilitud objetiva, carencia de móviles espurios en su dimensión subjetiva y persistencia en la incriminación. Considera, igualmente, el Tribunal de instancia que tal declaración fue corroborada por datos objetivos que sólo podría conocer el autor del delito o quien presenciara el crimen y que surgió de forma espontánea sin beneficio espurio para su emisora. En definitiva, el Tribunal le otorgó absoluta y plena credibilidad -FJ primero-. No deja de reconocer el órgano colegiado que el testimonio de la ex cónyuge presentaba unas circunstancias absolutamente particulares, pues sólo a partir del momento en que ella declaró, trece años después de ocurridos los hechos -esta es la gran singularidad de la deposición-, pudo identificarse al autor y conocerse las circunstancias del crimen pretérito.

En el ejercicio siempre didáctico de someter la declaración de la testigo al control de la racionalidad y a la exclusión del capricho, el Tribunal consideró, en primer término, la ausencia de móviles espurios o lo que es lo mismo, la existencia de motivos de odio, inquina, enemistad o búsqueda bastarda de beneficios de cualquier índole que pudieran enturbiar la credibilidad subjetiva del testimonio. En este sentido, el Tribunal explicó que las declaraciones de la testigo surgieron espontáneamente en un procedimiento que se sustanciaba ante el Juzgado de Instrucción de El Egido en el año 2006 y en la que aquella explicó que el acusado había cometido en el año 1994 un crimen en un camino situado en el límite entre Aragón y Cataluña, en las inmediaciones de la carretera N-II, rajando a una persona de arriba abajo y tirándola, seguidamente, a una acequia. Los datos tan extraordinariamente preciosos sobre el lugar, persona, arma y destino final del cadáver, permitieron la reapertura de las diligencias judiciales sobreesidas por falta de autor conocido relativas a la muerte de Eliseo por arma blanca acontecida en el año 1993. Más tarde en la declaración judicial ante el Juzgado de Instrucción de Lérida, la testigo ofreció datos todavía más precisos. En sede de credibilidad subjetiva, el Tribunal valoró la espontaneidad de la declaración, la coherencia y detalle de su testimonio ante la Sala y la ausencia de móvil bastardo, pues cuando emitió aquel relato ya había logrado el divorcio

de su esposo, ya no convivía con él y no existía provecho o ventaja que pudiera obtener de tal revelación.

Además, cuando declaró la testigo ya vivía en Almería, no tenía relación alguna con Fraga y desconocía por completo los avatares de la causa judicial seguida en Lérida por el crimen del año 1993. El mismo Tribunal encuentra sentido al permanente silencio de la testigo sobre la denuncia del crimen en el pavor que le inspiraba a ésta el violento carácter del acusado. Precisamente por tal miedo, la testigo convivió con el acusado después del hecho, incluso después de que éste cumpliera ocho años de prisión por otro homicidio. Desde este punto de vista es significativo, respecto de la veracidad del testimonio, que en su declaración inicial, trece años después de cometerse el delito, la testigo dijese que en el año 1994 el acusado había matado a dos personas, no solamente a una, resultando comprobado que verdaderamente fue condenado el acusado por otro homicidio cometido pocos meses después del que nos ocupa y perpetrado sobre otra persona distinta. Y en el terreno de la corroboración objetiva, el Tribunal, como los Mossos si se lee el acta del juicio oral, puso de manifiesto que el lujo de detalles proporcionado por la testigo sólo podría ser conocido por un testigo presencial del asesinato. Así, destaca el órgano jurisdiccional, que ningún reportaje periodístico o noticia de la época permitiría a una persona conocer, primero, y encontrar, después, con tanta precisión el lugar del crimen.

También se puso de relieve que, pese a haber variado la orografía del terreno, la testigo reprodujo ante la comisión judicial con absoluta exactitud, pese a un ligero margen de error, en el curso de la diligencia de reconstrucción, el itinerario que el asesino había seguido desde Fraga, donde vivía, hasta el lugar del óbito. Además, la testigo indicó el punto exacto en el que fue arrojado el fallecido tras haber sido asesinado. Igualmente, la testigo proporcionó el dato de la forma de la muerte, indicando que el autor clavó el cuchillo en el abdomen de la víctima, explicando el movimiento de arriba abajo que coincide con las heridas en abdomen y la evisceración y eventración del intestino del fallecido.

Muy significativa resulta, en el mismo sentido, la afirmación de la testigo indicando que antes de recoger a la víctima se habían dirigido desde Fraga a la localidad de Granja de Escarp y que en el recorrido había un pueblo que se hallaba en fiestas, observaciones corroboradas por la propietaria de un bar en la localidad de Massalcoerig, quien, en efecto, confirmó que el día 21 de agosto de 1993 la población se encontraba en fiestas, que tal pueblo se hallaba en el trayecto de Fraga a Granja de Escarp y que el fallecido trabajaba como temporero en ese pueblo y que

había sido visto por última vez el día 21 de agosto. Incluso, como otro dato periférico, puede referirse que la testigo situó el hecho en un fin de semana de agosto pues su marido no trabajó y luego se comprobó que los días 21 y 22 de agosto de 1993 eran fin de semana. Por último, la forma de ataque, alevoso, frío y desalmado, narrado por la testigo coincide con la forma de ejecución rápida, premeditada, con varias cuchilladas, al menos una en el abdomen, sin heridas de defensa de la víctima, quien solo acertó a decir “por qué a mi, yo qué te he hecho”, contestando el autor “te ha tocado”, corroborando de esta forma su intención inicial de “llevarse a alguien por delante” cuando salió de casa. El acusado, que luego arrojó el cuerpo a la acequia y que no dejó huellas por haber usado guantes de látex, precisamente se valió del pánico que con tal ejecución inspiró a su esposa, para sellar su silencio por temor a sufrir el mismo atropello. Y a fe que lo consiguió durante 13 años. Finalmente, el Tribunal descartó las incoherencias y contradicciones en el relato que denuncia el recurrente, considerando las versiones de la testigo, coherentes, detalladas y sensatas, pese al profundo e intenso temor que presentaba su estado de ánimo. En este punto discrepa el recurrente que atribuye a la histeria y a la representación escénica lo que el Tribunal considera comprensible conturbación del espíritu.

La solución al dilema hay que encontrarla en la doctrina de esta Sala, la cual expresa que “la jurisprudencia de esta Sala ha establecido asimismo que el juicio sobre la credibilidad de las declaraciones que tuvieron lugar en el proceso es una cuestión ajena al recurso de casación, dado que solo puede ser llevado a cabo por un Tribunal que haya percibido directamente, esto es con sus sentidos e inmediatamente, dichas declaraciones -véase sentencia de 26 de diciembre de 2000-, de tal forma que la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia no supone una nueva valoración de toda la actividad probatoria de la instancia”. Igualmente habremos de precisar que, aunque el Tribunal no lo haya expresado explícitamente, sin duda, también se basó en la prueba pericial de los médicos forenses, en la declaración de Guardia Civiles y Mossos y en el testimonio de otros testigos periféricos.

Así se colige del contenido del relato sobre la causa de la muerte, heridas, arma utilizada y ausencia de lesiones de defensa y de la declaración de la comisión judicial y policías sobre la exactitud y coherencia del relato de la testigo de cargo. La utilización de tal recurso es plenamente válida, pues como establece la STS de 17 de septiembre de 2001.: “se ha señalado reiteradamente que la extensión de la motivación debe ser la suficiente y adecuada, en función de la naturaleza y complejidad

de las cuestiones que se hayan planteado y sea necesario resolver, pero sin acentuar la farragosidad de la resolución explicitando lo obvio o razonando lo evidente. Es por ello por lo que, cuando la convicción del Tribunal se fundamenta en una prueba directa, personalmente apreciada con inmediación por el Tribunal sentenciador, la remisión al resultado de las referidas pruebas que consta en el acta del juicio y resulta redundante reiterar, constituye, ordinariamente, una motivación suficiente, pues del resultado de dichas pruebas se deduce, directamente y sin necesidad de razonamiento adicional alguno, el propio relato fáctico”.

4. En una parte del motivo el recurrente expresa también que no ha merecido respuesta del Tribunal su alegación sobre el asesinato del fallecido en un lugar distinto y la acción posterior de haber trasladado su cuerpo, ya muerto, al lugar de los hechos. De ser cierta tal versión, parece sugerirse, que el testimonio de cargo se habría revelado falso. Pues bien, tal reflexión nos obliga a responder desde el proceso. Una atenta lectura del juicio oral permite comprobar que tal posibilidad fue planteada a los Mossos, a la Guardia Civil, y al Médico Forense, en el plenario. Observando las respuestas de los testigos y peritos se advierte que, aunque algunos de ellos manifestaron que “daba la impresión de que pudieran haberlo matado en otro sitio y que lo hubieran tirado desde un coche”, a preguntas de la Sala, que quiso despejar cualquier duda, uno de los Guardias Civiles precisó que “pudo haber existido un apuñalamiento rápido y tirarlo hacia el zarzal”.

Por lo tanto, la elucubración sobre el traslado post-mortem no pasó de ser una mera posibilidad sugerida a los peritos y testigos y contestada por éstos en el sentido indicado, en cuyo contexto se termina por aceptar que los hechos pudieron haber ocurrido como indicó la esposa del acusado: cuchilladas rápidas en el propio lugar y acción de tirar a la acequia el cuerpo sin arrastre del mismo. En cuanto al arrastre del cuerpo hasta el zarzal o acequia, a preguntas de la Sala, igualmente, se aclaró que “habían pasado días y puede que se hubieran borrado las huellas del arrastre”.

Establecida la sugerencia del traslado post-mortem como mera posibilidad que bien pudo no haber tenido lugar, la Sala, en la libre valoración en conciencia de la prueba practicada que el artículo 741 de la LECr. le otorga, concluyó que el asesinato se cometió en el propio lugar de los hechos, propinando el autor varias puñaladas a la víctima, hasta un total de nueve, sin que ésta pudiera defenderse de un ataque rápido que ni siquiera advirtió en sus orígenes, empujando finalmente el sujeto activo el cuerpo hacia un ribazo entre unas zarzas, donde lo abandonó. Así, con

esa expresión del relato histórico se ha dado cumplida respuesta al hecho enjuiciado en su dimensión fáctica, pues el juicio del Tribunal no puede llegar al detalle de examinar individualmente cada una de las pruebas, con exclusión en cada una de ellas de las posibilidades e hipótesis que puedan sugerir.

Así, frente a tesis hipotética del traslado post-mortem el Tribunal, tras haber comprobado en el plenario que era una mera hipótesis y que los hechos pudieron haber ocurrido como se narra en el relato, optó con adecuada motivación por el asesinato en el lugar de los hechos y lo motivó desde la racionalidad, desde el conjunto de la prueba. Con ello es bastante, pues el art. 741 exige una valoración conjunta y no individual de la prueba practicada, de la misma forma que admite la desestimación tácita de las versiones fácticas incompatibles con la proclamada en el relato histórico. En este sentido, se ha señalado reiteradamente “que la extensión de la motivación debe ser la suficiente y adecuada, en función de la naturaleza y complejidad de las cuestiones que se hayan planteado y sea necesario resolver, pero sin acentuar la farragosidad de la resolución explicitando lo obvio o razonando lo evidente.

Es por ello por lo que, cuando la convicción del Tribunal se fundamenta en una prueba directa, personalmente apreciada con inmediación por el Tribunal sentenciador, la remisión al resultado de las referidas pruebas, que consta en el acta del juicio y resulta redundante reiterar, constituye, ordinariamente, una motivación suficiente, pues del resultado de dichas pruebas se deduce, directamente y sin necesidad de razonamiento adicional alguno, el propio relato fáctico (STS de 17-9-01)”.

Por otro lado, y si el defecto proclamado se extendiese por voluntad impugnativa, al vicio de incongruencia omisiva que se produce cuando se omite en la motivación, requerida por los artículos 120.3 de la CE y 142 de la LECr., y, 248.3 de la LOPJ, la respuesta a alguna de las cuestiones de carácter jurídico planteadas por las partes en sus escritos de calificación o en tiempo procesal oportuno, no sería ocioso recordar que, como señalan las SSTC 58/1996, de 15 de abril y de 11-2-1997, la jurisprudencia constitucional ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SSTC 95/1990, 128/1992, 169/1994, 143/1995 y 58/1996).

Respecto a las primeras -entre las que se ubicaría la nuestra-, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las

circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

Es obvio que, en nuestro supuesto, el traslado post-mortem no pasaría de ser una alegación aducida por la parte para fundamentar sus pretensiones, respecto de la cual no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica a la forma de asesinato que se dispensa profusamente en el relato histórico y que, además, comportaría la desestimación tácita de cualquier versión incompatible con esa forma de ocurrir los hechos. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado en su integridad.

CUARTO.- Desestimándose el recurso, procede imponer sus costas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr.

#### FALLO

Debemos declarar y declaramos no haber lugar a la estimación del recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de preceptos constitucionales, interpuesto por D. Dimas, contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lérida, en el Rollo de Sala 10/93, de fecha 11 de diciembre de 2008, en causa seguida por delito de asesinato, condenando a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Francisco Monterde Ferrer.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

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

2009/315058

TS Sala: 2ª, Sentencia 18 diciembre 2009. Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

### No hay concurso medial Delitos de falsedad en documento oficial y estafa

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de falsedad en documento oficial y estafa. Subraya el TS que la relación de instrumentalidad o de medio a fin propia del concurso medial exige que el delito que hace de instrumento sea medio necesario para la comisión del otro. Y esa necesidad, continúa la Sala, ha de ser real, objetiva y concreta, sin que sea admisible la puramente subjetiva o abstracta. No basta la relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo pues la necesidad exigible no queda cumplida con la mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que descansa en la conexión instrumental objetiva entre ambos delitos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos, apoyado en el art. 849-1 de la LECriminal se desenvuelve en realidad en dos submotivos:

a) La infracción por inaplicación de los arts. 77, 66.1-6 y 50 del Código Penal.

b) La infracción del art. 50 respecto a la pena de multa:

A) Con relación a lo primero alega el recurrente que debió la Audiencia apreciar los delitos de falsedad en documento oficial y de estafa, en relación de concurso medial por ser el primero medio necesario para cometer el segundo, lo que conduce, según esta tesis, a la imposición de una única pena determinada conforme al art. 77.

La queja no puede estimarse: la relación de instrumentalidad o de medio a fin propia del concurso medial exige que el delito que hace de instrumento sea medio necesario para la comisión del otro. Y esa necesidad ha de ser real, objetiva y concreta, sin que sea admisible la puramente subjetiva o abstracta (SS. 29 de julio de 1998, y 3 de febrero de 2003). No basta la relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo pues la necesidad exigible no queda cumplida con la mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que descansa en la conexión instrumental objetiva entre ambos

delitos (S<sup>a</sup> 1 de diciembre de 2004). Menos aún cuando el segundo delito se comete aprovechando el sujeto desde el punto de vista instrumental las ventajas o utilidades ya obtenidas mediante un delito cometido anteriormente con fines más amplios y diversos que la perpetración del concreto delito cometido después.

Así ocurre en el caso presente: el acusado adquirió en un establecimiento ciertos bienes para cuyo pago utilizó una tarjeta de crédito, de forma engañosa porque ni la tarjeta era auténtica ya que tenía alterados los datos de su banda magnética, que se correspondían con los de otra tarjeta diferente, ni él era la persona que figuraba como titular de la tarjeta. Dos apariencias de realidades inexistentes que integran el engaño eficaz para el comerciante que creyendo ser lícito medio de pago lo que era pura apariencia irreal entregó las joyas que el acusado compró.

El uso de un pasaporte falso expedido a nombre de quien figuraba en la tarjeta de crédito, y en el cual se había colocado la fotografía del acusado constituye un modo de asegurar el engaño sobre la identidad de quien estaba comprando. Pero el engaño mismo estaba en el uso de esa tarjeta como si el acusado fuera quien en ella figuraba como titular. Dado que el pasaporte había sido falsificado con anterioridad, y que tal documento falso permite aparentar una identidad distinta en cuantas ocasiones el identificarse sea necesario, no es razonable suponer que el pasaporte se elaboró solo y precisamente para ser usado en aquél establecimiento, y en esa compra aquél día.

Es obvio que se falsificó para procurarse una falsa identidad, y entre las muchas variadas aplicaciones de éste el uso de la tarjeta es sólo una más entre otras. No fue un delito instrumentalmente cometido como medio necesario para la estafa: no era imprescindible para ella, sino sólo útil, ventajoso o facilitador de su comisión, ni lo instrumental en su caso podría predicarse de la falsificación sino del uso del documento, ya falsificado, con muy diversos posibles usos y que se había consumado desde antes de que surgiera la idea criminal de la estafa y desde luego antes de que se presentara la ocasión de cometerla.

B) Con relación a la determinación de la multa, sostiene el recurrente que siendo su situación modesta y con ingresos inferiores al doble del salario mínimo profesional debió fijarse una cuota diaria de tres euros.

La Sala de instancia razona correctamente la fijación de la cuota de 10 euros diarios. Si los márgenes se sitúan en 2 euros/día como mínimo y 400 euros/día como máximo, la individualización que hace la Audiencia de 10 euros/día no es en absoluto excesiva. En efecto el art. 50 exige que en la determinación de la cuota se

tenga en cuenta exclusivamente la situación económica del reo. Y en este caso la Sala considera que no está el acusado en la indigencia, ni está acreditada su incuria absoluta.

El recurrente, por modesta que sea su vida reconoce que trabaja y tiene ingresos, por lo cual no hay razón alguna para reducir la cuota dicha al límite mínimo legalmente posible. La de diez euros está entre dos y cuatrocientos, muy próxima al mínimo legal, que ha de reservarse para los casos de total incapacidad económica, lo que no sucede en el caso presente.

Por lo expuesto el motivo primero se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo se plantea al amparo del art. 852 de la LECriminal, por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española. El recurrente sin embargo lo que postula es la aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, del art. 21.6 del Código Penal.

El motivo no puede acogerse: en enero de 2005 se cometieron los delitos y en junio de 2006 se concluyó en Sumario. En septiembre de 2006 la Audiencia de Madrid se inhibió en favor de la Nacional que celebró el Juicio Oral en diciembre de 2007. Teniendo en cuenta que son tres los procesados, varios los delitos, y que el procedimiento no fue el Abreviado, sino de Sumario Ordinario, con práctica de pruebas periciales cabe apreciar, como dice el Ministerio Fiscal, una demora moderada, sin alcance para tener la significación atenuatoria que pretende.

La atenuante analógica de dilaciones indebidas precisa más que una cierta lentitud en la marcha del proceso. Precisa que haya sufrido dilaciones relevantes, fuera de lo común, es decir extraordinarias, y que además resulten indebidas por no tener justificación alguna. La ligera demora en este caso dista mucho de alcanzar la categoría de una indebida dilación que merezca la consideración de atenuante por analogía.

El motivo segundo se desestima.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por José Ignacio, contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que le condenó por delitos de falsedad en documento oficial y estafa; Condenándole al pago de las costas procesales ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, 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.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

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



2010/6442

## CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TS Sala: 3<sup>a</sup>, Sección 4, Sentencia 2 febrero 2010. Ponente: D. Antonio Martí García

### Diferente trato procesal injustificado por razón de la cuantía litigiosa

*Inadmite el TS el recurso de casación interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la TGSS, contra sentencia dictada sobre derivación de responsabilidad de cuotas de la Seguridad Social. Declara la Sala, entre otros pronunciamientos, que es doctrina reiterada la de que es irrelevante que lo impugnado sean las liquidaciones por parte del deudor inicial o el requerimiento de pago efectuado al responsable solidario o subsidiario, con los correspondientes recargos, ya que si no fuera así se produciría injustificadamente un diferente trato procesal en función de un dato por completo ajeno al propósito perseguido por la normativa legal delimitadora del ámbito del recurso de casación por razón de la cuantía litigiosa, como sería que el recurrente fuera el sujeto pasivo o deudor principal o un tercero responsable solidario o subsidiariamente de la deuda reclamada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina es excepcional y subsidiario respecto a la casación propiamente dicha. Cuando no es posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional, por razón exclusivamente de la cuantía litigiosa -artículo 86.2.b) de la LRJCA - la Ley permite -artículo 96 - que puedan ser recurridas con la finalidad primaria de unificar la doctrina ante la existencia de fallos incompatibles.

Por tanto, como establece el apartado 3 del artículo 96, sólo son susceptibles de aquel recurso las sentencias contra las que no quepa el recurso de casación ordinario y, además, siempre que su cuantía exceda de tres millones de pesetas (18.000 euros).

También es preciso tener en cuenta que, en aplicación de la regla contenida en el artículo 41.3 de la LRJCA, en los casos de acumulación o de ampliación de pretensiones -es indiferente que tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional- aunque la cuantía del recurso venga determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquélla, no

comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de casación, a lo que debe añadirse que, con arreglo al artículo 42.1.a) de la misma Ley, para fijar el valor de la pretensión se tendrá en cuenta el débito principal (cuota), pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél.

SEGUNDO.- Es doctrina reiterada de este Tribunal que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración son las cuotas mensuales, en atención a que se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos, doctrina plenamente aplicable al presente supuesto.

En este sentido, entre otras, las sentencias de 24 de junio de 2001, 6 de junio de 2002, 16 de octubre de 2002, 23 de julio de 2003, 17 de septiembre de 2003, 1 de octubre de 2003, 22 de octubre de 2003, 17 de diciembre de 2003, 23 de marzo de 2004, 12 de abril de 2004, 21 de abril de 2004, 4 de mayo de 2004, 25 de mayo de 2004, 1 de junio de 2004, 10 de junio de 2004, 15 de junio de 2004, 22 de junio de 2004, 13 de julio de 2004, 20 de julio de 2004, 14 de septiembre de 2004,

21 de septiembre de 2004, 23 de noviembre de 2004 y 19 de enero de 2005, dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina.

Además, también es doctrina reiterada de esta Sala que es irrelevante que lo impugnado sean las liquidaciones por parte del deudor inicial o el requerimiento de pago efectuado al responsable solidario o subsidiario, con los correspondientes recargos, ya que si no fuera así se produciría injustificadamente un diferente trato procesal en función de un dato por completo ajeno al propósito perseguido por la normativa legal delimitadora del ámbito del recurso de casación por razón de la cuantía litigiosa, como sería que el recurrente fuera el sujeto pasivo o deudor principal o un tercero responsable solidario o subsidiariamente de la deuda reclamada (por todos, Autos de 21 de septiembre y 17 de noviembre de 1998, 26 de abril y 31 de marzo de 1999, 20 de octubre y 27 de noviembre de 2000, 12 de marzo y 21 de diciembre de 2001 y 6 de noviembre de 2006).

En el caso que nos ocupa, aunque la Sala de instancia fijó la cuantía en 81.369,89 euros, dicho importe responde a la totalidad de las deudas con la Seguridad Social contraídas por "Sociedad Anónima Neu" y de las que ha sido declarada responsable solidaria "Font Neu, S.L.", recurrente en la instancia, ninguna de las cuales, según los documentos de reclamación emitidos y obrantes en el expediente administrativo, supera los 18.000 euros.

TERCERO.- Las valoraciones anteriores obligan a declarar la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina por falta de cuantía, sin que proceda pronunciamiento sobre las costas dado que no ha comparecido la parte recurrida.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia de 19 de octubre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en el recurso contencioso administrativo núm. 439/06, que se declara firme. Sin que haya lugar a expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Marti García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

2009/338472

TS Sala: 3ª, Sección 2, Sentencia 9 diciembre 2009. Ponente: D. Emilio Frias Ponce

Singularización respecto al resto de CCAA

### Potestad tributaria de las autoridades de los Territorios Históricos Vascos

*Acuerda el TS estimar el recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ del País Vasco, la cual casa y anula. La recurrente - Diputación Foral de Bizkaia - aduce un único motivo de casación, consistente en la infracción de la disp. adic. 16ª de la Ley 30/92, añadida la Ley 4/1999, así como de la disp. adic. 1ª de la Ley jurisdiccional 29/1998, respecto a los arts. 1, 1, 2 y 3 a) de la misma, ello en relación con los arts. 46,1 y 69 e). La Sala falla a favor de la Diputación actora por considerar que, sólo son Administración Pública las Juntas Generales en actos y disposiciones en materia de personal y de gestión patrimonial pero no cuando actúan en base a su potestad normativa en materia tributaria. Añade que, la CE reconoce las peculiaridades históricas que por razón del territorio se dan en ciertas áreas geográficas y así lo establece en su disp. adic. 1ª en relación a los Territorios Históricos del País Vasco y a Navarra, lo que deriva en el establecimiento de un sistema de financiación peculiar que los singulariza respecto al resto de CCAA.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos comenzar por el exámen del recurso de casación interpuesto por la representación de la Diputación Foral de Bizkaia, en cuanto la Sala de instancia no apreció la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo alegada en su escrito de contestación de demanda, por haberse interpuesto el día 14 de mayo de 2001, estando publicada la Norma Foral 11/2000, en el Boletín Oficial de Bizkaia del 30 de diciembre de 2000, y afectar el motivo que articula a esta cuestión.

La sentencia de instancia, efectivamente, entendió que el requerimiento de derogación del apartado 2 del art. 2 y del apartado 5 del artículo 3, formulado por la Administración General del Estado el 28 de febrero de 2001, al amparo del art. 44 de la Ley Jurisdiccional a las Juntas Generales de Bizkaia, resulta aplicable al ejercicio de la potestad normativa de las Juntas Generales, lo que trasladaba el cómputo del plazo a partir de la

fecha del acuerdo de rechazo del mismo, por ser Administración Pública las Juntas Generales, a efectos de impugnación de la normativa que dictan.

Se aduce un único motivo por infracción de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, añadida la Ley 4/1999 de 13 de Enero, así como de la disposición adicional primera de la Ley jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, respecto a los artículos 1 apartados 1, 2 y 3 letra a) de la misma, ello en relación con los artículos 46.1 y 69 e).

Alega la Diputación Foral que estas disposiciones no atribuyen expresamente el carácter de Administración Pública a las Juntas Generales de los Territorios Históricos cuando actúan su potestad normativa regulando el régimen tributario, aunque sus normas forales sean susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por lo que no cabe requerirlas, de conformidad a lo establecido en el art. 44, sino sólo recurrir en el plazo de dos meses desde la publicación de las mismas, tal y como la Administración General del Estado ha realizado siempre, aún en la vigencia de la ley 29/98.

SEGUNDO.- El apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ley de la Jurisdicción de la Ley de la Jurisdicción dice lo siguiente:

"1.- En la Comunidad Autónoma del País Vasco, la referencia al apartado 2 del artículo 1 de esta Ley incluye las Diputaciones Forales y la Administración Institucional de ellas dependiente. Asimismo, la referencia del apartado 3, letra a) del art. 1 incluye los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por órganos competes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos".

El primer inciso añade así una Administración más al elenco de Administraciones Públicas enumerado por el apartado 2 del artículo 1 de la propia Ley Jurisdiccional, que literalmente reza así:

"2. - Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades de integran la Administración Local.
- d) Las Entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales".

Previamente el apartado 1 de dicho art. 1 refiere el ámbito del conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas a Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

El segundo inciso viene a equiparar a los efectos del apartado 3 letra a) del art. 1 las Juntas Generales de los Territorios Históricos a los órganos legislativos que en él se citan, en cuanto dicten actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público.

Dicho apartado 3 precisa que "Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

a) Los actos y disposiciones en materia de personal administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo así como de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autónomas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo".

En sentido análogo se expresa la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en su redacción dada por la Ley 4 /1999 de 13 de enero titulada "La Administración de los Territorios Históricos del País Vasco", al establecer "En la Comunidad Autónoma del País Vasco, a efectos de lo dispuesto en el art. 2 (que se refiere al ámbito de aplicación de la Ley) se entenderá por Administraciones Públicas las Diputaciones Forales y las Administraciones Institucionales de ellas dependientes así como las Juntas Generales de los Territorios Históricos en cuanto dicten actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público".

TERCERO.- La Sala anticipa que procede estimar el motivo.

De la normativa reseñada claramente se deduce que sólo son Administración Pública las Juntas Generales en actos y disposiciones en materia de personal y de gestión patrimonial pero no cuando actúan su potestad normativa en materia tributaria.

Sin embargo, la Sala de Instancia, aunque no cuestiona el alcance de las disposiciones adicionales citadas, pone en duda que la adición interpretativa alcance a las previsiones del conflicto interadministrativo del art.

44, cerrando la vía del previo requerimiento cuando de lo que se trata es de la pretensión de una Administración de que se derogue una disposición general de rango inferior a la Ley procedente de uno de los órganos o instituciones incluidos en el art. 1.3. Para la Sala "a estos efectos la expresión Administraciones Públicas tiene un sentido más general que no debe excluir esa posibilidad de requerimiento de derogación y búsqueda de previa composición entre los contendientes y superación de litigios, sino que debe englobar a los sujetos pasivos del proceso que designa el artículo 21.1 a) en la medida en que sean autores de la disposición impugnada".

Esta interpretación no puede ser compartida.

La Constitución Española reconoce las peculiaridades históricas que por razón del territorio se dan en ciertas áreas geográficas y así lo establece en su Disposición Adicional Primera en relación a los Territorios Históricos del País Vasco y a Navarra, lo que deriva en el establecimiento de un sistema de financiación peculiar que los singulariza respecto al resto de Comunidades Autónomas.

El Estatuto de Autonomía del País Vasco se refiere a los Territorios Históricos como titulares del derecho a formar parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco, recogiendo el art. 37 las competencias de los órganos forales, entre las que figuran las relativas al régimen tributario.

Reconocida potestad tributaria a las autoridades de los Territorios Históricos Vascos, la naturaleza de las Normas Forales ha suscitado una gran controversia, estando sometido el producto normativo de las Juntas Generales, por la falta de una previsión expresa en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que permita residenciar ante este Tribunal la impugnación de las Normas Forales, al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para hacer efectivas las exigencias de tutela judicial art. 24.1 CE) y de sometimiento a Derecho de los poderes públicos.

Ahora bien, esta circunstancia no puede ser determinante para aplicar a las Juntas Generales lo previsto en el art. 44 de la Ley de la Jurisdicción, porque no son Administración Pública cuando actúan su potestad normativa regulando el régimen tributario. El referido precepto contempla los litigios entre Administraciones Públicas, no entre una Administración Pública y el órgano legislativo foral competente, por lo que el plazo de impugnación debe computarse, tratándose de impugnación de Normas Forales de las Juntas Generales, desde la publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

Así las cosas, hay que reconocer que el recurso contra la Norma Foral

11/2000, publicada el 30 de diciembre de 2000, por haberse interpuesto el 14 de mayo de 2001, resulta inadmisibile.

Procede, pues, estimar el recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Bizkaia y, por las mismas razones declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo promovido por el Estado.

CUARTO.- Estimado el recurso de la Diputación Foral quedan sin objeto los restantes recursos interpuestos por las Juntas Generales de Bizkaia y el Abogado del Estado, en cuanto afectan al fondo.

QUINTO.- No se aprecian circunstancias especiales para una expresa imposición de costas.

#### FALLO

Primero.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de la Diputación Foral de Bizkaia, contra la sentencia de 27

de febrero de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sentencia que casa y anula.

Segundo.- Declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado contra los artículos 2.2 y 3.5 de la Norma Foral 11/2000, de 29 de diciembre, de las Juntas Generales de Bizkaia.

Tercero.- No hacer imposición de costas a las partes.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernandez Montalvo Juan Gonzalo Martinez Mico Emilio Frias Ponce Angel Aguallo Aviles José Antonio Montero Fernandez Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Emilio Frias Ponce, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.



TS Sala: 4ª, Sentencia 25 enero 2010. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

No existe fraude

## Falta de contratación de nuevo relevista tras subrogarse otra empresa en el contrato del anterior

*Recurre en casación para la unificación de doctrina la empresa condenada al pago de prestación por jubilación parcial por falta de contratación de relevista.*

*Estima el TS el recurso pues entiende que en el caso de autos se da la particularidad de que, debido a la transmisión patrimonial de la concesión del servicio de transportes por parte de la recurrente, concretamente varias de sus diversas líneas de transporte, una de las cuales es en la que prestaba servicios el relevista, éste pasó a integrarse por subrogación en la nueva empresa, manteniéndose en la plantilla de aquélla el jubilado parcial. En esta situación, la no contratación por la empresa originaria de otro trabajador para sustituir al relevado no puede considerarse como fraudulenta pues los objetivos de fomento de empleo fueron alcanzados, al mantener la nueva empresa el mismo puesto de trabajo del relevista con el mismo contrato y condiciones.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si, -en interpretación la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1131/2002, regulador de la jubilación parcial y de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo

parcial-, en el supuesto de cese del trabajador relevista en la empresa en la sigue prestando sus servicios el jubilado parcial, por haber sido traspasado aquél a una tercera empresa que se subroga en los derechos y obligaciones de la anterior, y tras tal cese no contratar la empresa originaria a otro trabajador relevista, puede o no el INSS acordar la devolución

contra la empresa originaria del importe de la pensión jubilación correspondiente al tiempo de ausencia de relevista, y durante el que no se cotizó por él.

2.- La sentencia recurrida, -dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Madrid en fecha 29-diciembre-2008 (rollo 2893/2008), revocatoria de la de instancia, dictada por el JS/Madrid núm. 10 en fecha 29-febrero-2008 (autos 1111/2007)-, en un supuesto en el que la empresa no había procedido a contratar a otro trabajador relevista cuando el inicialmente contratado en el momento de la jubilación parcial, pasó a formar parte de otra empresa distinta a causa de la transmisión parcial de la concesión del servicio de transportes en el que venía trabajando, entendiéndose que existe responsabilidad empresarial por no haber efectuado la referida contratación al menos durante el tiempo que mediase hasta que el trabajador sustituido alcanzase la edad que le permitiera acceder a la jubilación ordinaria o anticipada. Se argumenta en la sentencia recurrida, en esencia, que, en otro caso, se mantendría el derecho a la jubilación parcial de que ya disfrutaba el trabajador, sin obligación alguna de la empresa de emplear a un relevista, lo que es contrario al espíritu y finalidad de la norma, puesto que la contratación del relevista, busca fomentar el empleo y que no se produzca reducción alguna del nivel de empleo ni de ocupación en la empresa y este fin solo se cumple si se mantiene al menos el empleo completo del jubilado parcialmente.

3.- La sentencia que invoca como de contraste la empresa recurrente, -dictada por la propia Sala de lo Social del TSJ/Madrid en fecha 29-diciembre-2006 (rollo 3547/2006)-, en un supuesto de hecho análogo relativo a la misma empresa, llega a la solución contraria, razonando que "se han cumplido los objetivos de fomento del empleo que marca la norma, y que en modo alguno puede apreciarse indicio de fraude porque el relevista sigue desempeñando el mismo trabajo pero por imperativo legal, al existir una transmisión de la línea de transporte, ha sido transferido a la nueva concesionaria, pero mantiene el mismo puesto de trabajo, y además por el mismo contrato que suscribió con TRAPSA el día..., con las mismas funciones, idéntica categoría y salario y demás condiciones laborales".

4.- Concorre el requisito o supuesto de contradicción de sentencias necesario para viabilizar el recurso de casación unificadora (art. 217 LPL), como pone de evidencia el Ministerio Fiscal, pues ante el mismo hecho de que el jubilado parcial permanezca en una empresa y el trabajador relevista pase a otra distinta, mientras que la sentencia recurrida entiende que es necesaria la contratación de un nuevo relevista, la sentencia de contraste razona que

no puede entenderse que haya habido infracción del espíritu de la normativa aplicable, puesto que los objetivos de fomento de empleo fueron alcanzados y al mantener la nueva empresa el mismo puesto de trabajo con el mismo contrato y condiciones, no existe fraude alguno.

5.- Como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 3.1 y 6.4 del Código Civil, 12.6 y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, 10 y disposiciones adicionales 1ª y 2ª del Real Decreto 1131/2002) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido sobre dicho concreto extremo.

SEGUNDO.- 1.- La invocada Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002 contiene, en lo que interesa a la solución del caso, la siguiente regulación:

“1. Si durante la vigencia del contrato de relevo antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada... 3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo. En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese... 4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada”.

2.- La jurisprudencia unificadora, - en especial en STS/IV 9-julio-2009 (rcud 3032/2008), en la que se entiende procedente la responsabilidad empresarial al abono a la entidad gestora del importe proporcional de la prestación de jubilación parcial por retraso en el cumplimiento de su deber de contratar a un relevista sustituto, en caso de cese por excedencia voluntaria del trabajador relevista anterior-, ya ha tenido ocasión de interpretar la citada Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002. Así, ha entendido que:

a) El apartado 1 de dicha disposición adicional 2ª establece un deber del empresario de sustitución del trabajador relevista que hubiera cesado en el trabajo por otro trabajador que se encuentre en situación de desempleo o en situación de trabajador temporal de la misma empresa.

b) El apartado 3 detalla el alcance del deber anterior mediante especificaciones por un lado de la modalidad contractual de la nueva contratación, que ha de ser también un contrato de relevo, y por otro lado del plazo para llevarla a cabo, que no puede exceder de quince días.

c) El apartado 4 determina la consecuencia desfavorable del “incumplimiento” de las “obligaciones establecidas” a cargo del empresario en los apartados anteriores, que es el abono a la entidad gestora del importe de la pensión por un período de tiempo delimitado por dos fechas precisas: la del “momento de la extinción del contrato” y la del acceso a la “jubilación ordinaria o anticipada” por cese en el empleo a tiempo parcial del jubilado parcial.

3.- Por su parte, precisa la STS/IV 8-julio-2009 (rcud 3147/2008) que “el citado apartado 4, calificado por las Sentencias de anterior cita como ‘de evidente contenido sancionador y antifraude’ constituye asimismo un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste”.

4.- Ha destacado la jurisprudencia que los preceptos transcritos de la disposición adicional 2ª plantean numerosos problemas interpretativos, que han de ser resueltos con ayuda de diversos instrumentos hermenéuticos; y a alguno de estos problemas interpretativos, distinto del que ahora nos ocupa, ha dado ya respuesta la doctrina unificada de esta Sala del Tribunal Supremo en sus SSTS/IV 29-mayo-2008 (rcud 1900/2007), 23-junio-2008 (rcud 2930/2007), 23-junio-2008 (rcud 2335/2007), 16-septiembre-2008 (rcud 3719/2007) y 19-septiembre-2008 (rcud 3804/2007), referidas todas ellas a determinar si es exigible o no la responsabilidad empresarial prevista en la citada disposición adicional en supuestos de extinción de los contratos conexos a tiempo parcial, el del jubilado y el del relevista, como consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo, llegando a la solución de inexistencia de responsabilidad empresarial dado que “al no existir relación laboral con el trabajador jubilado parcialmente tampoco existe obligación de contratar trabajador relevista, como se deduce a ‘sensu contrario’ de lo dispuesto en el número 2, en donde si se mantiene la obligación de contratar solo cuando el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación y no se procediera a su readmisión, ya que la extinción de la relación laboral de este trabajador fue autorizada en el correspondiente expediente de regulación de empleo y no constituye por tanto despido improcedente,

sino una figura próxima al despido procedente”.

5.- Existe, asimismo, una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la interpretación del término “cese referido al trabajo a los efectos de la referida disposición adicional, como sintetiza la citada STS/IV 9-julio-2009, entendiéndose que “no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET. Puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el trabajador, por su propia voluntad, deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo con su decisión voluntaria, por el período de apartamiento del trabajo, una plaza vacante en el organigrama de la empresa. La opción por una interpretación extensiva, que comprenda estos supuestos de cese temporal, o por una interpretación estricta, que limite el alcance de la expresión al cese definitivo, dependerá normalmente de la finalidad de la disposición en la que el término aparezca”; añadiéndose que “en el contexto de la DA 2ª RD 1131/2002 debe acogerse una interpretación amplia del término ‘cese’, que incluya los supuestos de cese temporal por excedencia voluntaria que constituyan un incumplimiento total o de larga duración del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista”.

Se concluye, destacando la finalidad de esta singular figura y las consecuencias de su aplicabilidad al concreto supuesto enjuiciado, que “la institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico, persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro, y por otra mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial. Este segundo propósito de mantenimiento del empleo vacante no se podría alcanzar de consentirse la excedencia voluntaria del trabajador relevista, una situación que en el caso enjuiciado se prolongaría por un largo tiempo de tres años y medio. De ahí que haya de entenderse que el relevista que pasa a excedente voluntario deba ser sustituido por el empresario en el tiempo de quince días previsto en la citada disposición adicional”.

TERCERO.- 1.- Del análisis de la doctrina jurisprudencial expuesta se deduce que una de las finalidades de la normativa de jubilación parcial y contrato de relevo es la del mantenimiento del empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial, que, por ello, cuando se produce el “cese”, en una amplia interpretación de tal concepto, del trabajador relevista no se cumple con aquella finalidad normativa de mantenimiento de empleo de no contratarse por la

empresa a un nuevo trabajador relevista, en el plazo reglamentariamente fijado, y que el incumplimiento del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista justifica la responsabilidad empresarial prevista a favor de la Entidad Gestora, partiendo de que dicha norma (núm. 4 Disposición Adicional 2ª RD 1131/2002) al tiempo que determina la responsabilidad civil derivada de tal incumplimiento, tiene un evidente contenido sancionador y antifraude.

2.- La norma analizada, por otra parte, a diferencia de otras modalidades de fomento de creación de empleo previstas legalmente, -como las reguladas en la ahora vigente Disposición adicional 10ª ET, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, en la que se dispone que dicha medida “deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”, que ha sido objeto de interpretación en dos SSTS/IV 22-diciembre-2008 (rcud 3460/2006 y 856/2007) dictadas en Sala General-, no se ha articulado de una manera genérica que luego pueda ser objeto de concreción para cumplir con unos “objetivos coherentes con la política de empleo”.

Por el contrario, la normativa sobre jubilación parcial configura sus objetivos, en cuanto a creación de empleo se refieren, de una mera mucho más limitada, circunscribiéndolos, en principio, al ámbito de la concreta empresa en la que el trabajador jubilado parcial presta sus servicios e interrelacionando de forma directa el concreto contenido del contrato de éste y sus vicisitudes con las de la contratación del trabajador relevista; pretendiéndose que, como mínimo, el tiempo de trabajo que deja libre el jubilado parcial se cubra por el relevista para que no se pierda nivel de empleo en la concreta empresa, y estableciéndose en base a dicha interrelación los mecanismos de control de la regularidad de dichas figuras contractuales a los efectos laborales y de seguridad social.

3.- La singularidad del supuesto ahora enjuiciado consiste en que, por transmisión parcial de la concesión del servicio de transportes por parte de la empresa de transporte de viajeros demandada de una de sus diversas líneas de transporte, en concreto aquella en la que prestaba servicios el relevista, éste pasó a integrarse por subrogación en la nueva empresa a la que se cedió parte de la actividad empresarial, calificada de sucesión empresarial en la sentencia recurrida, manteniéndose en la plantilla de la empresa originaria el jubilado parcial y sin que por esta úl-

tima empresa se contratara a ningún otro posible trabajador relevista en sustitución del trabajador subrogado por la tercera empresa. Ante tal singular realidad, cabe interpretar que:

a) El originario trabajador relevista ha consolidado su empleo en la nueva empresa, por lo que efectivamente se ha generado empleo y el puesto de trabajo creado se mantenía en la fecha de los hechos enjuiciados.

b) Dado que la transmisión de las concesiones de transporte comporta la de los medios materiales adscritos a la misma y debe estarse a la normativa laboral de subrogación de las relaciones de los trabajadores de la anterior (arg. ex art. 75.4 Ley 16/1987 de 30-julio, de Ordenación de los Transportes terrestres, y art. 94.4 Real Decreto 1211/1990 de 28 -septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres), lo que no se cuestiona en este litigio, la nueva empresa se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones respecto al trabajador relevista subrogado tras la transmisión de la concreta concesión de línea de transporte por la empresa originaria, y la subrogación se produce en las mismas condiciones y presupuestos que el trabajador relevista tenía en este extremo contractual en la empresa originaria e incluso en las obligaciones de Seguridad Social del empresario anterior (arg. ex art. 44 ET redactado por Ley 12/2001 de 9-julio).

c) Si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas; y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria, lo que ahora no se resuelve.

d) Por último, no cabe entender que exista una conducta fraudulenta por parte de la empresa originaria que justifique la aplicación de la norma ex núm. 4 de la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1131/2002 que, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, “tiene un evidente contenido sancionador y antifraude”.

4.- La aplicación de la doctrina y razonamientos expuestos al supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, comporta entender que la doctrina jurídicamente correcta es la mantenida en la sentencia de contraste, por lo que procede casar y anular la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación desestimar el de igual clase interpuesto por el INSS y la TGSS y

confirmar la sentencia de instancia estimatoria de la demanda presentada por al empresa ahora recurrente, con devolución del depósito constituido para recurrir y sin imposición de costas (arts. 226.2 y 233.1 LPL).

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 entidad “Trap, S.A.”, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 29-diciembre-2008 (rollo 2893/2008), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, que revocaba la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid en fecha 29-febrero-2008 (autos 1111/2007), en procedimiento seguido a instancia de la sociedad ahora recurrente, contra el trabajador D. Isidoro, el INSS y la TGSS. Casamos y anulamos la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación desestimamos el de igual clase interpuesto por el INSS y la TGSS y confirmamos la sentencia de instancia estimatoria de la demanda presentada por al empresa ahora recurrente; con devolución del depósito constituido para recurrir y sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Guillón Rodríguez.- Mariano Sampederro Corral.- Milagros Calvo Ibarlucea.

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

2010/19308

TS Sala: 4ª, Sentencia 9 febrero 2010. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

### Fecha de efecto del reconocimiento del incremento de una IPT

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la entidad

gestora demandada contra sentencia que declaró el derecho de la pensionista accionante al incremento del 20% de la base reguladora de pensión de IPT desde que cumplió los 55 años de edad. Señala la Sala que aunque el incremento litigioso se abona en caso de la denominada IPT cualificada, no es propiamente una prestación independiente de la que corresponde por la incapacidad, sino un complemento de la misma, con requisitos específicos de acceso al mismo que aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación, lo que justifica un tratamiento similar al que el art. 43,1 LGSS establece para las prestaciones, de forma que debe ser aplicable la limitación que, en relación con su abono establece el precepto que se denuncia como infringido”. Este criterio ha sido reiterado por las sentencias de 9 de octubre de 2008 y 25 de junio de 2009.

Debe, por tanto, casarse la sentencia recurrida para resolver el debate planteado en suplicación desestimando el recurso de esta clase interpuesto por la actora y confirmando la sentencia de instancia. Todo ello sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación.

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 el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 19 de marzo de 2009, en el recurso de suplicación núm. 2075/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 30 de abril de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Málaga, en los autos núm. 739/07, seguidos a instancia de Dª Santiago contra dicho recurrente y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre reclamación. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), anulando sus pronunciamientos, y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la actora y confirmamos la sentencia de instancia. Sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se suscita en las presentes actuaciones consiste en determinar la fecha de efectos del incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total cuando éste se reconoce con posterioridad a la declaración de la incapacidad. A la actora le fue reconocida por sentencia una pensión de incapacidad permanente total con efectos desde el 22 de abril de 2004. El 8 de agosto de 2006 solicitó el incremento del 20% que se le concedió con efectos de 8 de junio de 2006, decisión contra la que reclamó la beneficiaria para que los efectos del incremento se aplicarían desde la fecha del cumplimiento de los 55 años, el 22 de enero de 2005. La sentencia recurrida ha accedido a esta solicitud y frente a la misma recurre el INSS, aportando como sentencia de contraste la de esta Sala de 12 de marzo de 2007, que en el caso de una pensionista de incapacidad permanente que solicitó el incremento el 15 de abril de 2003 limitó los efectos del reconocimiento a los tres meses anteriores a la solicitud, aunque los 55 años de edad se habían cumplido en julio de 1997.

SEGUNDO.- Existe la contradicción que se alega y el recurso, que denuncia la infracción del artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 6 del Decreto 1646/1972, debe ser estimado, como propone el Ministerio Fiscal por los mismos fundamentos de la sentencia de contraste, en la que se establece que “aunque la Sala ha sostenido que el 20% que se abona en caso de la denominada incapacidad permanente total cualificada no es propiamente una prestación independiente de la que corresponde por la incapacidad permanente total, sino un complemento de la misma (sentencias de 4 de marzo de 1993 y 21 de marzo de 1994), lo cierto es que, como señala la sentencia de 22 de noviembre de 1999, ese complemento “tiene una cierta autonomía”



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2833

Madrid, 19 de mayo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

## RESEÑA

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



2010/11627

TS Sala 4ª, Sentencia 20 enero 2010.  
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

### Excepción de cosa juzgada

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la entidad bancaria demandada contra sentencia que rechazó la excepción de cosa juzgada en autos sobre complemento de prejubilación. Considera el Tribunal que el objeto de los anteriores procesos fue el mismo, consistente en el complemento a pagar por la empresa por la prejubilación del actor y, más concretamente, si para el cálculo de ese complemento debían computarse, y de qué forma, las pagas extras de beneficios.

2010/19314

TS Sala 4ª, Sentencia 4 febrero 2010.  
Ponente: D. Joaquín Samper Juan

### Denegación de complemento por mínimos

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que reconoció el derecho de la trabajadora autónoma accionante al complemento por mínimos de su pensión de IPT. Señala la Sala que la actora no tiene derecho al complemento por mínimos, al no ser beneficiaria de una IPT cualificada, no siendo posible extender el beneficio cuestionado a supuestos no previstos en las normas que lo regulaban.

2010/16501

TS Sala 4ª, Sentencia 20 enero 2010.  
Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

### Desestimación de demanda de error judicial

Desestima el TS la demanda sobre solitud de declaración de error judicial interpuesta por las empresas pesqueras codemandadas contra sentencia que acogió la pretensión salarial de los trabajadores accionantes. Explica la Sala que el error judicial sólo se configura en el supuesto de que se advierta una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del Derecho fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance.



2010/11505

TS Sala 1ª, Sentencia 16 febrero 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Primacía de los derechos a la libertad de información y expresión atendiendo al contexto político

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió al demandado de haber vulnerado el derecho al honor del actor, considerando que las expresiones publicadas hay que encuadrarlas dentro del contexto político en el que se producen por tratarse las partes de personajes dedicados a la vida política y sometidos a la crítica de sus actuaciones públicas, y aunque contengan dichas expresiones fuertes descalificaciones están amparadas en el derecho a la libertad de información y expresión del demandado.

2010/11507

TS Sala 1ª, Sentencia 17 febrero 2010.  
Ponente: D. José Ramón Ferrández Gabriel

### Responsabilidad de entidad cargadora en el transporte de mercancía

El TS declara no haber lugar al rec. de casación -en la que se pretendía por la aseguradora la devolución por la transportista de la cantidad abonada a su aseguradora-. Confirma la Sala la sentencia impugnada que declaró que el daño en la máquina no se había producido en la fase estrictamente marítima del transporte, sino por haber caído dicha máquina del camión que la transportaba en el traslado intraportuario de la misma a otro buque en un puerto inglés, y que dicho daño era imputable a la demandada por haber ejecutado deficientemente las prestaciones que, al margen de las propias de su condición de consignataria de la naviera en el puerto español, había asumido frente a la cargadora, como era la de preparar los mecanismos de sujeción de la máquina en el punto de origen para un transporte seguro y la de realizar su manipulación portuaria en el puerto intermedio.



2009/299985

TS Sala 2ª, Sentencia 21 diciembre 2009.  
Ponente: D. Joaquín Delgado García

### Autor y cómplice en delito contra la salud pública

Se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia absolutoria dictada en proceso seguido por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que condena a los acusados como autor y cómplice del referido delito, ya que ha de tenerse en cuenta la cantidad total imputable al acusado; en este caso, han de sumarse las tres aprehensiones con las debidas correcciones para determinar su pureza, que nos ofrece el resultado referido que excede con mucho de la "dosis mínima psicoactiva", que es la cantidad adoptada por esta Sala, de acuerdo con los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Toxicología.

2009/307277

TS Sala 2ª, Sentencia 12 noviembre 2009.  
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

### Delito de violación de secretos en grado de tentativa

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delito de violación de secretos. El TS dicta segunda sentencia por la que establece que el delito se ha cometido en grado de tentativa que se produce en los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico. Esto es lo que sucede en el caso actual, en el que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción inserta en la órbita del tipo y utilizando un medio generalmente idóneo, aún cuando no lo haya sido en el caso concreto.



2010/11572

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 16 febrero 2010.  
Ponente: D. Antonio Martí García

### Lesión de la autonomía universitaria

El TS no ha lugar al recurso de casación planteado contra la sentencia que declaró la nulidad de diversos preceptos de la Orden 4789/2004, del Consejero de Educación de la Comunidad de Madrid, por la que se establece el procedimiento y requisitos para realizar los libramientos correspondientes a las transferencias nominativas para gastos de inversión de las Universidades Públicas Madrileñas. La Sala considera que la Orden impugnada diseña "ex novo" un modelo o sistema que contradice y se opone no sólo al programa de actuación para el período 2003/2006 en materia de inversiones de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid en el que se concretan los proyectos de inversión propuestos para la Universidades, para su realización en el período indicado, las previsiones de financiación anuales y la forma de efectuar los libramientos en el ejercicio de 2003, sino que también lesiona la autonomía universitaria, garantizada constitucionalmente como derecho fundamental, e infringe, por tanto, los arts. 79 y 81 LO 6/2001.

2010/16478

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 4 febrero 2010.  
Ponente: D. Juan José González Rivas

### Derecho a percibir el complemento de productividad

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la TGSS contra los Autos que reconocieron la extensión de efectos de la sentencia, en cuanto reconocieron el derecho del solicitante a percibir el complemento de productividad, clave 1.3, desde el 18 mayo 2001, y en su lugar, procede reconocer su derecho a percibir el complemento de productividad, clave 1.3, desde el 18 mayo 2002, declarando prescritas las cantida-