



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 2883

Madrid, martes 19 de octubre de 2010



TS PENAL

2010/122298

TS Sala 2ª, Sentencia 20 abril 2010. Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

El casco de motorista sirvió para la identificación del acusado Inaplicación de agravante de disfraz en condena por delito de asesinato

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de asesinato en grado de tentativa y falta de maltrato. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la agravante genérica de disfraz, ya que la sentencia centra tal agravación en que el acusado llevaba puesto el casco de motorista, con el cual se impedía la identificación. Así se podría afirmar con carácter general y genérico; pero, en el presente y específico caso, las características del casco lejos de estar llamadas a desvirtuar la identidad del acusado, contribuyeron a determinar quién era el interviniente, habida cuenta la pintura amarilla y la leyenda "chupa-chups".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tratando de adaptar los contenidos del escrito de recurso a las estructuras exigidas por los artículos 849 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), y, al mismo tiempo, de dar cumplida respuesta a la voluntad impugnativa, se hace necesario examinar en primer lugar lo relativo a los quebrantamientos de forma que se denuncian invocando los números 3º y 4º del art. 850 de la LECr. y también el número 1 del art. 851.

2.- La denuncia concerniente a los números 3 y 4 del art. 850 se delimita en que el Presidente del Tribunal impidió las respuestas a alguna pregunta formulada por la defensa del acusado y que fue declarada impertinente. Lo que consta en la documentación del juicio es que el Presidente, cuando declaraba como testigo el Mosso núm.001, reputó impertinente que la defensa inquiriera qué pensaban los Mossos preguntar a Isidora cuando le citaban a Comisaría. Ahora bien, el art. 850 exige, para que pueda apreciarse el vicio denuncia-

do, que la pregunta sea de manifiesta influencia en la causa (número 3) o tenga verdadera importancia para el resultado del juicio (número 4). Y tales influencias no aparecen determinadas.

3.- En el mismo motivo de quebrantamiento de forma, ahora con cita del art. 851.1, se hace referencia al empleo, como hechos probados, de conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo; lo que el recurso especifica en la frase con intención de acabar con la vida de Segismundo, el acusado le golpeó dos veces en la cabeza. Hemos de hacer notar, por un lado, que los hechos síquicos o internos, cual es la intención del acusado, pertenecen al campo fáctico, donde en principio pueden figurar, como los hechos corporales.

Por otro lado, dentro del subsistema procesal-penal de España, los artículos 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 142 LECr imponen, en las estructuras de las sentencias de instancia, un capítulo dedicado a la exposición de hechos

probados, hechos que permitan, en otro capítulo, la calificación jurídica que, a su vez, conduzca al fallo. En consecuencia, que el "factum" determine, tras la separada calificación jurídica que lo siga, el sentido de la parte dispositiva que satisfaga la pretensión punitiva, estimándola o desestimándola, no es un vicio sino una necesidad de la estructura de las sentencias. Lo que el art. 851.1º, inciso último, trata de evitar es que, confundiendo hechos y calificación jurídica que le siga, se reemplace la descripción de aquellos por tan sólo la calificación. Y el vicio achacado no se ha producido, pues la frase que se cita responde al más común de los lenguajes, no específicamente jurídico en sí. Véanse las sentencias de 19/5/2004 y 12/7/2004, TS. 4. Una parte del motivo primero atañe, bajo la invocación del art. 849.2º LECr, a la existencia de error en la apreciación de la prueba. Cita el recurrente, como elementos de contraste, cinco declaraciones testificales, la del acusado y un informe pericial.

Las declaraciones testificales no pueden servir a los efectos del número 2 del art. 849 y tampoco la del acusado, pues su plasmación por escrito responde a la función de constancia procesal; no tienen su origen externo al propio proceso. Véanse sentencias de 23/12/1992 y 24/1/1997, TS. Por lo que concierne a los informes periciales, la doctrina de esta Sala -sentencias de 9/3/2004 y 4/3/2004- equipara excepcionalmente las pericias a los documentos, dentro del art. 849.2, si existe un informe, o varios coincidentes, respecto a extremos fácticos que la sentencia contradiga o desconozca, con tal de que, para esa contradicción o ese desconocimiento, no haya causa explicada y justificada, como la existencia de otros elementos probatorios que enerven los resultados de aquel o aquellos informes. Aduce la defensa del recurrente que al folio 214 obra un informe forense sobre que las lesiones no son propiamente vitales, asimismo las complicaciones surgidas en forma de micosis a nivel de la boca y del... tampoco lo son.

Mas la misma médico forense, la Sra. Asunción, precisó en el juicio que respecto a cuando el juzgado le pidió informe sobre si las lesiones pudieron provocar la muerte de la víctima, dice que ella contestó lo

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Suspensión de emisión no adoptada en proceso declarativo correspondiente 3

TS

CIVIL

Prescripción de acción en reclamación de indemnización por secuelas en accidente de circulación 6

Aplicación del porcentaje de corrección por lucro cesante no compensado 7

PENAL

Inaplicación de agravante de disfraz en condena por delito de asesinato 1

ADMINISTRATIVO

Legalidad del RD 1370/2006 por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases efecto invernadero 2008-2012 9

SOCIAL

Prescripción del reintegro de prestaciones indebidas no afectada por caducidad de expediente administrativo 14

Beneficio de justicia gratuita reconocido a servicio autonómico de salud 15

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

mismo que ella ha contestado antes a SS^a; que depende de la zona el golpe; que a nivel del cerebro no tocara ningún vaso; que fue intervenido quirúrgicamente y si no la llegan a operar riesgo vital seguro que haya; que hay peligro de infección, lesión de duramadre; que si alguien se corta las venas, puede peligrar su vida evidentemente: que las lesiones de la víctima eran unas lesiones muy graves; que otra cosa es la inmediatez de la muerte, pero que son lesiones graves, está clarísimo; que la recuperación en 6 días es normal". No puede afirmarse que en la sentencia se contradijo dicho informe cuando expuso la lesión era vital en el sentido de que si la lesión no era tratada de inmediato podría provocar la muerte del herido y que, si no la llegan a operar, el riesgo vital era seguro.

5. El motivo primero se inicia con la referencia al número 1 del art. 849 LECr por haberse calificado los hechos como tentativa de asesinato, y viene a apoyarse en diversas vertientes: no consta que interviniera el acusado en el hecho, tampoco que existiera indefensión. Y todo ello enlaza con el motivo tercero, en el que por la vía del art. 852 LECr, se aduce la vulneración de los arts. 241. y 24.2 CE, respecto a la presunción de inocencia en relación con el principio "in dubio pro reo". El ámbito del control en la casación sobre la presunción de inocencia se extiende a: si ha existido prueba de cargo razonablemente suficiente, si esa prueba ha sido a través de medios obtenidos y aportados al proceso sin infracción constitucional u ordinaria, y si, en la ilación, que ha de exponer el Tribunal a quo, de las inferencias no se observa quebranto de pautas derivadas de la experiencia general, normas de la lógica o principios o reglas de otra ciencia. Véanse sentencias de 30.4.2002 y 3.11.2005 TS.

Y la Jurisprudencia admite la habilidad de las declaraciones de las víctimas para enervar la presunción de inocencia; aportando criterios para facilitar la evaluación por los jueces: ausencia de móviles espúreos, cuales enemistad, venganza, obtención de ventajas; prontitud y persistencia; coherencia y ausencia de contradicciones; elementos externos de corroboración. Véanse de sentencias de 28/2/2005 y 24/7/2000, TS.

6. Respecto a que fue Modesto quien intervino en el hecho parte la Audiencia de las declaraciones de Segismundo, persistentes desde la inicial, prestada el 19/5/2008 ante los Mossos D'Esquadra, pasando por

la dada, el 1/7/2008, en el Juzgado, estando presente el Sr. Letrado del denunciado, hasta la dada en el juicio oral. A ellas añade la Audiencia las declaraciones del acompañante de Segismundo, Jesús Miguel, acerca de que Segismundo exclamó desde el primer momento que el agresor era Modesto. Declaraciones de Jesús Miguel el 20/5/2008 ante los Mossos, el 11/7/2008, en el Juzgado, presente el Sr. Letrado del denunciado, y en el juicio oral. También agrega el Tribunal a quo la declaración de la testigo Loreto sobre que los chicos dijeron entonces que el agresor, a quien ella vio dar los golpes, era Modesto; y que dicho agresor salió corriendo, cogió una moto y llevaba un casco con parte amarilla.

Lo que manifestó en el juicio oral, como antes en el Juzgado, y primeramente delante de los Mossos. Efectivamente, según diligencia de los Mossos, ratificada en el Juicio, Modesto Tenía consigo al ser detenido, un casco con aquella característica, cuya fotografía obra en las actuaciones. Y hace referencia el Tribunal a quo, para descartarla, a la coartada del acusado sobre que, a la hora que se dice del hecho, estaba en el gimnasio.

De los testigos traídos al proceso en relación con ese extremo, Eugenio, trabajador del establecimiento, no pudo precisar inicialmente el día a que se refería; la novia del acusado y una amiga de ella declaran que se separaron de Modesto a la puerta del gimnasio, como un cuarto de hora antes de la nueve, para irse ellas a cenar; Hugo, director del gimnasio, manifiesta que Modesto estuvo en él sobre las diez menos diez pero que no puede saber a qué hora llegó, aunque le consta que estuvo antes entrenando; y sólo un quinto, Moisés, precisa que vio sobre las 9, en la Sala de pesas, al acusado, hasta las 22 horas. La conclusión de la Audiencia no puede ser tildada de irracionalidad. Respecto a que el acusado intervino en el hecho debe entenderse fundadamente enervada la presunción de inocencia.

7. Por lo que concierne al riesgo vital, ya hemos dilucidado en el apartado 4 que ha sido probada la existencia de tal riesgo.

El "animus necandi", como elemento interno, ha de ser inferido generalmente de otros externos, cuales la naturaleza del instrumento utilizado en la agresión, la zona anatómica afectada, la intensidad del ataque y el potencial resultado, sin perjuicio

de atender a otros factores como los antecedentes del hecho, incluidas las relaciones entre los intervinientes, las palabras y actitudes del sujeto activo, las circunstancias de lugar y tiempo, la insistencia en el ataque. Véanse sentencias de 24/4/2000 y 20/5/2005, TS. Reseña la Audiencia, como elementos relevantes, la zona del ataque, la cabeza, la utilización de un hacha o similar, aunque no muy grande, la violencia de los repetidos golpes, con fractura del cráneo, la huida sin prestar atención al atacado. Todo lo cual consta acreditado por el informe pericial más las declaraciones de los testigos. Así, la inferencia sobre el "animus necandi" se muestra con plena consistencia.

8. La sentencia, como elemento constitutivo del asesinato previsto en el art. 139.1 CP, viene a apreciar la circunstancia de alevosía, por la forma súbita de la agresión, para asegurarla sin el riesgo que pudiera proceder de la defensa por parte del sujeto pasivo. El recurrente niega que se haya enervado la presunción de inocencia respecto a la indefensión de Segismundo; pero consta por las declaraciones de quienes la presenciaron que el ataque tuvo lugar cuando esa persona se hallaba totalmente desprevenida, siendo llevado a cabo por la espalda cuando se encontraba sentado en un parque.

9. Queda explicada y justificada la enervación de la presunción de inocencia por lo que concierne al delito y a su autoría, sin que aparezca que en el Tribunal se diera cualquier duda atinente a tales facetas que haya resuelto en contra del reo; y, por consiguiente, no nos encontramos ante un caso de "in dubio pro reo" sentencias de 27/2/2004 y 19/7/2009 TS. Sin embargo, sí se plantea duda sobre la aplicación de la circunstancia agravante genérica de disfraz, 2ª del art. 22 CP. La sentencia centra tal agravación en que Modesto llevaba puesto el caso de motorista, con el cual se impedía la identificación. Así se podría afirmar con carácter general y genérico; véanse sentencias de 21/12/2001 y 10/9/1999, TS. Pero, en el presente y específico caso, las características del casco lejos de estar llamadas a desvirtuar la identidad del acusado contribuyeron a determinar quien era el interviniente: así la pintura amarilla y la leyenda chupa-chups.

10. No cabe estimar enervada la presunción de inocencia respecto al fundamento de la circunstancia agravante de disfraz. Sobre ese extremo, debe declararse haber lugar parcial-

mente al recurso, y, con arreglo a los arts. 901 y 902 LECr, casarse y anularse parcialmente la sentencia, para dictar otra más ajustada a Derecho, con declaración de oficio de las costas, en cuanto propias de la casación.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar en parte, por infracción constitucional, al recurso de casación que ha interpuesto Modesto contra la sentencia dictada, el 27/7/2009, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, en causa sobre tentativa de asesinato; la cual sentencia se casa y anula en parte, para ser sustituida por la que a continuación se dicta. Y se declaran de oficio las costas del recurso. Notifíquese la presente resolución, junto con la que a continuación se dicta, a la Audiencia Provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo, para su archivo en el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Siro Francisco García Pérez.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de abril de dos mil diez.

El Juzgado de Instrucción número 11 de los de Barcelona incoó el Sumario número 3/2008 por un delito de Asesinato en grado de tentativa y una falta de maltrato contra Modesto, con DNI núm.000, nacido el 7/4/1988 en Barcelona, hijo de Manuel y de Olga, y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, con fecha 27/7/2009, dictó Sentencia condenándole como criminalmente autor responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz, a la pena de once años y tres meses de prisión, y como criminalmente responsable en concepto de autor de una falta de maltrato a la pena de treinta días de multa, con una cuota diaria de tres euros y responsabilidad personal subsidiaria de quince días en caso de impago. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94
ISSN 1888-5020
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

sido casada y anulada parcialmente, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Se aceptan los de la sentencia de instancia; incluso la declaración de hechos probados, salvo que se suprima de ellos que la utilización del casco sirviera para ocultar la identidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se aceptan los de la sentencia de instancia, salvo que, por la razón expuesta en la sentencia previa de esta Sala, no cabe apreciar la circunstancia agravante genérica 2ª del art. 22 CP.

2. La pena de prisión de quince a veinte años ha de ser rebajada en un grado, atendido el art. 62 CP y la consideración de la Audiencia sobre que se trata de una tentativa acabada; sin que se encuentre razón para sobrepasar el límite mínimo legal resultante de siete años y seis meses.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Modesto, como penalmente responsable, en concepto de autor, de un delito de asesinato en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas, a la pena de siete años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 1000 metros a Segismundo, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar en que éste se encuentre, así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio por un período de tiempo superior en diez años al de duración de la pena de prisión impuesta. Y debemos condenar y condenamos al acusado Modesto como criminalmente responsable en concepto de autor de una falta de maltrato a la pena de treinta días de multa, con una cuota diaria de tres euros y responsabilidad personal subsidiaria de quince días en caso de impago, con la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 1000 metros a Jesús Miguel, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar en que éste se encuentre, así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio por un período de seis meses. Condenamos al acusado Modesto al pago de las costas procesales, incluidas las ocasionadas por la Acusación Particular y a que en concepto de responsabilidad civil abone a Segismundo la cantidad de 23.717,89 euros, más intereses legales. Conclúyase por el Instructor la pieza de responsabilidad civil.

Para el cumplimiento de la pena de prisión, le será abonado al acusado todo el tiempo de prisión provisional sufrido en la presente causa, si no le hubiera sido abonado en otra.

Se decreta el comiso del casco de motociclista intervenido al acusado.

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

Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro Siro.- Francisco García Pérez.

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



TC Sala 2ª, Sentencia 19 julio 2010. Ponente: Dª Elisa Pérez Vera

Derecho a la libertad de información

Suspensión de emisión no adoptada en proceso declarativo correspondiente

El TC estima los recursos de amparo interpuestos tanto por la cadena de televisión recurrente como por la empresa productora frente al auto que prohibió la difusión de una película. La Sala considera que tal suspensión fue acordada desconociendo el carácter provisional de toda medida cautelar y adoptada en un procedimiento de acogimiento de un menor -por la afectación que sobre él podía causar su emisión- ya concluido, sin depender de un juicio declarativo principal, en el que todas las partes pudieran ejercitar sus derechos de defensa, perdiendo así su carácter preventivo y su sentido de provisionalidad. Al no haber sido adoptada tal medida con las garantías y procedimientos previstos para asegurar la correcta protección de todos los derechos en juego, el Tribunal declara vulnerado el derecho fundamental de las recurrentes a la libertad de información.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las presentes demandas de amparo acumuladas tienen por objeto los Autos de fecha 14 de julio de 2005 de la Audiencia Provincial de Salamanca y de fecha 30 de diciembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca, dictados en procedimiento de medidas cautelares, por los que "se suspende de forma definitiva del programa televisivo -sin hogar- que fue programado en su día por la cadena Antena 3". Las entidades recurrentes en amparo, que son la empresa productora y la cadena responsable de la emisión de la película, denuncian que la decisión de impedir la difusión de la obra lesiona sus derechos a las libertades de expresión, creación artística e información (art. 20.1 CE). Alegan también diversas lesiones de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debido a la falta de cobertura legal de la medida cautelar, a que se ha adoptado sin seguir

el procedimiento establecido en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) y a que tiene carácter definitivo. Por último alegan también algunos vicios procesales causantes de indefensión. La representación procesal de la Junta de Castilla y León insta la inadmisión del recurso de amparo, por falta de agotamiento de la vía judicial y subsidiariamente su desestimación por entender que no se han lesionado los derechos fundamentales invocados. El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la denegación del amparo, al entender que los órganos judiciales han valorado y ponderado correctamente los derechos constitucionales en conflicto razonando adecuadamente que prevalecen los derechos a la intimidad y la propia imagen del menor (art. 18.1 CE) sobre el derecho a la libertad de información (art. 20.1 d) CE). Entiende también que no se ha producido indefensión material que provocara ninguna lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

SEGUNDO.- Examinaremos en primer lugar la eventual concurrencia de la causa de inadmisión del recurso invocada por la representación procesal de la Junta de Castilla y León, relativa a la falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal previsto en el art. 469.4 LEC. No representa impedimento para el análisis de tal objeción de procedibilidad el hecho de que la demanda de amparo fuese admitida a trámite en su día, ya que, según reiterada doctrina constitucional, los defectos insubsanables de que pueda estar afectada la demanda de amparo no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitida a trámite, pudiendo abordarse por este Tribunal, incluso de oficio, el examen de los presupuestos de viabilidad de la demanda en fase de Sentencia para llegar, en su caso, y si tales defectos son apreciados, a la declaración de inadmisión del recurso o del motivo del recurso afectado por ellos (por todas, SSTC 99/1993, de 22 de marzo, FJ único; 201/2000, de 24 de julio, FJ 2; 85/2004, de 10 de mayo, FJ 2 y 76/2009, de 23 de marzo, FJ 2). La causa de inadmisión que se aduce no puede prosperar. Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el requisito de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria que establece el art. 44.1 a) LOTC es una exigencia derivada de la subsidiariedad del recurso de amparo, pues, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.2 CE, la tutela general de los derechos y libertades corresponde, en primer lugar, a los órganos del Poder Judicial. Por ello, es preciso que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisiblemente (entre muchas otras, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 36/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 288/2005, de 7 de noviembre, FJ 1 y 144/2007, de 18 de junio, FJ 2).

Conforme al art. 469.4 LEC, el recurso extraordinario por infracción procesal resulta procedente cuando se invoque la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el apartado 1, regla 5 de la disposición final decimosexta de la Ley 1/2000, dicho recurso sólo cabe si la resolución fuera recurrible en casación (así, STC 114/2009, de 14 de mayo, FJ 3), lo que no sucede en esta ocasión en la que, a la vista de la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede entenderse que el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca se englobe en ninguno de los supuestos previstos en el art. 477 LEC.

TERCERO.- Desechado el óbice de procedibilidad, y antes de proce-

der al examen de las quejas formuladas, conviene precisar el objeto de nuestro enjuiciamiento. El núcleo de las alegaciones de los recurrentes en amparo relativas a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se basa en la falta de sustento legal para la adopción de la medida cautelar de prohibición definitiva de emitir la película y en no haberse adoptado, en todo caso, conforme a las normas procedimentales que regulan dichas medidas. De ese modo, lo que se viene a discutir son los requisitos legales y procedimentales que legitiman la restricción del ejercicio de los derechos del art. 20.1 CE, por lo que tales alegaciones han de entenderse subsumidas en la queja principal que formulan las demandantes de amparo, relativa a la vulneración de los derechos a las libertades de expresión, creación artística e información (art. 20.1 CE). En este punto el Fiscal ante el Tribunal Constitucional defiende en su escrito de alegaciones que debe entenderse que el derecho sustantivo invocado por las entidades mercantiles es, exclusivamente, el derecho a la libertad de información (art. 20.1 d) CE).

Resulta, no obstante, que del examen de las actuaciones se desprende que la obra cuya difusión se prohibió no era, tan sólo, un documento informativo. Conforme al Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca se trata de un "docudrama" en el que lo esencial de la historia se corresponde con hechos y situaciones reales, si bien se mezcla con situaciones y diálogos inventados. En este sentido, la película incluye una advertencia final conforme a la cual se trata de "una ficción inspirada en sucesos reales" y utiliza nombres ficticios para todos sus protagonistas, si bien los órganos judiciales entienden que pese a ello la notoriedad de los hechos a los que se alude y su fidelidad esencial a los mismos permite su reconocibilidad. Todo esto hace que en la cuestión aparezcan intensamente imbricados la libertad de información (art. 20.1 d) CE), que tiene por objeto la transmisión de hechos veraces y relevantes públicamente, con el derecho a la libertad de creación artística. Esta libertad, conforme a nuestra jurisprudencia, "no es sino una concreción del derecho -también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones" (STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5; 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5).

Sin embargo, su inclusión en la Constitución le otorga la consideración de derecho autónomo, con un ámbito propio de protección. Por lo que hace a la creación literaria, hemos señalado que "el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima

proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión" (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5).

Indudablemente, los hechos del caso sometido a nuestra consideración obligan a concluir que no se trata en esta ocasión de crear una obra por completo nueva, sino que los autores de la película y las entidades mercantiles recurrentes en amparo pretendieron realmente hacer llegar a los espectadores su versión e interpretación de unos hechos reales y recientes, utilizando la forma dramática y sus consecuentes licencias creativas para hacer más accesible y amena la información. Ha de entenderse por ello, que se centra básicamente en el ejercicio del derecho a la libertad de información garantizado en el art. 20.1 d) CE, si bien a la hora de valorar las posibles limitaciones del derecho derivadas de su necesaria articulación con otros valores constitucionales deberán ser tenidas en cuenta las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual.

CUARTO.- La demanda de amparo funda sus principales alegaciones en que las resoluciones judiciales, por la forma en que han sido adoptadas y con independencia de cuál fuera su motivación, resultan en sí mismas lesivas de las libertades de expresión e información. En concreto, cuestiona la idoneidad de una medida provisional restrictiva de los derechos fundamentales garantizados en el art. 20 CE, adoptada al hilo de un proceso declarativo de constitución de acogimiento de un menor, a la que, además, se da carácter indefinido. En congruencia con tales alegaciones, la cuestión a tratar en primer lugar no es la referida a la corrección de la ponderación efectuada por los órganos judiciales entre el derecho a la libertad de información (art. 20.1 d) CE) y el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) del menor protagonista de la película, sino la

legitimidad constitucional de la medida cautelar acordada, así como del carácter indefinido del que se ha dotado. Este Tribunal ha tenido ya ocasión de abordar el régimen de las medidas cautelares que pueden adoptar los órganos judiciales en el marco de litigios sobre las libertades de expresión e información, notablemente en la STC 187/1999, de 25 de octubre. En dicha decisión vinimos a reconocer en primer lugar la posibilidad constitucional de medidas judiciales por las que se prohíba la difusión de una obra o información, que no pueden ser incardinadas en el concepto de censura previa, vetada por el art. 20.2 CE. Efectivamente, conforme a la doctrina de este Tribunal, la censura implica el sometimiento de una publicación a un control público previo "cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el placer a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en el caso contrario" (STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 1), lo que no puede ser aplicado a la posibilidad de que los órganos judiciales, en el marco de un procedimiento legalmente establecido, adopten medidas restrictivas de las libertades de la comunicación.

En tal sentido, la propia Constitución en su art. 20.5 CE, contrario sensu, legitima el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de una resolución judicial. Hemos señalado al respecto que tal autorización se refiere tanto al secuestro entendido en sentido estricto en tanto que "puesta a disposición del órgano judicial que lo ha acordado del soporte material, sea éste un impreso, publicación, grabación o cualquier otro medio de difusión de mensajes", como también, para la debida protección de los derechos fundamentales y otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente protegidos, a "medidas de urgencia diferentes del secuestro que bien pudieran responder a una finalidad diversa, como sería la preservación de aquéllos frente al riesgo de sufrir daños inminentes e irreparables" (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6). No cabe duda, por tanto, de que la Constitución permite que se adopten medidas cautelares que impliquen la interdicción de difusión pública de una obra, destinadas a asegurar la eficacia de la protección judicial de los derechos fundamentales.

La intensa afección que estas medidas ejercen sobre los derechos a la libertad de expresión e información nos han llevado, sin embargo, a establecer una serie de cautelas referidas a los requisitos que ha de reunir en estos casos la decisión judicial. Así, "sin Ley que habilite para adoptar una tan severa medida, el Juez carece de cualquier potestad al respecto. En efecto, no cabe inducir de la letra del art. 20.5 C.E. un apoderamiento

genérico a los Jueces y Tribunales para acordar secuestros o medidas equivalentes, como la enjuiciada, limitando el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a informar y a ser informado sin que, por otra parte, su pleno sometimiento al imperio de la Ley les permita actuar extramuros de ella, praeter legem, siempre a instancia de parte y nunca por iniciativa propia, ex officio" (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

Resulta, pues, necesario que haya una ley habilitante y que la actuación judicial no se inicie de oficio. Más específicamente, hemos señalado también los términos en los que ha de llevarse a cabo el correspondiente procedimiento judicial. Así, "dichas medidas, sea el secuestro judicial de los soportes del mensaje o sean otras, por razones de urgencia, sólo podrán adoptarse en el curso de un proceso judicial en el que se pretendan hacer valer o defender, precisamente, los derechos y bienes jurídicos que sean límite de tales libertades, proceso que es el cauce formal inexcusable para la prestación de la tutela a la que está abocada la función jurisdiccional y donde ha de recaer la adecuada resolución judicial motivada, que deberá estribar la medida en la protección de tales derechos y bienes jurídicos, con severa observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad exigibles en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales (STC 62/1982, 13/1985, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999)" (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

QUINTO.- El primer reproche que se hace a la medida cautelar adoptada en este caso viene referido a la insuficiente habilitación legislativa. Junto a ello se aduce también que la manera en que se adoptó la medida no respetó las garantías formales previstas para ello en la Ley de enjuiciamiento civil. Conviene abordar ambos reproches por separado. Los Autos judiciales recurridos encuentran cobertura legal para la adopción de la medida en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección del menor. El primero de los mencionados preceptos dispone que "La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados." Al abordar la suficiencia de esta habilitación legal hemos de par-

tir de nuestra doctrina según la cual "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal". Una reserva de ley que "constituye, en definitiva el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas" y que "no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate", pero "que en todo caso el legislador ha de hacer el -máximo esfuerzo posible- para garantizar la seguridad jurídica o dicho de otro modo, -la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho- (STC 36/1991, FJ 5)" (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4).

Profundizando en esa exigencia, en la STC 169/2001, 16 de julio, FJ 6, sostuvimos, con abundante cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias en un derecho reconocido en el Convenio, que "la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad" (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10). Por lo que hace a las particularidades de las normas legales que autorizan la restricción judicial de las libertades de expresión e información, en la citada STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 8, hicimos nuestras las exigencias de precisión y previsibilidad exigidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, reconociendo que la Ley habilitadora ha de ser "previsible en las circunstancias de su aplicación y en las consecuencias que puede acarrear la misma, estableciendo una pauta de conducta de los órganos judiciales perfectamente controlable y previsible".

Sin embargo, al tratarse de medidas cautelares que prohíben la difusión de un documento, señalamos que la certeza y precisión exigibles al legislador en la determinación de la forma en la que tal medida deba decretarse son menores en razón de la urgencia y temporalidad con que se adopta. Ello es así porque "la necesaria provisionalidad de la medida, para no hacer de ella una suspensión individualizada de derechos fundamentales que por cierto, estaría vedada por el art. 55.2 C.E., que naturalmente debe poder revisarse en cualquier momento y levantarse en cuanto desaparezcan las causas que la hayan motivado; y la sumariidad del procedimiento en el que puede acordarse, hacen que los efectos de

tal medida de urgencia sobre el ejercicio de las libertades del art. 20.1 C.E. sean de menor intensidad que aquellas otras que pueden implicar una privación de derechos fundamentales de mayor severidad. Menor intensidad en la limitación temporal del ejercicio de un derecho fundamental que permite una menor taxatividad en la norma que regula la medida de urgencia que posee ese efecto limitativo".

Tal es, por otra parte, también el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la STEDH en el asunto Sociedad Plon contra Francia, de 18 mayo 2004, párrafo 30, reconoció la suficiencia como norma habilitadora del artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil francesa, conforme al cual, el Juez de los procedimientos de urgencia "podrá siempre, incluso en presencia de un litigio grave, prescribir... las medidas cautelares o de revisión que se impongan, bien para prevenir un daño inminente, bien para hacer cesar un desorden manifiestamente ilícito". De ese modo hay que concluir que el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, en lo que se refiere a las medidas cautelares adoptadas en el marco de un proceso civil, cumple con las exigencias de concreción y previsibilidad que permiten sustentar en el mismo la prohibición de difusión de una obra audiovisual en la medida en que se trate de una medida provisional y temporal, accesoria a un juicio declarativo sobre el fondo de la cuestión, y se acuerde con estricta observancia de las normas procesales que regulan su adopción.

SEXTO.- Es pues, en el examen de las circunstancias en las que se adoptó la medida cautelar de prohibición de difusión, donde ha de radicar en primer lugar nuestro juicio sobre su legitimidad constitucional desde la perspectiva del derecho a la libertad de información. Como hemos dicho, la Constitución establece una serie de garantías formales para los derechos de la comunicación recogidos en el art. 20.1 CE, entre las que destaca, por lo que aquí interesa, la de que cualquier restricción judicial a los mismos ha de ceñirse al ámbito definido por la Ley habilitante con estricta observancia, además, de las normas procesales que regulan su adopción. La vulneración grave y relevante de estas reglas de procedimiento dejarían a las resoluciones judiciales huérfanas del respaldo legal que legitima su intervención restrictiva sobre el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información, determinando su carácter contrario a la Constitución sin necesidad de examinar la proporcionalidad material de la medida. En el caso que nos ocupa, conviene destacar, ante todo, que la tramitación de la medida cautelar se realizó en relación con un proceso de acogimiento del menor que había concluido en su acogimiento residencial. Pues bien, el primer reproche que hacen los recurrentes a los dos Autos impugnados es que ambos acordaron expresamente la suspensión "definitiva" de la emisión de la película, desconociendo así el carácter provisional de toda medida cautelar. Junto a ello niegan la posibilidad misma de adoptar medidas cautelares al hilo de un procedimiento de acogimiento ya fenecido y denuncian la ilegitimidad de que el procedimiento se iniciara de oficio por el órgano judicial. Sobre esta última queja debemos limitarnos a señalar que conforme a los Autos impugnados la medida se adoptó a raíz de una petición expresa del Ministerio Fiscal y que tampoco los actores adujeron nada al respecto en sus alegaciones iniciales.

Este Tribunal debe, por tanto, partir de los hechos del proceso tal y como aparecen descritos en las resoluciones judiciales impugnadas y limitar nuestro enjuiciamiento a la observancia de los requisitos procesales aplicables a la hora de adoptar la medida restrictiva de la libertad de información. En ese sentido, resulta contrario a la habilitación legal, y consecuentemente a la Constitución, una medida cautelar que venga a impedir de manera definitiva o indefinida la difusión de una obra informativa sin el procedimiento declarativo específico correspondiente. Ante ello, el Ministerio Fiscal en sus alegaciones destaca que a pesar de la literalidad de los Autos judiciales la "suspensión definitiva de la emisión de la película" no supone una prohibición definitiva sino temporal, en la medida en que en el futuro podría contemplarse la idea de su emisión.

Efectivamente, la argumentación del Ministerio Fiscal encuentra acomodo en las previsiones del art. 743 LEC, conforme al cual, las medidas cautelares podrán ser modificadas cuando se den hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de su adopción. Congruentemente con tal argumentación del Fiscal y conforme a lo que las propias resoluciones impugnadas indican en su encabezamiento, es por tanto necesario encuadrar la prohibición que juzgamos entre las medidas cautelares de orden civil, cuyo régimen general aparece previsto en la Ley de enjuiciamiento civil.

Así lo hacen los Autos en cuestión, si bien los órganos judiciales invocan adicionalmente el carácter abierto de la legislación específica sobre protección civil de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, y protección a la infancia, obviando la esencia de las garantías procesales que rigen generalmente estas medidas provisionales. Así, la Audiencia Provincial de Salamanca considera que la importancia de los derechos a proteger puede servir para justificar la adopción de una medida de protección cautelar sin necesidad de que exista la cobertura de un proceso principal, y entiende también que la amplitud de los términos en los que la citada

Ley Orgánica 1/1982 habilita para la adopción de cualquier medida concedida a los órganos judiciales un margen de actuación más amplio, "superador en cierto modo de los estrictos requisitos ritualistas que podrían erigirse en formalismos enervantes de la protección merecida por derechos fundamentales".

Con todo ello se viene a justificar que la medida cautelar haya sido adoptada de manera tan atípica que no dependa de un juicio declarativo principal, perdiendo su carácter preventivo respecto al mismo y su sentido provisional. En efecto, la medida cautelar en cuestión se ha adoptado en relación con un proceso de constitución de acogimiento, en el que el Auto de 30 de septiembre de 2003 acordó el acogimiento residencial del menor, es decir, en un procedimiento en el que, por tanto, no cabía discutir ya sobre la afectación que la emisión de una película pudiera tener sobre la situación mental del menor. Con carácter general, la finalidad de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo (STC 159/2008, de 12 de diciembre, FJ 2).

Este carácter provisional, instrumental a un juicio declarativo sobre el fondo de la cuestión, resulta especialmente ineludible cuando se trata de la restricción de un derecho fundamental del art. 20.1 CE autorizado por una norma legal que resulta suficiente, precisamente, en razón de esa temporalidad. El régimen constitucional de las libertades de expresión e información establecido por los constitucionales frente a daños irreparables, evitando interferir en el proceso creativo de la obra que se quiera transmitir y de manera indudablemente provisional, en tanto se sustancia y resuelve un juicio declarativo sobre el fondo de la cuestión, basado en los principios de preferencia y sumariidad (art. 53.2 CE).

Por tanto, la posibilidad de contradicción procesal en el seno del trámite de medidas cautelares no resulta apto para convalidar el vicio consistente en que las partes no han podido acceder a un juicio declarativo en el que a título principal se debatiera sobre la posibilidad de la emisión del programa cuestionado; juicio que tendría que haberse celebrado ante la jurisdicción competente para ello y con audiencia de todas las partes implicadas, en el que pudieran alegar, con todas las garantías que estos procedimientos permiten, sobre la posible afectación de la salud del menor y la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad de información (art. 20.1 d) CE), tal y como se desprende necesariamente de la legislación procesal civil. En tal sentido hay que subrayar que de la legislación espe-

cial invocada se desprende que nada impedía que, ante el anuncio de la emisión de la película, el Ministerio Fiscal, caso de considerar que podía afectar al libre desarrollo de la personalidad del menor, hubiera iniciado, conforme al art. 249.1.2 LEC, ante el órgano judicial competente establecido en el art. 52.1.6 LEC, un procedimiento ordinario para la tutela de sus derechos fundamentales, al hilo del cual hubiera solicitado la adopción provisional de una medida cautelar de suspensión, que, esta vez sí, se habría adoptado con las garantías previstas en la normativa procesal.

Ha de concluirse, por tanto, que la medida de suspensión de la emisión, por más que posible conforme al citado art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, no se adoptó con las garantías y los procedimientos previstos por la ley habilitante para asegurar la correcta protección de todos los derechos en juego, por lo que resulta lesiva de la libertad de información.

FALLO

Estimar los recursos de amparo interpuestos por Antena 3 de Televisión, S.A. y Zeppelin Televisión, S.A.U. y en su virtud:

PRIMERO.- Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental de las recurrentes a la libertad de información (art. 20.1 d) CE).

SEGUNDO.- Restablecerlas en su derecho y, a tal fin, anular los Autos de 3 de noviembre de 2003 y de 30 de diciembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca y el Auto de 14 de julio de 2005 de la Audiencia Provincial de Salamanca. Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

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

de octubre de 2000 se constató que sólo quedaba pendiente la extracción del material de osteosíntesis colocado en la referida extremidad, lo que tuvo lugar el 15 de noviembre de 2001, siendo revisado el paciente por última vez el 22 de enero de 2002 y dado de alta el 5 de febrero de 2002.

2. La aseguradora demandada se defendió sosteniendo que la acción se encontraba prescrita, al tener que computarse el plazo anual desde la fecha en que las lesiones y secuelas se encontraban plenamente consolidadas, 24 de febrero de 2000, sin que entre esta fecha y la primera reclamación a la demandada, efectuada mediante fax el 14 de junio de 2002, mediara acto que interrumpiese válidamente la prescripción.

3. El Juzgado acoge la excepción de prescripción y desestima la demanda en su integridad. Sobre la base de que el día inicial del plazo de prescripción ha de coincidir con aquel en que las lesiones se estabilizaron, de la prueba extrae la conclusión de que este hecho se produjo el 19 de octubre de 2000, pues en la revisión médica se apreció que ya solo restaba la retirada del material de osteosíntesis.

4. La Audiencia Provincial de Bilbao desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor coincidiendo con el Juzgado en situar el inicio del cómputo del plazo de prescripción en el momento en que se produce la estabilización de las lesiones, si bien, de la prueba practicada y, en particular, del dictamen pericial aportado por la parte actora, concluye que este hecho tuvo lugar el 24 de febrero de 2000, cuando se declararon consolidadas las fracturas y se autorizó al paciente a llevar una vida normal, descartando así la posibilidad de retrasar el comienzo del plazo de prescripción hasta la intervención a la que hubo de someterse el actor para que se le retirase el material de osteosíntesis colocado en su fémur izquierdo, pues con anterioridad a esta operación el perjudicado ya podía conocer el verdadero alcance y contenido de las lesiones y secuelas derivadas del accidente.

5. Contra la anterior sentencia recurre en casación la parte actora-apelante, fundando el único motivo del recurso en la infracción de los artículos 1968.2.º CC y 1969 del CC y de la Jurisprudencia que los interpreta.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero.

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

« Al amparo del art. 477.1 LEC se denuncia la infracción de los artículos 1968.2.º CC y 1969 CC, así como la de la Jurisprudencia de esa Excm. Sala que los interpreta».

En síntesis, argumenta la parte recurrente que si el plazo de prescrip-

ción de un año para el ejercicio de acciones de responsabilidad aquiliana ha de computarse desde el momento en que el perjudicado tiene perfecto conocimiento del quebranto sufrido, no resulta acertada la decisión de la Audiencia Provincial de fijar su inicio en el 24 de febrero de 2000, pues, en contra de lo afirmado en la sentencia que se impugna, no es cierto que en ese momento las lesiones estuvieran estabilizadas, habida cuenta que con posterioridad a esa fecha fue necesario intervenirle para extraer el material de osteosíntesis previamente colocado en su fémur izquierdo, lo que obliga a posponer el comienzo del cómputo hasta que terminó esta intervención en la medida que tanto la colocación como la extracción del citado material forman parte del proceso curativo de las lesiones.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Día inicial del plazo de prescripción.

A) La jurisprudencia declara constantemente (STS de 27 de mayo de 2009, RC núm. 2933/2003) que la determinación del dies a quo (día inicial) para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación, salvo cuando se halla en juego la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables.

Esta Sala tiene declarado que la prescripción de la acción para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas (SSTS de 20 de mayo de 2009, 14 de julio de 2008 y 13 de julio de 2003). El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos indemnizables (SSTS, de Pleno, de 17 de abril de 2007, RC núm. 2908/2001 y de 17 de abril de 2007, RC núm. 2598/2002, así como SSTS de 7 de mayo de 2009, RC núm. 220/2005; 9 de julio de 2008, RC núm. 1927/2002; de 10 de julio 2008, RC núm. 1634/2002; de 10 de julio de 2008, RC núm. 2541/2003; de 23 de julio de 2008, RC núm. 1793/2004; de 18 de septiembre de 2008, RC núm. 838/2004 y de 30 de octubre de 2008, RC núm. 296/2004, las cuales, al referirse a la distinción entre sistema legal aplicable para la determinación del daño y cuantificación económica del mismo refrendan el criterio de que el daño queda concretado, como regla general, con el



2010/102569

TS Sala 1ª, Sentencia 26 mayo 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

A computar desde la consolidación de las lesiones

Prescripción de acción en reclamación de indemnización por secuelas en accidente de circulación

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que, al igual que la de primera instancia, acogió la excepción de prescripción por lo que desestimó la demanda por la que el actor solicitaba una indemnización por las lesiones sufridas en el accidente de circulación frente al conductor del vehículo causante de aquél, a su propietario, y a la entidad que aseguraba su responsabilidad civil. La Sala confirma que ha transcurrido el plazo de prescripción de un año, ya que el mismo se debe empezar a computar desde que las lesiones o secuelas se encuentran plenamente consolidadas, y en el propio informe médico que el actor acompañaba a la demanda se indicaba que éstas habían quedado estabilizadas hacía más de un año, quedando sólo pendiente la extracción del material de osteosíntesis colocado en el fémur que tuvo lugar en un momento posterior, pero que no se puede tener en cuenta a efectos del cómputo del plazo de prescripción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Como consecuencia de las lesiones sufridas en accidente de circulación ocurrido el día 15 de junio de 1999 el perjudicado demandó al conductor y al propietario del vehículo causante de aquél, y a la entidad que aseguraba su responsabilidad civil,

en reclamación de la correspondiente indemnización. La demanda fue presentada el día 10 de diciembre de 2002 y con ella se acompañaba informe médico de valoración del daño corporal en el que se indicaba que las lesiones en el fémur habían quedado estabilizadas el día 24 de febrero de 2000, momento en que el perjudicado recibió autorización médica para realizar una vida normal, y también, que en la revisión efectuada el día 19

alta médica, y que esto obliga a valorarlo con arreglo a las cuantías actualizadas vigentes para todo el año en que ésta se produjo).

B) En el caso de autos la sentencia recurrida hace coincidir el comienzo del plazo de prescripción con el momento de estabilización de las lesiones, puesto que no se da la situación fáctica que, de concurrir, y según la doctrina invocada por la parte recurrente, permitiría situar el día inicial del cómputo más allá de la fecha de sanidad (en concreto, en la fecha en que se le retiró el material de osteosíntesis).

El daño personal cuyo resarcimiento se pretende en la demanda, comprensivo del periodo de incapacidad y de las secuelas, quedó determinado en toda su extensión el 24 de febrero de 2000 (cuando, según el informe pericial de la parte actora, las fracturas derivadas del accidente estaban consolidadas y el paciente fue autorizado para realizar una vida normal) por ser entonces cuando se agotó el tratamiento médico prescrito en atención al tipo de lesiones sufridas, y quedaron concretadas las secuelas, inclusive la consistente en que el paciente fuera portador de material de osteosíntesis en el fémur izquierdo, la cual, al no ser susceptible de curación o mejora mediante tratamiento ulterior, permitía ya valorar en toda su dimensión con arreglo al sistema legal de valoración de los daños personales incluido en el Anexo de la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/95 de 8 de noviembre.

CUARTO.- Desestimación del recurso y costas

No estimándose fundado el recurso, procede su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente, por aplicación del artículo 398 LEC.

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

FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Arturo, contra la sentencia de 9 de mayo de 2005, dictada en grado de apelación por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, en el rollo número 498/04, dimanante del juicio ordinario número 1055/02, del Juzgado de Primera Instancia n.º1 de Barakaldo, cuyo fallo dice literalmente:

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Arturo contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Barakaldo en autos de procedimiento ordinario 1055/02 de fecha 22 de abril de 2004, debemos confirmar como confirmamos dicha resolución con imposición a la parte apelante de las costas de 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 de este recurso 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 Rios. Roman Garcia Varela. Francisco Marin Castan. José Antonio Seijas Quintana. Encarnacion Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.

2010/113275

TS Sala 1ª. Sentencia 31 mayo 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

En indemnización por accidente de circulación con incapacidad permanente absoluta

Aplicación del porcentaje de corrección por lucro cesante no compensado

El TS estima en parte el rec. de casación anulando la sentencia impugnada en el único sentido de incrementar en la cantidad fijada la indemnización a favor de los actores -a consecuencia del accidente de circulación sufrido por el hijo que le ocasionaron lesiones y secuelas que le han comportado un grado de minusvalía del 65% calificada de incapacidad permanente absoluta y que le inhabilitan para la realización de cualquier ocupación o actividad-. Entiende la Sala que concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de un porcentaje de corrección por el concepto de lucro cesante no compensado, por lo que debe aplicarse un porcentaje de incremento de un cincuenta por ciento sobre el importe de la indemnización básica concedida por las lesiones permanentes, siendo dicha cantidad resultante compatible con la concedida por factor de corrección por perjuicios económicos, confirmando la sentencia en los restantes pronunciamientos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como consecuencia de un accidente de circulación ocu-

rrido el día 16 de marzo de 1999, D. Serafin sufrió lesiones y secuelas que le han comportado un grado de minusvalía del 65% calificada de incapacidad permanente absoluta que le inhabilitan para la realización de cualquier ocupación o actividad.

Dª Flor y D. Marino, actuando en nombre propio y en el de su hijo, D. Serafin, formulan recurso de casación disconformes con la indemnización concedida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los cuatro primeros motivos del recurso de dirigen a combatir alguna de las partidas indemnizatorias, todos ellos al amparo de la misma normativa: artículo 1, apartados 1º y 2º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, Decreto 632/1968, de 21 de marzo, con las modificaciones introducidas por la Ley 30/1885, de 8 de noviembre, artículo 1902 del Código Civil y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000.

El primero plantea la procedencia de la indemnización por lucro cesante de la madre del lesionado por tener que abandonar su trabajo para atender al cuidado de su hijo, mediante una excedencia laboral temporal que le supuso la pérdida de su categoría profesional en el momento de su reincorporación; indemnización que fue concedida en la primera instancia y negada en la segunda por entender la Audiencia que dentro de las indemnizaciones concedidas al lesionado se incluye el lucro cesante del perjudicado y su madre.

Se desestima.

El artículo 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, según la redacción dada por Ley 30/1995, establece que los daños y perjuicios causados a las personas comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que haya dejado de obtener se cuantificaran en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo de la Ley. Ello supone que el sistema de responsabilidad civil por daños causados en la circulación de vehículos a motor establece la indemnización de los daños personales conforme a un reglas tasadas de daños, cuya validez constitucional como norma reguladora de resarcimiento de daños causados en accidentes de tráfico fue aceptada en la STC 181/2000, de 29 junio, con excepción de la tabla V del Anexo de la LRCSVM, referida al factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias y no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente con el alcance de admitir en el supuesto de concurrencia de culpa relevante por parte del agente la facultad de probar perjuicios económicos superiores a los considerados en las tablas.

En lo que aquí interesa, nada tiene que ver esta sentencia ni este sistema con la pretensión de que una persona ajena al lesionado por accidente de circulación tenga legitimación para instar y obtener la indemnización a que se considera acreedora en su condición de perjudicada al margen de su hijo por la atención que debió procurarle. El sistema no contempla como perjudicados a personas cercanas a la víctima del accidente de circulación, como ha señalado la sentencia de esta Sala de 20 de abril de 2004, citando la del Tribunal Constitucional de 15/2004 de 23 de febrero de 2004, en atención a lo dispuesto en el punto 4 del Anexo, fuera del supuesto de fallecimiento de la víctima, en el que si puede ser considerada perjudicada lo que no sucede en este caso.

SEGUNDO.- La respuesta al segundo motivo es la misma desestimatoria que la del primero. Se reclaman los perjuicios morales sufridos por los padres de D. Serafin que tampoco tienen encaje en el sistema legal de baremación vinculante y de obligado cumplimiento, en el que se configura como un simple factor de corrección para los grandes inválidos; situación que no ha sido reconocida al demandante.

La Tabla IV regula los factores de corrección aplicables a las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes y contempla como tal factor corrector el perjuicio moral de familiar tan sólo en relación con grandes inválidos, esto es, de aquellas personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas, situación que no se da en este caso en el que el que la víctima del accidente sufrió a resultas del mismo secuelas determinantes de una incapacidad permanente absoluta. Tampoco en el caso del propio perjudicado, que se establece, también como factor de corrección, sobre la base de que una sola secuela esté valorada en 75 puntos o los concurrentes superasen los noventa, y ninguna de estas dos circunstancias se dan.

TERCERO.- En el tercer motivo se insiste por la parte recurrente en la procedencia de la indemnización que, en cuantía de 467.189,95 euros (punto 2.3 del informe del actuario), fue solicitada en ambas instancias en concepto de lucro cesante del perjudicado por pérdida de ingresos laborales hasta los 65 años, con el argumento de que la decisión denegatoria de la Audiencia Provincial, fundada en el carácter vinculante del baremo y, por ende, en la inclusión de dicho concepto indemnizatorio en las cantidades concedidas con arreglo a baremo por otros conceptos, conculca lo dispuesto en los artículos, 1, apartados 1º y 2º de la LRCSVM, según redacción dada por la Ley 30/95 de 8 de noviembre, y 1902 CC, y va

contra el criterio establecido en la Jurisprudencia constitucional plasmada en la sentencia que cita (STC de 29 de junio de 2000), sobre la necesidad de restituir en su integridad el quebranto ocasionado por el accidente.

El motivo tiene un tratamiento jurídico diferenciado de los dos anteriores y como tal debe ser estimado con las consecuencias que más adelante se dirán:

A) Indemnización del lucro cesante por pérdida de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente con arreglo a la doctrina de esta Sala Primera en sentencia de 25 de marzo de 2003: compensación proporcional mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores a que alude el último inciso de la Tabla IV en relación con el número 7 del apartado primero del Anexo incluido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

La decisión de la Audiencia Provincial de rechazar que el lucro cesante pueda ser objeto de indemnización independiente de aquella que, con arreglo a baremo, se concede al perjudicado por los demás conceptos indemnizatorios previstos legalmente con relación a los daños que fueron declarados probados (incapacidad temporal y secuelas), coincide con lo que ha sido la postura tradicional dentro de la jurisprudencia menor, que ha venido interpretando el artículo 1.2 de la LRCSCVM en el sentido de que, por tener el baremo carácter vinculante, la cuantificación de todos los daños personales ocasionados a la víctima, incluyendo la pérdida sufrida (daño emergente), la ganancia dejada de percibir (lucro cesante) y el daño moral, debía hacerse con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la citada Ley.

Sin embargo, el Pleno de esta Sala, en sentencia de 25 de marzo de 2010, aborda el tema de la posible compensación del lucro cesante sentando una doctrina que no se compadece con la que se plasma en la resolución impugnada, en la medida que posibilita que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente, aunque no sea susceptible con arreglo al baremo de ser resarcido íntegramente, sí pueda, al menos, ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente previstos en la Tabla IV, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

Se dijo, y se reitera, que el régimen legal de responsabilidad civil

por daños causados en la circulación distingue entre la determinación del daño y su cuantificación, lo que no es obstáculo para que rijan respecto de ambas situaciones el principio de reparación íntegra del daño causado, de tal manera que, en lo que se refiere a su cuantificación, no basta estar, como entiende la Audiencia, al tenor literal del artículo 1.2 LRCSCVM (criterio seguido por la sentencia recurrida) sino que la comprensión del sistema exige además valorar que el número 7 del apartado primero del Anexo enumera las circunstancias que se deben tomar en consideración, como factores de corrección de la indemnización básica, para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios ocasionados, lucro cesante incluido, criterios circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño que no son en sí mismos suficientes para admitir que puedan resarcirse los daños más allá de los límites expresamente previstos en ellas, pero que sí gozan del valor de reglas de principio interpretativas y de cobertura de las lagunas existentes en las Tablas.

Partiendo entonces de que el principio de reparación íntegra del daño conlleva también la reparación del lucro cesante, la cuestión, en relación con el resarcimiento del quebranto que supone para la víctima la imposibilidad de volver a trabajar para cualquier profesión cualificada a resultas de haber sufrido lesiones permanentes, es si el derecho del perjudicado se satisface con los incrementos sobre la indemnización básica a percibir por tal concepto que resultan de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente para la ocupación o actividad habitual, previstos en la Tabla IV del baremo (apartados primero y tercero, respectivamente), o si, por el contrario, cabe una compensación mayor de esa ganancia dejada de percibir -aunque no sea de forma íntegra sí, al menos, de manera proporcional-, rebasando los límites que representan dichos factores.

La sentencia se pronuncia favorablemente a ésta última posibilidad tras analizar la función de los diferentes factores de corrección de la indemnización básica por lesiones permanentes de la Tabla IV pues el contemplado por perjuicios económicos, aunque ciertamente está ordenado a la reparación del lucro cesante - porque se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos - presenta una singularidad (aplicación de porcentajes de corrección sobre una cantidad cierta, la indemnización básica, pero ajena al concepto de lucro cesante) que, aunque facilita la prueba del lucro (se

basa en la presunción, no exige que se pruebe la pérdida de ingresos sino solo la capacidad de ingresos de la víctima), posibilita que las cantidades resultantes no resulten proporcionales, dando lugar a notables insuficiencias que deben ser corregidas, mientras que el factor de corrección por incapacidad permanente también resulta insuficiente dado que su objeto principal es reparar el daño moral ligado a los impedimentos derivados de cualesquiera ocupaciones o actividades habituales, sin que en él se comprenda la reparación del perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral.

Es por ello que, aún cuando no está justificado obviar el carácter vinculante y la propia constitucionalidad del sistema -en todo lo no comprendido en el apartado B) de la Tabla V del Anexo-, la evidente antinomia que existe entre el principio de resarcimiento íntegro de todos los daños causados a las personas en accidente de circulación y la cuantificación de la indemnización del lucro cesante por disminución de ingresos que resulta de la aplicación de los mencionados factores de corrección, justifica el acudir, a la hora de compensar más adecuadamente el citado lucro cesante, a los "elementos correctores" del apartado primero del número 7 del Anexo, que han de ser entendidos en sentido amplio a fin de comprender también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las personales y económicas de la víctima.

En todo caso, la aplicación del factor corrector de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero 7, exige lo siguiente, conforme a la sentencia citada:

1) Que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.

2) Que este no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos, ya que la falta de vertebración de la indemnización por este concepto de que adolece la LRCSCVM no impide que este se tenga en cuenta.

3) Que la determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo ad-

misible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos.

4) Que la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.

5) Que el porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

6) Que el porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV.

B) Esta doctrina es de aplicación al caso examinado, en el que concurren los mencionados presupuestos para la aplicación de un porcentaje de corrección al amparo de la Tabla IV por el concepto de lucro cesante no compensado.

En efecto, el informe actuarial que el actor adjunta como documento 30 de la demanda acredita la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos (10%) de aplicación sobre la indemnización básica por lesiones permanentes, y el lucro cesante realmente padecido, que el informe cifra globalmente en la suma de 610.519,93 euros. Por otra parte, teniendo en cuenta que la indemnización básica por lesiones permanentes o secuelas se fija en 133.238,60 euros, y que la suma concedida en concepto de factor corrector por perjuicios económicos es el 10% de la citada cantidad, esto es, 13.323,86 euros, esta cifra solo compensaría algo más del 2% del total del lucro cesante acreditado. Con relación a la compensación de dicho lucro a través de otros factores, especialmente por el factor de corrección por la incapacidad permanente absoluta, la respuesta ha de ser negativa, pues la sentencia recurrida fija en 89.669,59 euros la cantidad a satisfacer por dicho concepto, de manera que impu-

tando el 50% de dicha cantidad al lucro cesante y le resto al resarcimiento del daño no patrimonial, la proporción en que resultaría resarcido el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima no alcanzaría el 8%.

Teniendo en cuenta estas proporciones y la suma concedida como indemnización básica por secuelas, debe aplicarse ponderadamente como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje de incremento de un 50%, sobre la indemnización básica por lesiones permanentes (no es aplicable respecto a la concedida por incapacidad temporal), lo que arroja la cantidad de 66.619,30 euros, siendo dicha suma resultante compatible con la concedida por factor de corrección por perjuicios económicos.

CUARTO.- El cuarto motivo plantea la procedencia de la indemnización por ayuda de tercera persona a tiempo parcial. Se desestima. Tal indemnización está reservada para Grandes Inválidos situación que, afortunadamente, no se produce en este caso en el que el perjudicado presenta una disminución por el conjunto de sus lesiones del 65%.

QUINTO.- El motivo sexto se refiere a los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y se argumenta en contra de la jurisprudencia de esta Sala, expresada en la sentencia de Pleno de 1 de marzo de 2007 la cual, en relación al devengo y cuantía de los intereses moratorios previstos en el art. 20 LCS fija la doctrina favorable a la aplicación de tramos y tipos diferenciados, señalando que “durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un cincuenta por ciento. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el veinte por ciento, con un tipo mínimo del veinte por ciento, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento”.

SEXTO.- Al estimarse en parte el recurso, no se hace especial declaración en cuanto a las costas del recurso, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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

FALLO

Estimar en parte el recurso casación formulado por el Procurador D. Isidro Marín Navarro, en la representación que acredita, contra la sentencia dictada por la Audiencia Pro-

vincial de Barcelona (Sección Cuarta), de fecha 25 de febrero de 2005, la que casamos en el único sentido de incrementar en 66.619,30 euros la indemnización a favor de los actores. Se mantiene en todo lo demás; sin hacer expresa imposición de las costas del recurso.

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

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

LATIVA 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. Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos Firmado y Rubricado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana. Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

nes emitidos al respecto tanto por el Consejo de Estado como por la Unión Europea.

Pone de manifiesto la entidad recurrente como en la Exposición de Motivos del primero de los Reales Decretos impugnados, para proceder a la distribución de los derechos de emisión entre los diversos sectores se ha tenido en cuenta tanto la “capacidad tecnológica y el potencial de reducción de cada sector”, y, de otra parte, “el distinto grado de su exposición a la competencia internacional”. Y partiendo de ello considera una gran discriminación la asignación a los sectores industriales de 76,64 millones de derecho de emisión en comparación con los sectores de generación eléctrica, a los que solo se les conceden 54,053 millones de derecho de emisión en función, según se expresa, de “la mejor tecnología disponible de cada tecnología de generación corregida con un factor de ajuste que en realidad no se explica”.

(Por “derecho de emisión” debe entenderse “el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado”, según señala el artículo 3 de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, a la que enseguida aludiremos; debiendo, a su vez, considerarse como “tonelada equivalente de dióxido de carbono”, en concreto, “una tonelada métrica de dióxido de carbono (CO₂) o una cantidad de cualquier otro gas de efecto invernadero contemplado en el anexo II con un potencial equivalente de calentamiento del planeta”). Se justifica que en el sector eléctrico se lleva a cabo dicha disminución de derechos de emisión por cuanto -según se expresa en el núm. 2 del Plan Cuadro Resumen- “se ha mantenido el criterio de trasladar los esfuerzos adicionales de reducción al sector menos expuesto al comercio internacional y con mayor capacidad de internalizar los costes”. En el apartado 4.A.a) del Plan se insiste en que “se ha mantenido el criterio ya empleado en el PNA 2005-2007 de trasladar los esfuerzos adicionales de reducción al sector menos expuesto al comercio internacional y con mayor capacidad para internalizar los costes, esto es el sector de generación de electricidad de servicio público”.

Tras exponer el contenido del Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración del primer Real Decreto impugnado, en el que se expresa que “mas allá del reparto de esfuerzos entre el sector eléctrico y los restantes, se echa en falta en el Plan una exposición general y sintética de los mismos que, al margen de la referencia que habría de incorporarse al apartado segundo (Resumen), debería explicarse en el primer epígrafe del apartado 4. No se le oculta al Consejo de Estado que estos criterios no son idénticos en todos los casos, pero sí que resultaría posible una re-

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/113385

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 10 marzo 2010. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Legalidad del RD 1370/2006 por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases efecto invernadero 2008-2012

El TS desestima el rec. contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 1370/2006 de 24 noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases efecto invernadero 2008-2012, así como contra los RD 1030/2007, de 20 julio y 1402/2007 de 29 octubre, por los que fue modificado el primero, al no apreciarse discriminación alguna en las tres normas impugnadas, como consecuencia de diferente régimen de asignaciones que en el Plan se contiene para el sector eléctrico, de una parte, y el industrial, por otro, ya que la diferencia de trato está justificada en la norma impugnada, al fundamentar tal decisión de menor asignación de derechos frente al sector industrial en la menor exposición del sector energético a la competencia internacional, frente al sector industrial, en la mayor capacidad de dicho sector energético para internalizar los costes, como consecuencia de la menor asignación, al poder trasladarlos al consumidor, y en la mayor capacidad tecnológica de sector energético para hacer frente a las medidas de reducción de emisiones. Tampoco hay una discriminación injustificada a favor de las instalaciones de cogeneración frente al resto de instalaciones de producción de electricidad, ni tampoco entre las instalaciones mixtas asociadas a centrales térmicas de ciclo combinado que funcionan como cogeneradoras y, por otra parte, el resto de los cogeneradores, considerándose justificado el incremento del factor de emisión que se aplica a las centrales térmicas de ciclo combinado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se cuestiona, en concreto, en el presente recurso contencioso-administrativo la legalidad de los mencionados Reales Decretos:

a) Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases efecto invernadero 2008-2012.

b) Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio, por el que fue modificado el

anterior Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre.

c) Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre, por el que, igualmente, fue modificado el anterior Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre. En síntesis, la impugnación de la entidad recurrente se dirige, según se expresa, contra las discriminaciones que sufre el sector de producción de energía eléctrica, en diversos aspectos, tal y como han puesto de manifiesto diversas empresas eléctricas perjudicadas, así como los dictáme-

ferencia, todo lo sintética y general que se quiera, a ellos. De esta manera, el Plan ganaría en transparencia y claridad...”.

En su Dictamen, el Consejo de Estado toma en consideración lo puesto de manifiesto en la Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007 que, según se expresa, ha requerido una mayor explicación o subsanación y a la que no se ha dado adecuada respuesta y cumplimiento. La asignación expresada al sector eléctrico, para en el segundo de los Reales Decretos impugnados fue elevada a 54,420 Mt CO₂/año, para el período 2008/2012, insistiéndose, igualmente, en el artículo Único.1. b) en la limitación del volumen total de derechos de emisión, en la voluntad de realizar las asignaciones que minimicen la posibilidad de incidir negativamente en la competitividad y en el empleo, motivo por el cual “se ha mantenido el criterio de trasladar los esfuerzos adicionales de reducción al sector menos expuesto al comercio internacional y con mayor capacidad para internalizar costes”. En los antecedentes de la demanda, sin embargo, no se hace referencia alguna al contenido del tercero de los Reales Decretos, como no fuera la relativa a la ausencia de Dictamen previo del Consejo de Estado.

Por lo que hace referencia a las fundamentaciones jurídicas que se efectúan en relación con cada uno de los Reales Decretos impugnados, se expone por la entidad recurrente:

I.- Tras tal exposición fáctica general, la recurrente plantea, en relación con el primero de los Reales Decretos impugnados (1370/2006, de 24 de noviembre), los concretos motivos jurídicos de impugnación del citado Real Decreto, situándose los mismos, en síntesis, en la vulneración del principio de igualdad, debido a la discriminación injustificada que se produce en la asignación de derechos de emisión, tanto entre sectores como entre instalaciones, citándose, en concreto, el Anexo III, numeral 5, del Directiva 2003/1987/CE, el artículo 17 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, así como concreta jurisprudencia de la Sala. De forma más específica, se exponen hasta cinco discriminaciones concretas:

A) La discriminación que se contiene entre el sector eléctrico y el sector industrial, admitida y aceptada por el legislador, pero que la recurrente considera absolutamente injustificada, al no considerar ciertos los dos argumentos que para tal pretendida justificación utiliza: En relación con la capacidad de internalizar los costes por parte del sector eléctrico, que se considera como única, la recurrente expone que la reducción, en relación con el Plan de Asignaciones de 2005/2007, ha sido de 16%, habiendo recaído toda en el sector eléctrico, por lo que no resulta equitativa en relación con los sectores industriales; la recurrente recha-

za, sin embargo, las razones para sostener tal discriminación: el tratarse de un sector de mayor potencial de reducción, el estar menos expuesto al comercio internacional, y el contar con mayor capacidad para internalizar los costes. Por el contrario, se expone, que se trata, el eléctrico, del sector al que se le atribuye toda la reducción de asignaciones en relación con el período 2005/2007; y ello, sin analizarse las características de los mercados de otras industrias para determinar las condiciones de absorción del déficit de derechos; y, por otra parte, sin llevar a cabo un análisis comparativo de los efectos de una asignación alternativa del déficit de derechos de emisión en relación con otros sectores de los regulados en la Directiva europea.

Por todo ello, considera vulnerados los preceptos citados (número 5 del Anexo III de la Directiva 2003/1987/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, así como el artículo 17 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero) negando la capacidad de internalizar costes al multiplicarse, por ello, el precio de la electricidad.

B) En segundo lugar se plantea una discriminación injustificada, a favor de las instalaciones de cogeneración frente al resto de instalaciones de producción de electricidad; esto es, de las instalaciones de cogeneración eléctrica en base a la combustión de hidrocarburos -que de acuerdo con el Plan de Asignación impugnado recibirán derechos por la totalidad de sus emisiones previstas- frente a las restantes, que, por ello, verán disminuida su rentabilidad por dichos costes, cuando ambas compiten en el mismo mercado; siendo, todo ello, debido a que en el Plan impugnado se incluyen entre las cogeneradoras a las instalaciones mixtas, asignándoseles a todas un porcentaje que resulta más beneficioso, instalaciones que no se incluían en el anterior Plan.

C) En tercer lugar se plantea una discriminación injustificada en el Plan de Asignaciones de 2008/2012 a favor de la reserva de derechos de nuevos entrantes para el sector industrial; esto es, en este sector industrial la reserva para nuevos entrantes ha sido doblemente contabilizada, pues junto a la asignación sectorial, ya examinada, en el citado sector se produce una reserva para los nuevos entrantes, con lo que en dicho sector se produce una sobreasignación de derechos de emisión, contrario al Criterio I del Anexo III de la citada Directiva 2003/1987/CE.

D) En cuarto lugar se expone otra discriminación diferente, cual es la existente entre las instalaciones mixtas asociadas a centrales térmicas de ciclo combinado que funcionan como cogeneradoras y, por otra par-

te, el resto de los cogeneradores; esto es, mientras estas, por utilizar la tecnología de cogeneración reciben el 100% de los derechos suficientes para cubrir su emisiones por ser considerada una tecnología más eficiente, debido a sus ventajas de ahorro energético, económico y de disminución de emisiones, el resto de las instalaciones -que funcionan como cogeneraciones- deberían recibir el mismo tratamiento, pues cuentan con las mismas características definidas en el apartado 4.A.b. Es el caso -se cita- de la planta del Campo de Gibraltar de San Roque (Cádiz), cuya metodología de asignación debería ser la misma que la que se utiliza en la cogeneración, consistente en asignarle el 100% de los derechos a cubrir. Señala la entidad recurrente que no existe justificación técnica, jurídica o económica que motive la distinción respecto del resto de las instalaciones de cogeneración.

E) Por último, y en quinto lugar, también se considera injustificado el incremento del factor de emisión que se aplica a las centrales térmicas de ciclo combinado, que ha implicado un cambio de criterio de la Administración frente a la versión inicial del Real Decreto, con anterioridad al trámite de información pública, y ello, sin haberse justificado debidamente dicho incremento. En concreto, frente a un factor de emisión inicial de 0,34 tCO₂/MWh se estable, en la redacción definitiva, un factor de emisión de 0,365 tCO₂/MWh, que es muy superior a la media de las emisiones verificadas en las instalaciones en el año 2005, y que resulta incoherente con la exigencia de la Directiva.

II.- En relación con el segundo de los Reales Decretos impugnados (1030/2007, de 20 de julio), dictado para modificar al anterior 1370/2006, de 24 de noviembre, y con el objeto de adaptarse a la Decisión de la Comisión Europea de 26 de febrero de 2007, la recurrente insiste en los mismos defectos e irregularidades, añadiéndose, que se produce una reducción de asignaciones que recae solo en el sector eléctrico, y, por otra parte, que la cifra que sirve de referencia de la totalidad de emisiones de 2005 (182,9 Mt) y que sirve de base para calcular el límite global de CERs y ERUs a utilizar no se corresponde con la realidad, contradiciéndose el contenido de la Decisión de referencia al no producirse la aplicación del principio de complementariedad para el cálculo de los citados.

III.- Por último, y en relación con el Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre, por el que, igualmente, fue modificado el anterior Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, expone la recurrente que el mismo se reitera con toda claridad el criterio ya impugnado del primero de los Reales Decretos, esto es, trasladar los esfuerzos adicionales de reducción al sector menos expuesto al comercio

internacional y con mayor capacidad de internalizar costes, cual es el sector eléctrico en el que se sitúa la recurrente.

SEGUNDO.- Constituyen precedentes de los Reales Decretos aquí impugnados y, por otra parte, normativa de aplicación al supuesto de autos la que a continuación reseñamos:

A) El Real Decreto Ley 5/2004, 27 de agosto, por el que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

B) Con posterioridad, y tras la convalidación del Real Decreto Ley, se aprobaría la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de concesión de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, publicada en el BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2005.

C) Esta Ley, a su vez, sería modificada por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, sobre Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, dictado, por su parte, como consecuencia de la aprobación de dos decisiones comunitarias: la (1) Decisión de la Comisión Europea de 27 de diciembre de 2004, relativa al Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión presentado por España y el (2) Reglamento (CE) núm. 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un régimen normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento y del Consejo y la Decisión 280/2004/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo). (Dichas normas internas españolas constituyen la transposición de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996.

La citada Directiva estableció, pues el sistema comunitario para el comercio de los derechos de emisión, que comenzó el 1 de enero de 2005, por un período inicial de tres años (2005/2007), denominado “primer período de asignación”, anterior, incluso a los compromisos luego adquiridos de conformidad con el Protocolo de Kioto. A esta seguiría una segunda fase (2008/2012) o “segundo período de asignación”, que se corresponde, como veremos, con el primer período de compromisos previsto en el artículo 11 de la Directiva. Esta transposición española de la citada Directiva, llevada a cabo por las normas internas de referencia fue tardía, por cuanto el artículo 31 de la Directiva - “Incorporación al Derecho interno”- señalaba que “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias

y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 31 de diciembre de 2003". Por su parte, la citada Directiva 2003/87/CE ha sido modificada por las Directivas (1) 101/2004/CE del Parlamento y del Consejo, de 27 de octubre, por la que se modifica Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre, que establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad con respecto a los mecanismos de proyectos del Protocolo de Kioto; así como (2) 1/2008, del Parlamento y del Consejo, de 15 de enero, sobre Prevención y control integrado de la contaminación).

D) Consecuencia de las anteriores normas españolas de transposición serían tanto el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación (PNA) de derechos de emisión 2005/2007, y el Real Decreto 60/2005, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior; norma que venía obligada por lo establecido en el artículo 9 de la Directiva y 14 y siguientes del Real Decreto Ley 5/2004. (En concreto, el citado artículo 9 señalaba que "Para cada período contemplado en los apartados 1 y 2 del artículo 11, cada Estado Miembro elaborará un PNA que determinará la cantidad total de derechos de emisión que prevé asignar durante dicho período y el procedimiento de asignación.

El Plan se basará en criterios objetivos y transparentes, incluidos los enumerados en el anexo III, teniendo debidamente en cuenta las observaciones del público". Este primer PNA -anterior al que ahora nos ocupa- estableció una asignación gratuita de 172,31 millones de derechos en promedio anual para los sectores afectados, así como una metodología de asignación individual en el nivel de instalaciones; esto es, de conformidad con la Directiva, los artículos 14 y siguientes del Real Decreto Ley 5/2004 regularon en nuestro país el PNA, estableciendo en el artículo 17 los criterios de asignación, difiriendo al citado Plan el establecimiento de la metodología de asignación individual, respetando dos criterios: que no se generen diferencias injustificadas entre sectores de actividad ni instalaciones -artículos 87 y 88 del Tratado de la CE-, y que exista coherencia entre con las posibilidades técnicas y económicas de reducción de cada sector). E) A su vez, una y otra normativa -comunitaria e interna española- traen causa del Protocolo de Kioto.

Efectivamente, en el BOE de 8 de febrero de 2005 (núm. 33) se publicó el Instrumento de Ratificación, de 10 de mayo de 2002, del Protocolo de Kioto al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Kioto el 11 de diciembre de 1997, en el marco, a su vez, del Programa de las Naciones

Unidas para el Medio Ambiente, aprobado en Nueva York el 9 de mayo de 1992. El objetivo de la citada Convención es lograr "la estabilización de las concentraciones de gases efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático". (Se definen en el citado Convenio Marco los denominados Gases Efecto Invernadero -GEI- como "aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropogénicos, que absorben y remiten radiación infrarroja"). Una ratificación similar, en relación con el mismo Protocolo, había sido llevada a cabo con anterioridad, por parte de la Unión Europea, mediante la aprobación de la Decisión del Consejo 2002/358/CE, de 25 de abril de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. En concreto, en dicho ámbito europeo, fue el Sexto Programa de Acción Comunitario en materia de Medio Ambiente -establecido mediante la Decisión 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo- el que define el cambio climático como una prioridad de acción y contempla el establecimiento de un régimen comunitario de comercio de derechos de emisión para 2005.

Este Programa reconoce que la Comunidad se ha comprometido a conseguir una reducción del 8% de las emisiones de gases de efecto invernadero para el período comprendido entre 2008 y 2012, respecto a los niveles de 1990 y que a más largo plazo las emisiones mundiales de estos gases tendrán que disminuir aproximadamente un 70% respecto a los niveles de 1990.

En síntesis, con la finalidad "de promover el desarrollo sostenible", las Partes (los Estados firmantes del Protocolo) incluidas en el Anexo I del mismo Protocolo de Kioto, aceptan el cumplimiento de una serie de compromisos cuantificados de limitación y reducción de emisiones, de conformidad con lo que se establece en el artículo 3º del Protocolo: Las Partes incluidas en el Anexo I, en relación con sus emisiones antropógenas agregadas, se comprometen "a reducir el total de sus emisiones de esos gases a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012". (En concreto los seis gases sometidos a control son:

El dióxido de carbono, CO₂; el metano, CH₄ y óxido nitroso, N₂O; los hidrofluorocarbonos, HFC; los perfluorocarbonos, TFC; y el hexafluoruro de azufre, SF₆; España tiene un compromiso cuantificado de limitación de emisiones, acordado de conformidad con el apartado 1 del artículo

4 del Protocolo de Kioto, de no sobrepasar en más de un 15% sus emisiones de los siguientes GEI en el período 2008-2012, en comparación con los niveles de 1990 en el caso del CO₂, CH₄ y N₂O, y niveles de 1995 en el caso de HFCs, PFCs y SF₆. Por su parte la Comunidad Europea en su conjunto tiene un compromiso cuantificado de reducción de emisiones de un 8% para los gases referenciados y período citado, según lo establecido en el anexo B del Protocolo de Kioto).

F) En tal situación, pues, serían aprobados los tres Reales Decretos que ahora nos ocupan:

a) Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases efecto invernadero 2008-2012.

b) Real Decreto 1030/2007, de 20 de julio, por el que fue modificado el anterior Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre.

c) Real Decreto 1402/2007, de 29 de octubre, por el que, igualmente, fue modificado el anterior Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre. (Aunque no se impugna, por razones temporales, debemos citar la Orden PRE/2827/2009, de 19 de octubre, por la que se modifican las cuantías de las asignaciones sectoriales establecidas en el Plan Nacional de Asignación de derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero, 2008-2012, aprobado por el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre). Se tratan, pues, de las normas que aprobaron el segundo PNA de Derechos de Emisión de GEI; segundo consecuencia de régimen comunitaria y primero que se aplica coincidiendo con el compromiso del Protocolo de Kioto. Como se dice en el Preámbulo del Real Decreto 1370/2006, el presente PNA "hace frente a un difícil equilibrio: por un lado, debe hacer posible el cumplimiento del compromiso cuantificado de limitación del crecimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero establecido en el Protocolo de Kioto, con arreglo al cual las emisiones promedio en el período 2008-2012 no pueden superar en más del 15% las emisiones del año base; por otro lado, las decisiones implícitas en el PNA deben preservar la competitividad y el empleo de la economía española así como la estabilidad del presupuesto público". El ámbito del PNA impugnado abarca un total de 152,673 millones de toneladas de derechos de emisión anuales, lo cual supone un recorte del 16% respecto del PNA 2005-2007 y de 19,6% respecto a las emisiones del año 2005 (que ascendieron a 189,850 Mt).

TERCERO.- Nos corresponde, en primer lugar, visto el planteamiento efectuado por la entidad recurrente, el examen de la discriminación que la entidad recurrente imputa a los tres Reales Decretos como conse-

cuencia de diferente régimen de asignaciones que en el PNA se contiene para el sector eléctrico, de una parte, y el industrial, por otro. Pues bien, ya en el Preámbulo del Real Decreto se marcan las pautas del diferente tratamiento recibido por ambos sectores, señalándose al respecto que "En cuanto a la asignación sectorial, en la distribución de los derechos entre los distintos sectores se ha tenido en cuenta tanto la capacidad tecnológica y el potencial de reducción de cada sector como el distinto grado de exposición a la competencia internacional. Así, en la asignación a los sectores industriales se parte de la intensidad de emisiones por unidad de producto en 2005, introduciendo un esfuerzo adicional de mejora de eficiencia, lo que se traduce en una asignación anual de 73,64 millones de derechos de emisión. En relación con el sector de generación eléctrica se toma como referencia el factor de emisión de la mejor tecnología disponible de cada tecnología de generación, corregida con un factor de ajuste.

Este criterio conduce a una asignación de 54,053 millones de derechos de emisión en media anual; cifra sensiblemente inferior a la asignada en el período 2005-2007, a las emisiones proyectadas para el período e, incluso, a las emisiones reales del sector en el año base". Por su parte, en el Cuadro resumen de los principios básicos del Plan Nacional de asignación 2008-2012 se señala que "El escenario básico de asignación distingue entre el sector de generación eléctrica y los sectores industriales, reconociendo que ambos bloques no son comparables en cuanto a potencial de reducción y exposición a la competencia internacional".

En el mismo Cuadro y en relación con el sector eléctrico se señala que "Se asignan al sector eléctrico 54,05 Mt CO₂/año en 2008-2012. Dada la limitación del volumen total de derechos, y la voluntad de realizar una asignación que minimice la posibilidad de incidir negativamente en la competitividad y el empleo, se ha mantenido el criterio de trasladar los esfuerzos adicionales de reducción al sector menos expuesto al comercio internacional y con mayor capacidad para internalizar los costes". Por su parte, para el sector industrial se señala que "Se asignan 73,64 Mt CO₂/año en 2008-2012 para los sectores industriales.

La asignación se ha determinado aplicando un factor de intensidad de emisiones por unidad de producción. Se consideran para el cálculo las emisiones verificadas en el año 2005 y las cifras de producción para ese ejercicio. Este factor se ha ajustado teniendo en cuenta el potencial de reducción de emisiones de cada sector industrial. El factor de intensidad ajustado se ha aplicado a la producción de cada sector industrial prevista para el período 2008-2012". Pues bien, esta discriminación intersectorial

rial (eléctrico e industrial) ha de ser rechazada.

A) La discriminación que se contiene entre el sector eléctrico y el sector industrial, admitida y aceptada por el legislador, pero que la recurrente considera absolutamente injustificada, al no considerar ciertos los dos argumentos que para tal pretendida justificación utiliza: En relación con la capacidad de internalizar los costes por parte del sector eléctrico, que se considera como única, la recurrente expone que la reducción, en relación con el Plan de Asignaciones de 2005/2007, ha sido de 16%, habiendo recaído toda en el sector eléctrico, por lo que no resulta equitativa en relación con los sectores industriales; la recurrente rechaza, sin embargo, las razones para sostener tal discriminación: el tratarse de un sector de mayor potencial de reducción, el estar menos expuesto al comercio internacional, y el contar con mayor capacidad para internalizar los costes.

Por el contrario, se expone, que se trata, el eléctrico, del sector al que se le atribuye toda la reducción de asignaciones en relación con el período 2005/2007; y ello, sin analizarse las características de los mercados de otras industrias para determinar las condiciones de absorción del déficit de derechos; y, por otra parte, sin llevar a cabo un análisis comparativo de los efectos de una asignación alternativa del déficit de derechos de emisión en relación con otros sectores de los regulados en la Directiva europea.

Por todo ello, considera vulnerados los preceptos citados (número 5 del Anexo III de la Directiva 2003/1987/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, así como el artículo 17 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero) negando la capacidad de internalizar costes al multiplicarse, por ello, el precio de la electricidad. No resulta necesario que reproduzcamos ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la vulneración del principio de igualdad, ni la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el que la recurrente insiste, sobre todo tras la STJUE de 16 de diciembre de 2008 en la que se resuelve la cuestión prejudicial C-127/2007, planteada por el Consejo de Estado de Francia. Igualmente se trae a colación el Dictamen del Consejo de Estado español en relación con el Real Decreto impugnado.

En todo caso, simplemente recordaremos que la citada vulneración se produce cuando por la ley, o en su aplicación, se dan tratamientos distintos a situaciones idénticas, por lo que nada impide, en principio, en el caso que nos ocupa, que se produzcan tratamientos o asignaciones dis-

tintas en función de su pertenencia a distintos sectores sometidos a este régimen. Desde tal perspectiva la pretensión anulatoria basada en la discriminación con el sector industrial debe de ser rechazada. Ni la jurisprudencia constitucional o comunitaria que se nos cita, ni el Dictamen del Consejo de Estado conducen a la pretendida discriminación sectorial.

La decisión adoptada en el Real Decreto impugnado aparece claramente justificada, como hemos trascrito, y, obviamente, tal justificación y tal decisión conllevan un evidente componente político económico y ambiental -al cual no tenemos acceso en esta sede jurisdiccional- y un complejo componente técnico. Como sabemos -y se ha reiterado- el Real Decreto fundamenta tal decisión de menor asignación de derechos frente al sector industrial en (1) la menor exposición del sector energético a la competencia internacional, frente al sector industrial, en (2) la mayor capacidad de dicho sector energético para internalizar los costes, como consecuencia de la menor asignación, al poder trasladarlos al consumidor, y en (3) la mayor capacidad tecnológica de sector energético para hacer frente a las medidas de reducción de emisiones. Evidente es esta capacidad del sector energético para proceder a la reducción de emisiones, tal y como pone de manifiesto la espectacular derivación del sector hacia el más específico, dentro del mismo, de las energías renovables, con gastos de repercusión inmediata en el consumo.

Si bien se observa, este carácter político de la decisión adoptada es compartida por el Consejo de Estado, que expresamente señala en su Dictamen: "Sin perjuicio de la consideración que merezca desde el punto de vista de política económica esta decisión...", insistiendo, no obstante, en que lo que resulta imprescindible al adoptarse la misma -"desde la exigencia de claridad y transparencia que se impone a los Planes"- es que "los motivos que justifican la misma sean claramente puestos de manifiesto en el propio Plan". Pues bien, el Real Decreto -con rotundidad- señala los motivos que hemos expuesto para justificar el trato discriminatorio, que se impugna, para el sector eléctrico, y, sin embargo, pese a las críticas que se realizan por la recurrente, no se ha acreditado que otros sectores -como los del cemento o los del refino- tengan tanta capacidad de internalización de costes como el sector eléctrico.

Como ha expuesto el Tribunal Constitucional (STC 90/1989, de 11 de mayo), "el artículo 14 CE prohíbe, por una parte, que se dé" un tratamiento desigual tanto en las previsiones normativas, como en su aplicación concreta, por un poder público, a quienes se encuentren en situaciones esencialmente similares, y, por otra, que si se introducen ele-

mentos de diferenciación para justificar tratamientos distintos, esos elementos han de ser razonables y no constituir una excusa o pretexto para producir, de hecho, un tratamiento arbitrariamente desigual, y, por tanto, discriminatorio". El ámbito, pues, del principio de igualdad proclamado por el artículo 14 CE admite dos vertientes: Una referida a la igualdad ante la ley, que impide al legislador establecer, entre situaciones semejantes, diferencias de tratamiento; vertiente que reviste un carácter material (STC 78/1984, de 9 de junio; 107/1986, de 24 de julio; y 125/1986, de 22 de octubre) y que comporta la interdicción de las leyes en las que se establezca una diferenciación sin justificar. Y, otra vertiente, referida a la igualdad en la aplicación de la ley, que tiene un carácter formal y que persigue que no se realicen pronunciamientos arbitrarios y que se interprete la ley de forma igual para todos; principio de igualdad en la aplicación de la ley que no sólo es exigible a los órganos jurisdiccionales (siempre que exista identidad de órgano jurisdiccional: STC 126/1988, de 24 junio; 161/1989, de 16 de octubre; 1/1990, de 15 de enero), sino también a los administrativos, pues, también estos, al resolver, aplican la ley (STC 49/1982, de 14 de julio, y STS 20 de noviembre de 1985).

Por lo que hace referencia a la citada segunda de las vertientes del principio de igualdad ("igualdad en la aplicación de la ley"), tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Constitucional han precisado perfectamente sus características y delimitación, señalando al efecto que el mismo encierra y presta contenido a una prohibición o discriminación de tal manera que ante situaciones iguales deban darse tratamientos iguales, por lo que sólo podrá aducirse ese principio de igualdad como violado cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los objetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en virtud de una conducta arbitraria no justificada de los poderes públicos quedando "enmarcados con rigurosa precisión los perfiles dentro de los cuales ha de desenvolverse la acción promovida en defensa de ese derecho fundamental de igualdad, que ha de entenderse entre iguales, es decir, entre aquellos que tiene circunstancias de todo tipo iguales..." (STS 23 de junio.1989).

"No toda disparidad de trato significa discriminación, sino que es necesario que la disparidad de soluciones sea ante situaciones absolutamente iguales" (STS 15 de octubre de 1986). "Tal principio ha de requerir... una identidad absoluta de presupuestos fácticos..." (STS 28 de marzo de 1989). En segundo lugar, pues, y en consecuencia, la aplicación del citado principio de "igualdad en la aplicación de la ley", "requiere que exista un término de

comparación adecuado, de forma que se haya producido un tratamiento desigual en supuestos absolutamente idénticos ya que es presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE, que las situaciones que quieran traerse a la comparación sean efectivamente equiparables y ello entraña la necesidad de un término de comparación ni arbitrario ni caprichoso..." (STS 6 de febrero de 1989). Por otra parte, una actuación "de la Administración al dar cumplimiento a los preceptos de la ley... para que pueda declararse vulneradora del principio de igualdad, es necesario acreditar que tal actuación fue arbitraria y discriminatoria" (STS 13 de julio de 1989), pues el artículo 14 CE excluye que "la resolución finalmente dictada aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso" (STC 55/1988, de 24 de marzo; 181/4987, de 13 de noviembre; y 1/1990, de 15 de enero).

Debiendo, en consecuencia, concluir señalando que lo "que el principio de igualdad en la aplicación de la ley exige no es tanto que la ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que dos sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal". (STC 49/1985, de 28 de marzo y 1/1990, de 15 de enero). Pues bien, en el supuesto de autos que nos ocupa, debemos destacar:

a) Que nos encontramos antes supuestos diferentes, como diferentes son los sectores eléctrico e industrial.

b) Que, a su vez, el diferente trato -en dicha situación- está constitucionalmente justificado.

c) Que los motivos de justificación que se utilizan se nos presentan como objetivos y en modo alguno arbitrarios.

Tampoco nos sirve la reciente jurisprudencia comunitaria que se cita; es más, la misma serviría para avalar la decisión que se impugna. Si bien se observa, en la STJUE de 16 de diciembre de 2008, que se resuelve la cuestión prejudicial C-127/2007, planteada por el Consejo de Estado de Francia, se analiza la discriminación entre el sector siderúrgico de una parte, y, de otra parte, los del aluminio y del plástico, por cuanto el primero estaba incluido en el régimen de asignaciones y los otros dos no. Pues bien el Tribunal de Luxemburgo considera admisible la diferencia de trato, dado el carácter objetivo del diferente trato, su justificación y su proporcionalidad, señalando el parágrafo 47 de la sentencia que "una diferencia de trato está justificada cuando se basa en un

criterio objetivo y razonable, es decir, cuando están en relación con un fin legalmente admisible perseguido por la legislación en cuestión, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato”, añadiéndose que “el legislador comunitario tiene un amplio margen de apreciación cuando su acción implica tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y cuando debe realizar apreciaciones y evaluaciones complejas”. Y esto es, justamente, lo que acontece en el supuesto de autos, que recordemos, se ha tramitado sin práctica alguna de prueba.

CUARTO.- Como sabemos, en segundo lugar, y ya de una forma más concreta, se plantea una discriminación injustificada, a favor de las instalaciones de cogeneración frente al resto de instalaciones de producción de electricidad; en concreto, se expone por la recurrente que en el primero de los Reales Decretos existe, a su vez, una discriminación entre las instalaciones de cogeneración eléctrica en base a la combustión de hidrocarburos -que de acuerdo con el Plan de Asignación impugnado recibirán derechos por la totalidad de sus emisiones previstas- frente a las restantes, que no los reciben en tal proporción, y que, por ello, verán disminuida su rentabilidad por dichos costes, cuando ambas compiten en el mismo mercado. Igualmente señala que, todo ello, es debido a que en el Plan impugnado se incluyen entre las cogeneradoras a las instalaciones mixtas, asignándoseles a todas un porcentaje que resulta más beneficioso, instalaciones que no se incluían en el anterior Plan. La alegación debe de ser rechazada.

El Real Decreto Ley 7/2006, de 23 de junio, sobre Medidas urgentes en el sector energético, señala en su Preámbulo que “El desarrollo de la política de fomento de la eficiencia energética, en sintonía con los principios y criterios de la Directiva 2004/8/CE, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía, y la plena eficacia de las actuaciones de apoyo a la generación eléctrica con fuentes de energía renovables hacen necesario que se retribuya adecuadamente toda la electricidad cogenerada con independencia del tamaño de las instalaciones y que se dote de mayor flexibilidad a la política de establecimiento de primas e incentivos a la producción de energía eléctrica del régimen especial”. Por ello dicha norma elimina el concepto de autoproducción y equipara las cogeneraciones al resto de las instalaciones del sector eléctrico, manteniendo, como se ha expresado, el sistema de primas que asegure la rentabilidad de la actividad.

Efectivamente, en la Nota 13 del Cuadro Resumen del Reparto de Derechos por Actividades del Real Decreto se señala que “Debe advertirse

que las instalaciones mixtas (centrales térmicas de ciclo combinado que dan también servicio como cogeneración)... se incluyeron en este epígrafe en el Plan 2005-2007, mientras que en este Plan se han englobado en otros epígrafes. De ahí la aparente incoherencia entre asignación en el Plan 2008-2012, y asignación en el Plan anterior y emisiones en 2005. En este epígrafe se incluyen instalaciones adicionales como consecuencia de la aplicación del acuerdo del Comité de Cambio Climático. Las instalaciones que se incorporaron con la ampliación de la interpretación de instalación de combustión, RD 777/2006, no estaban sujetas al comercio de derechos de emisión en 2005. Las emisiones de 2005 correspondientes a estas instalaciones se han estimado y sumado”.

Por ello, las instalaciones de cogeneración que, con arreglo al PNA que nos ocupa reciben, efectivamente, derechos por el total de las emisiones previstas, pero se trata -no obstante su formal equiparación- de un sector con especiales características de ahorro de energía primaria en la producción conjunta de vapor y electricidad, con la consiguiente reducción de emisiones; por ello, el sector de cogeneración está sometido al expresado régimen especial -con primas a la producción y tarifas reguladas- habiéndose descartado aplicar el factor de reducción del sector eléctrico a las emisiones asociadas a la producción de energía eléctrica de las cogeneraciones, tratándolas, por el contrario, de igual forma que el resto de sectores industriales, esto es, concediéndoles los derechos de emisión en función de la emisiones previstas en el período 2008/2012.

QUINTO.- La tercera alegación, igualmente concreta, plantea una discriminación injustificada en el Plan de Asignaciones de 2008/2012 a favor de la reserva de derechos de nuevos entrantes para el sector industrial; esto es, que en este sector industrial la reserva para nuevos entrantes ha sido doblemente contabilizada, pues junto a la asignación sectorial, ya examinada, en el citado sector se produce una reserva para los nuevos entrantes, con lo que en dicho sector se produce una sobreasignación de derechos de emisión, contrario al Criterio I del Anexo III de la citada Directiva 2003/1987/CE. Tampoco resulta de recibo tal planteamiento.

Lo que el Plan de Asignación contempla es una asignación, por una parte, para los sectores industriales en los términos que conocemos y por las razones expresadas, más favorables que los previstos para el sector eléctrico; y, al margen de tal planteamiento general, el Plan contempla, efectivamente, una reserva para poder atender las necesidades de las nuevas instalaciones, pero, en el bien entendido sentido, de que, a esta particular reserva tienen acceso tanto el sector industrial como el eléctrico.

La determinación de las asignaciones para el Plan de Asignaciones que nos ocupa se llevó a cabo partiendo de las emisiones anteriores al período a las que se aplicó el denominado incremento del factor de utilización (esto es, su estimación de crecimiento), mas, sin tomar en consideración los posibles nuevos entrantes procedentes de nuevas instalaciones industriales. Por ello no hay una doble contabilización, pues los nuevos entrantes reciben sus asignaciones, únicamente, de la reserva prevista a tal fin, y no de las asignaciones generales del sector industrial.

SEXTO.- En cuarto lugar se expone por la recurrente otra discriminación diferente, cual es la existente -según se expresa- entre las instalaciones mixtas asociadas a centrales térmicas de ciclo combinado que funcionan como cogeneradoras y, por otra parte, el resto de los cogeneradores; esto es, mientras estas, por utilizar la tecnología de cogeneración reciben el 100% de los derechos suficientes para cubrir su emisiones por ser considerada una tecnología más eficiente, debido a sus ventajas de ahorro energético, económico y de disminución de emisiones, el resto de las instalaciones -que funcionan como cogeneraciones- deberían recibir el mismo tratamiento, pues cuentan con las mismas características definidas en el apartado 4.A.b.

Es el caso -se cita- de la planta del Campo de Gibraltar de San Roque (Cádiz), cuya metodología de asignación debería ser la misma que la que se utiliza en la cogeneración, consistente en asignarle el 100% de los derechos a cubrir. Señala la entidad recurrente que no existe justificación técnica, jurídica o económica que motive la distinción respecto del resto de las instalaciones de cogeneración. No es así. Como antes pusimos de manifiesto reproduciendo la Nota 13 del Cuadro Resumen del Reparto de Derechos por Actividades del Real Decreto, que señalaba que “Debe advertirse que las instalaciones mixtas (centrales térmicas de ciclo combinado que dan también servicio como cogeneración)... se incluyeron en este epígrafe en el Plan 2005-2007, mientras que en este Plan se han englobado en otros epígrafes...”.

Esto es, a la vista de la experiencia del primer Plan las instalaciones mixtas dejan de estar incluidas en el mismo grupo que las instalaciones de cogeneración, por cuanto merecen un tratamiento distinto, ya que, a diferencia de estas instalaciones de cogeneración, en la mayoría de las instalaciones mixtas la casi totalidad de su producción es de energía eléctrica, siendo la producción de vapor -que en las de cogeneración es esencial- marginal o residual. Y aunque es cierto que se otorga a las mismas un tratamiento algo más favorable (0,375 t CO2/MWh frente a 0,365 t CO2/MWh), su justificación viene

determinada por el exceso de emisiones derivadas de la generación de vapor para el proceso industrial.

SÉPTIMO.- Por último, en quinto lugar, y relacionado con lo anterior, también se considera injustificado el incremento del factor de emisión que se aplica a las centrales térmicas de ciclo combinado, que ha implicado un cambio de criterio de la Administración frente a la versión inicial del Real Decreto, con anterioridad al trámite de información pública, y ello, sin haberse justificado debidamente dicho incremento. En concreto, frente a un factor de emisión inicial de 0,34 tCO2/MWh se estable, en la redacción definitiva, un factor de emisión de 0,365 tCO2/MWh, antes citado, que es muy superior a la media de las emisiones verificadas en las instalaciones en el año 2005, y que resulta incoherente con la exigencia de la Directiva. No es cierto que el cambio introducido en el proceso de elaboración del Real Decreto impugnado no contara con justificación; en concreto, fue debido a una corrección de los valores promedios obtenidos en el año 2005, como consecuencia de la exclusión de dichos datos de los correspondientes a las centrales de ciclo combinado que habían entrado en funcionamiento durante el citado año 2005.

La discriminación, pues, por falta de justificación debe de rechazarse.

OCTAVO.- Por lo que se refiere a los otros dos Reales Decretos (1030/2007 y 1402/2007) de modificación del anterior Real Decreto 1370/2006, que igualmente se impugnan, en realidad, la entidad recurrente centra su argumentación en la circunstancia de que la discriminación general, antes examinada, no solo continúa sino que se incrementa, al recaer un mayor esfuerzo sobre el sector eléctrico frente al industrial; y sin que las modificaciones introducidas, por otra parte, se ajusten a las prevenciones contenidas en la Decisión de la Comisión Europea en relación con el anterior Plan de Asignación. Por otra parte, se expone por la recurrente que existen discrepancias en las cifras de emisiones que sirven de base para el cálculo del límite global de los denominados mecanismos de flexibilidad, Reducciones Certificadas de Emisiones (RCE) y Unidades de Reducción de Emisiones (URE), que, además, contradicen el contenido de la Decisión de la Comisión Europea por no producirse una aplicación del principio de complementariedad para el cálculo de los mismos, contraviniendo el principio de igualdad, como consecuencia del cambio de tratamiento de las instalaciones mixtas.

En relación con los mecanismos de flexibilidad, el Preámbulo del Real Decreto 1370/2006 explicaba el funcionamiento de los mismos poniendo de manifiesto que “la Ley 1/2005, en su artículo 14, dispone la necesidad de que el PNA indique el

porcentaje máximo sobre la asignación de cada instalación de créditos procedentes de mecanismos de flexibilidad basados en proyectos del Protocolo de Kioto que pueden ser utilizados por los titulares de las instalaciones para el cumplimiento de las obligaciones de entrega anual de derechos.

El Plan dispone que en el período 2008-2012 el titular de cada instalación podrá cumplir con sus obligaciones entregando reducciones certificadas de emisiones (RCE) y unidades de reducción de emisiones (URE) hasta un porcentaje que varía en función del sector de actividad al que pertenece la instalación: será del 70% para el sector de producción de energía eléctrica de servicio público y del 20% para el resto de sectores. El porcentaje se calculará sobre la cantidad de derechos de emisión asignada a cada instalación para todo el período 2008-2012. La cantidad resultante podrá ser utilizada para el cumplimiento de la obligación de entrega de derechos en cualquier momento del período de referencia del Plan".

Pues bien, la Comisión Europea, al evaluar el Plan de Asignaciones y mediante la Decisión de 26 de febrero de 2007 que tal posibilidad de empleo de mecanismos de flexibilidad resultaba excesiva, debiendo la misma reducirse para no poner en peligro el principio de complementariedad, que implica que el esfuerzo de reducción doméstico debe ser prevalente; esto es, que la utilización de los citados mecanismos de flexibilidad (RCEs y ERUs) debía ser secundario o suplementario. Por ello se modifica el Real Decreto inicial por el 1370/2007, que reduce los porcentajes, mencionados, de utilización, dejándolos en un 42% para el sector energético y un 7,9 para los sectores industriales; reducción que fue aceptada por la Comisión Europea. Debemos, pues, ratificar lo antes expuesto en relación con la genérica vulneración del principio de igualdad, también en relación con estos dos últimos Reales Decretos (1030/2007 y 1402/2007).

NOVENO.- No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales del presente recurso contencioso administrativo (artículo 139.1 de la citada LRJCA).

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

FALLO

1º. Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Unión Fenosa Generación, S.A., contra el Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases efecto invernadero 2008-2012, así como con-

tra los Reales Decretos 1030/2007, de 20 de julio y 1402/2007, de 29 de octubre, por los que fue modificado el anterior Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre.

2º. Declarar que el citado Plan de Asignaciones de Derechos de Emisión y sus modificaciones son conformes con el Ordenamiento jurídico.

3º. No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Conse-

jo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Oro-Pulido López.- Rafael Fernández Valverde.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.



2010/122415

TS Sala 4ª, Sentencia 11 mayo 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Prescripción del reintegro de prestaciones indebidas no afectada por caducidad de expediente administrativo

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el beneficiario demandante contra sentencia que declaró la existencia de percepción indebida de prestación de desempleo en la modalidad de pago único.

Señala el Tribunal que cabe la reapertura del expediente administrativo caducado y archivado y que tal reapertura o reanudación se produce por el simple dictado de la resolución reclamando el reintegro de las prestaciones cobradas indebidamente, pues el transcurso del plazo establecido para resolver no exime a la Entidad Gestora de su obligación de resolver, no afectando el archivo del expediente a la prescripción de las acciones que correspondan a la administración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión a resolver en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar los efectos de la caducidad de un expediente administrativo, incoado para el reintegro de prestaciones por desempleo percibidas indebidamente, por el transcurso de más de tres meses desde el día de su incoación. Más concretamente se plantea si la caducidad del expediente por tal motivo afecta al derecho de la entidad gestora a pedir el reintegro de lo pagado indebidamente o si cabe que, posteriormente, la misma abra un nuevo expediente o reabra el anterior para reclamar ese reintegro, mientras no prescriba el deber de reintegrar por el transcurso del plazo que establece el artículo 45-3 de la Ley General de la Seguridad Social.

2. El problema ha sido resuelto de forma distinta por las sentencias

comparadas. La recurrida ha estimado que la caducidad del expediente por el transcurso de tres meses desde su inicio no impide su reapertura, ni afecta al derecho sustantivo, mientras no prescriba por el transcurso del plazo prescriptivo del artículo 45-3 de la L.G.S.S., cual se deriva del artículo 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La sentencia de contraste, dictada el día 17 de mayo de 2007 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga) en el recurso de suplicación 559/2007, ha entendido, conforme a los artículos 44-2 y 92-3 de la Ley 30/92, que como en el expediente administrativo incoado se ejercitan potestades susceptibles de producir efectos desfavorables, se ha producido la caducidad del expediente, lo que lleva a anular la resolución dictada reclamando el reintegro. Ambas sentencias han recaído en supuestos de hecho y de derecho muy similares. En ambos casos se reclamaba el reintegro de prestacio-

nes por desempleo percibidas indebidamente y se incoó expediente en el que se declaró que había existido un cobro indebido de prestaciones y se acordó oír por diez días al interesado, lo que se notificó al mismo mediante edictos en el caso de la recurrida y personalmente en el de la de contraste, supuesto en el que el interesado presentó alegaciones. Posteriormente, pasados más de dos años desde la incoación del expediente y de darse traslado del mismo al interesado, se dictó resolución declarando la existencia de un cobro indebido de prestaciones y exigiendo el reintegro de lo percibido, resolución contra la que los interesados acudieron a los Tribunales con distinta suerte, cual se dijo antes.

Concurre la identidad sustancial que requiere el artículo 217 de la L.P.L. para la viabilidad del recurso que nos ocupa, pues los hechos son sustancialmente iguales y las partes emplearon los mismos fundamentos jurídicos en defensa de sus pretensiones que fueron las mismas: la nulidad de la resolución administrativa que pedía el reintegro por la caducidad del expediente en el que había recaído. El hecho de que en un caso se trate de prestaciones por desempleo de pago único y en el otro de prestaciones cobradas periódicamente no desvirtúa lo dicho, porque lo importante es que en ambos casos se trata del reintegro de prestaciones cobradas indebidamente, con independencia de la forma en que se cobraron.

Tampoco es un elemento diferenciador relevante el hecho de que en el caso de la sentencia de contraste el interesado presentara escrito oponiéndose a la comunicación de apertura del expediente, porque lo relevante es que, tras la comunicación de apertura del expediente y de la propuesta de reintegro, la entidad gestora tardó más de tres meses en dictar la resolución reclamando el reintegro. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas contrapuestas que se contienen en las sentencias comparadas.

SEGUNDO.- La cuestión planteada, consistente en determinar si, caducado un expediente de reintegro de prestaciones indebidas por haber transcurrido seis meses desde su inicio, cabe su reapertura, mientras no haya prescrito el deber de reintegrar, para dictar resolución reclamando el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Una interpretación lógico-sistemática de lo dispuesto en los artículos 42-1, 44 y 92-3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 3 del Real Decreto 148/1996 de 5 de febrero, y 5 de la Orden de 18 de julio de 1997, nos muestra que es más correcta la solución dada por la sentencia recurrida en el sentido de que cabe la reapertura del expediente administrativo caducado y archivado y que tal reapertura o reanudación se produce por el simple dictado de la resolución reclamando el reintegro de las presta-

ciones cobradas indebidamente. Tal solución tiene su apoyo en que el transcurso del plazo establecido para resolver no exime a la Entidad Gestora de su obligación de resolver, según el citado artículo 44, precepto que, además, dispone en su número 2 que el archivo del expediente no afectará a la prescripción de las acciones que correspondan a la Administración, lo que equivale a reconocer que cabe la reapertura del expediente o la iniciación de uno nuevo para ejercitar las acciones y derechos que corresponden a la Administración, cual evidencia la remisión al artículo 92-3 de la misma Ley, reapertura que se produce cuando se dicta la resolución expresa a la que viene obligada la Administración.

La Sala Tercera de este Tribunal en sentencias de 5 de diciembre de 2001 (Rec. 4963/97) y 19 de febrero de 2002 (Rec. 716/98) reconoce que, incluso cuando se trata de sanciones, el artículo 93-2 de la Ley 30/92 es tan claro que el archivo de las actuaciones por la caducidad del expediente no impide la reapertura de uno nuevo o que se reinicie el archivado, mientras no hayan prescrito los derechos objeto del mismo. Y es que, como señalamos en nuestra sentencia de 14 de mayo de 2009 (Rec. 2165/08), el plazo de tres meses del artículo 3-1 del R.D. 148/96 es un plazo que "afecta única y exclusivamente a la regulación de ese especial expediente administrativo y su finalidad no es otra sino la de otorgar una garantía de rapidez o celeridad en su tramitación, pero no incide en las respectivas obligaciones de la gestora en torno a la reclamación de reintegro de lo indebidamente percibido ni en la del beneficiario de devolverlo. Ambas cuestiones, en su contenido material, sí podrían verse afectadas, en su caso, por las previsiones del art. 45.3 de la LGSS ". Por ello, si el plazo no incide en los derechos de la gestora que la misma puede reclamar mientras no prescriban, es claro que la gestora puede reabrir el expediente y dictar la oportuna reclamación, pues la caducidad del expediente comporta solamente que el mismo no ha interrumpido el curso de la prescripción. Procede, por tanto, confirmar la sentencia recurrida, al ser acorde con nuestra doctrina relativo a que la caducidad del expediente no impide la reapertura del mismo, mientras no prescriba la obligación de reintegro de lo indebidamente cobrado. Sin costas.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Luis Abad Cid en nombre y representación de D. Florencio contra la sentencia dictada el 26 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Ma-

drid, en recurso de suplicación núm. 148/09, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, en autos núm. 347/08, seguidos a instancias de D. Florencio contra Servicio Público de Empleo Estatal sobre prestaciones por desempleo. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- Rosa María Viroles Piñol.

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

2010/145249

TS Sala 4ª, Sentencia 15 junio 2010. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Beneficio de justicia gratuita reconocido a servicio autonómico de salud

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado SERMAS contra sentencia que le impuso las costas de suplicación, incluidos los honorarios del letrado, en autos sobre diferencias salariales entre el salario percibido por la trabajadora accionante como jefe de equipo y el de gobernanta.

Señala el Tribunal que los servicios sanitarios autonómicos, en cuanto han pasado en su conjunto a sustituir a una entidad gestora específicamente reconocida como tal, merecen el reconocimiento de dicho carácter, porque en ambos casos concurre igualdad de razón en el tratamiento en cuanto al reconocimiento del beneficio de justicia gratuita y la exención del pago de las costas en los recursos de suplicación, salvadas las excepciones en las que pudiera serles apreciada temeridad o mala fe en sus planteamientos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de los

de Madrid, en autos número 283/2008, seguidos a instancia de la demandante Dª Reyes, se estimó su petición y se condenó al SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD al abono a la actora de las diferencias salariales correspondientes por la realización de trabajos de la categoría de Gobernanta I durante el período comprendido entre 1-1-2007 y 31-12-2007, por importe de 1.862,15 euros.

Contra la referida sentencia interpuso el Servicio demandado recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Este recurso fue desestimado por sentencia de la referida Sala de fecha 28 de abril de 2009 (Rec. 461/09). En el último párrafo del fundamento de derecho segundo de esta sentencia se razona que procede imponer a la Administración recurrente los honorarios del letrado que impugnó el recurso, los cuales se fijan en 300 euros.

SEGUNDO.- El Servicio Madrileño de Salud interpuso, contra la mencionada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se analiza. En él se alega, como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 19 de diciembre de 2008 (Rec. 337/08).

La única cuestión o tema de debate que se plantea en este recurso de casación unificadora se refiere a la condena al pago de las costas del recurso de suplicación que, con respecto al SERMAS, establece la sentencia impugnada.

Existe contradicción entre las dos sentencias que comparan, toda vez que en la aludida sentencia referencial se trató de un proceso en el que también fue parte el Servicio Madrileño de Salud, y de forma expresa y directa se le eximió del pago de las costas causadas, por entender que dicho Servicio de Salud debe ser equiparado a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y se le ha de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Por consiguiente, planteándose en ambos casos la misma cuestión, referente a la imposición de las costas causadas al mencionado organismo autonómico, es evidente que los pronunciamientos de estas resoluciones son opuestos, ya que la sentencia recurrida le condena en costas y, en cambio, la referencial la libera explícitamente de tal condena, sin que se trate del quebrantamiento de una norma de procedimiento que pueda producir la nulidad de lo actuado sino de examinar la conformidad o no a ley de una condena que la sentencia recurrida impone. Se cumple, pues, el requisito de recurribilidad que establece el art. 217 de la LPL.

TERCERO.- La cuestión planteada ha sido abordada y resuelta por

esta Sala con reiteración. Nuestra sentencias de fecha 28 de febrero y 16 de noviembre de 2007 (Rec. 2859/05 y 2028/06), entre otras muchas, contienen la siguiente doctrina: " Por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria llevada a cabo en nuestro país desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud a las distintas Comunidades Autónomas, los diferentes Servicios de Salud constituidos en cada una de ellas han recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el indicado Instituto, con lo que de hecho y de derecho han pasado éstos a ocupar a nivel de cada Comunidad Autónoma el mismo lugar que aquél tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado, y por cuya razón tenía reconocido por el art. 2 b) de la Ley 1/1996, el beneficio de justicia gratuita. Siendo ello así, pues, tales servicios autonómicos en cuanto han pasado en su conjunto a sustituir a una Entidad Gestora específicamente reconocida como tal por la Ley General de la Seguridad Social y hoy desaparecida, merecen el reconocimiento de su carácter de Entidades Gestoras como lo era aquélla porque en ambos casos concurre igualdad de razón en el tratamiento a los efectos que aquí nos ocupan, o sea, en cuanto al reconocimiento del beneficio de justicia gratuita y por lo tanto la exención del pago de las costas en los recursos de suplicación en aplicación de lo dispuesto en el art. 233 LPL, salvadas las excepciones en las que pudiera serles apreciada temeridad o mala fe en sus planteamientos, que aquí no concurren. Siendo ésta la doctrina que, por otra parte, ha seguido esta Sala cual puede apreciarse en las SSTs de 23-1-1995 (Rec.-1802/94), 10-11-1999 (Rec.-3093/98), 17-7-2000 (Rec.-1969/99), 3-7-2001 (Rec.-3509/00), 24-7-2001 (Rec.-4040/00), 30-4-2003 (Rec.-3931/02), 24-5-2003 (Rec.-2975/02) o 3-3-2004 (Rec.-3834/02), entre otras". Reiterando también este criterio las sentencias de 20 de mayo del 2004 (rec. núm. 2946/2003), 10 de noviembre del 2004 (rec. núm. 299/2004), 22 de diciembre del 2004 (rec. núm. 2946/2003) y 21 de febrero del 2005 (rec. núm. 1714/2004), entre otras muchas ".

Queda claro, en fin, que la sentencia recurrida ha infringido los preceptos legales que se acaban de mencionar y, por ello, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, ha de ser casada y anulada en parte. Y, resolviendo el debate planteado en suplicación respecto a este extremo, no se impone ningún tipo de condena en costas al Servicio Madrileño de Salud, manteniéndose en cambio todos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida que no fueron objeto del presente recurso.

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2883

Madrid, 19 de octubre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Madrid, D^a Margarita Gonzalo Ugarte, en nombre y representación del SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Ma-

drid, de fecha 28 de abril de 2009, recaída en el recurso de suplicación número 461/09 de dicha Sala y, en consecuencia, casamos y anulamos en parte dicha resolución. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, no imponemos al Servicio Madrileño de Salud ningún tipo de condena al pago de las costas del recurso de suplicación; mantenemos todos los demás pronunciamientos

de la sentencia recurrida, los cuales no fueron objeto de debate en este recurso. Sin costas.

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

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

GISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

RESEÑA

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



2010/152965

TS Sala 1^a, Sentencia 20 julio 2010.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Validez de adquisición "a non domino" a favor de tercero de buena fe

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que rechazó la acción declarativa del dominio sobre la finca litigiosa ejercitada por el actor. La Sala confirma el criterio del tribunal "a quo" que, si bien reconoce la validez de la compra de la finca por parte de los abuelos y causantes del actor, que fue utilizada por éstos para su negocio de autoescuela, dicho contrato privado no se inscribió en el Registro de la Propiedad, por lo que la venta posterior por parte de los titulares registrales a un tercero de buena fe, que sí inscribió su derecho, prevalece sobre aquélla, a pesar de tratarse de una adquisición "a non domino", por aplicación del principio de fe pública registral.

2010/83220

TS Sala 1^a, Sentencia 1 junio 2010.
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Condena a entidad televisiva a indemnizar por la emisión de rótulo con imputaciones graves e inveraces

El TS declara no haber lugar a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia de apelación que condenó a

la entidad televisiva demandada a indemnizar al actor por la vulneración de su derecho al honor al mostrar durante la emisión de un programa un rótulo en el que se deducía que se imputaba al actor la autoría del incendio sufrido por la esposa de éste, que participaba en el indicado programa, y que manifestó en el juicio que se sorprendió del rótulo y que en ningún momento fue al programa a hablar de su marido. Declara el TS que carece de la más elemental diligencia la conducta de la demandada que no controló la actuación de aquellos de sus empleados que confeccionaron y dispusieron la emisión del rótulo en el que se atribuye a una persona inocente una imputación tan grave como la de haber incendiado la casa de su mujer.



2010/84204

TS Sala 2^a, Sentencia 28 abril 2010.
Ponente: D. Carlos Granados Pérez

Concepto de deformidad a efectos jurídico-penales del art. 150 CP 95

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de lesiones. El Alto Tribunal verifica que en el supuesto examinado, y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, el criterio mantenido por el tribunal de instancia de que concurría la deformidad del art. 150 CP 95, no puede considerarse erróneo atendidas la entidad, visibilidad y permanencia de las cicatrices sufridas por el perjudicado. Por otra parte, es evidente que no concurre una situación justificante de legítima defensa ni como eximente ni como atenuante, pues el acusado ni acudió en defensa de su hermano, para repeler una agresión que ya

había acabado, ni actuó en su propia defensa, sino en represalia de lo sucedido anteriormente, contra quien acababa de discutir con su hermano.



2010/92305

TS Sala 3^a, Sección 6^a, Sentencia 14 mayo 2010.
Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

Control jurisdiccional de los acuerdos de indulto limitado a los aspectos reglados del procedimiento

El TS declara inadmisibile el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros que le denegó el indulto solicitado. La Sala considera que existe desviación procesal en cuanto la demanda se articula al margen del acto recurrido, exponiendo no obstante la inadmisibilidad del recurso, que el control jurisdiccional contencioso administrativo de los acuerdos de indulto se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración, esto es, a los aspectos reglados del procedimiento.

2010/92322

TS Sala 3^a, Sección 8^a, Sentencia 7 mayo 2010.
Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Reproche dirigido a resoluciones judiciales considerado como falta de respeto hacia el juez

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto con-

tra el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial que acordó archivar el escrito de queja, por considerar que su contenido revestía naturaleza jurisdiccional porque lo que en ellas se exteriorizaba era la disconformidad con determinadas resoluciones judiciales adoptadas por el Juzgado de Instrucción. La Sala confirma dicho acuerdo, pues tras la desconsideración y falta de respeto que la parte actora atribuye al titular del Juzgado, lo que en realidad subyace es su profunda discrepancia con el sentido y el contenido de determinadas resoluciones judiciales adoptadas por aquél, pues el reproche dirigido a dichas resoluciones es considerarlas erróneas e infundadas.



2010/145233

TS Sala 4^a, Sentencia 15 abril 2010.
Ponente: D. Gonzalo Moliner Tamborero

Pausas consideradas como tiempo de trabajo efectivo en sector del telemarketing

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la empresa de telemarketing demandada contra sentencia que declaró el derecho del personal de las categorías de operaciones que desarrolle su actividad en pantallas de visualización de datos a una pausa de cinco minutos por cada hora efectiva de trabajo, considerando como tal el tiempo de descanso contemplado en el art. 25 Convenio Colectivo Estatal de Contact Center. Señala la Sala que si en el caso enjuiciado la pausa está prevista por cada hora de trabajo efectivo, y los descansos se consideran también tiempo de trabajo efectivo, no es fácil entender, como sostiene la empresa, que dichos descansos no se computen como trabajo efectivo, puesto que no existe ningún matiz diferenciador que permita sostener que no se quiso decir lo que se dijo.