



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 2839

Madrid, miércoles 2 de junio de 2010



TS CIVIL

2010/16360

TS Sala 1ª, Sentencia 11 marzo 2010. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Hay que atender al interés del menor

Atribución de guarda y custodia compartida

El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada y acuerda confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la disolución por divorcio del matrimonio, y la consiguiente disolución del régimen económico matrimonial, atribuyendo el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo, discrepando en la distribución de los tiempos la madre, hoy recurrente. Señala la Sala que no pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la sentencia recurrida, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta una serie de criterios abiertos que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Joaquín y Dª Rosalia tenían dos hijos gemelos, de 11 años de edad en la fecha de la sentencia apelada. La madre había abandonado el domicilio conyugal por desavenencias con el marido y los hijos habían quedado al cuidado del padre en el mismo domicilio. La madre abandonó dicho domicilio porque el piso era propiedad de los padres del marido y no era conveniente que los niños dejaran su entorno familiar. A pesar de que los niños estaban conviviendo con el padre, la madre acudía diariamente al domicilio de los hijos, les levantaba, les daba el desayuno y les acompañaba al colegio. Al mediodía se encargaban de los niños los abuelos paternos.

2º Se interpuso por el padre la demanda de divorcio, pidiendo la guarda y custodia de los hijos menores. La madre solicitó la custodia compartida por semanas.

3º El equipo psico-social y el Fiscal informaron favorablemente la guarda y custodia compartida, tal como solicitaba la madre. De hecho, el régimen que venían siguiendo los padres hasta aquel momento podía equivaler a un sistema de hecho de guarda compartida, aunque se señalaba en dichos informes que no parecía que los padres estuvieran dispuestos a mantener el status quo después del divorcio.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Oviedo, de 19 abril 2007 atribuyó la guarda y custodia compartida, de acuerdo con el

informe psico-social y el del Ministerio Fiscal porque analizando la situación se concluyó que "aun separados, ambos continúan con las atenciones debidas a los hijos" y "privarles de la atención de ambos sería perjudicial para los menores y ambos padres muestran idéntico interés en intervenir de forma activa en su cuidado". Se acordó en la sentencia "atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores Jesús Ángel y Agapito, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo", según los repartos temporales que se especificaban en la sentencia.

5º Apelaron ambos progenitores al discrepar de la solución: el padre insistió en que se le atribuyera la guarda en exclusiva, petición que Dª Rosalia articuló con carácter subsidiario, discrepando en la distribución temporal. La sentencia de la sección 4ª de la AP de Oviedo de 2 noviembre 2007 estimó el recurso de apelación del padre y desestimó el de la madre, en base a los siguientes argumentos y partiendo de que no había acuerdo entre los litigantes y que debía solucionarse el conflicto atendiendo al interés de los menores:

a) el padre había venido ejerciendo la guarda y custodia de facto;

b) la guarda y custodia compartida es una medida excepcional "que solo se justifica de demostrarse que con ello se favorece el desarrollo personal, emocional y afectivo" de los menores, sin producir desequilibrios;

c) no se observan especiales ventajas en el caso litigioso, sino al contrario y ello con independencia del sistema de reparto temporal que se acuerde;

d) la atribución trimestral "implicaría para los menores un cambio de domicilio trimestral, con la correspondiente deslocalización y la necesidad de tener que adaptarse, por un plazo de tiempo relativamente breve a nuevos hábitos, costumbres, pautas de comportamiento y compañías, originando un total desarraigo familiar que puede llegar a afectar a su estabilidad emocional", lo que se vería afectado si los cambios tuviesen lugar semanalmente;

SUMARIO

TS

CIVIL

Atribución de guarda y custodia compartida **1**

PENAL

Indemnización por daño moral en delito de amenazas terroristas **3**

ADMINISTRATIVO

Acuerdo contrario a la Directiva 93/36/CEE del Consejo **7**

Anulación del contrato de compraventa entre Ayuntamiento y mercantil **11**

SOCIAL

Derecho a póliza de seguro por intento de suicidio **13**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

e) sin que ello signifique una descalificación de la madre, abandonó el domicilio, dejando a los hijos al cuidado del padre y así continuó durante un año y medio, sin haber promovido durante este tiempo que se le otorgara la guarda y custodia, por lo que los menores se han acostumbrado a la situación, y

f) el tribunal no comparte el análisis efectuado por el informe psicosocial, por las evidencias que existen de que la presunta actitud del padre en contra de la madre no ha tenido ninguna consecuencia en la conducta de los hijos.

6º Dª Rosalia interpone recurso de casación dividido en dos motivos, de los que el auto de 21 julio 2009 admitió únicamente el señalado como "alegación cuarta", en realidad, primer motivo del recurso. El Ministerio Fiscal ha redactado el preceptivo informe en el que recomienda la estimación del recurso.

SEGUNDO. El recurso denuncia la infracción art. 92.8 CC, al amparo del art. 481.3 LEC, por tratarse de una norma de menos de 5 años de vigencia. Dice la recurrente que el Tribunal confunde en su argumentación la institución de la guarda y custodia compartida con lo que es el ejercicio práctico de la misma, es decir, cómo se van a relacionar los progenitores con los hijos. Debe existir una "coparentalidad" de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores.

Deben tenerse en cuenta una serie de criterios y las ventajas que va a tener en el contacto con los hijos del progenitor no custodio, que es aconsejable en familias con un bajo nivel de conflictividad y que mejora el efecto negativo que el divorcio causa en los hijos.

El motivo se estima.

Como afirma la sentencia de esta Sala de 8 octubre 2009, "Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por

parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven", criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar.

No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor.

En el presente caso se acordó la guarda y custodia compartida en la sentencia de 1ª Instancia, discrepando la madre únicamente en la distribución de los tiempos. Los informes existentes en el procedimiento recomiendan esta medida, que en realidad se ha producido de hecho en las relaciones posteriores a la separación y en este caso, el informe del Ministerio Fiscal propone la revisión de la valoración que la sentencia recurrida efectúa del interés del menor a partir de los hechos declarados probados, porque corresponde al juez llenarlo de contenido efectivo al ser el interés del menor un concepto jurídico indeterminado y señala que en la sentencia no se enumeran los efectos positivos de la adopción de la guarda unilateral por uno de los progenitores, por lo que el Tribunal no valora el interés del menor en forma razonable.

TERCERO. La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Rosalia, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 4ª, de 2 noviembre 2007, determina la de su recurso de casación, con la anulación de la sentencia recurrida y la confirmación de

la sentencia dictada por el juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Oviedo, de 19 abril 2007.

Las costas causadas por el recurso de casación no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC de 2000).

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

FALLO

1º Se estima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Rosalia contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 2 noviembre 2007, dictada en el rollo de apelación núm. 387/2007.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º Se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Oviedo, de 19 abril 2007, dictada en los autos de divorcio núm. 1325/2006, cuyo fallo dice: "Que declaro haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio entre D. Joaquín y Dª Rosalia, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, entre ellos, la disolución del régimen económico matrimonial, con adopción de las siguientes medidas:

1º.- Atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores Jesús Ángel y Agapito, de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares, y de forma alternativa en el tiempo.

2º.- El régimen de visitas y comunicación y estancia de los menores con su progenitor no custodio, será el siguiente: los menores, podrán comunicar y estar en compañía del progenitor que, en cada momento, no ostente la guarda, cuando así lo convengan con sus padres.

De no ser posible este acuerdo, y para continuar con un sistema lo más parecido posible al actual, atendiendo al horario laboral de los progenitores, cuando los niños se encuentren residiendo con su padre, su madre podrá continuar en su labor diaria de llevarlos al colegio, disfrutando además con ellos de fines de semana alternos, pudiendo disfrutar de forma continuada dichos fines de semana atendiendo a la voluntad paterna. Cuando los niños se encuentren residiendo con su madre, el padre podrá recogerlos los martes y jueves a la

salida del colegio, retornándolos a las 20:00 horas al domicilio materno, pasando fines de semana alternos en su compañía, salvo que de mutuo acuerdo fuera otra la voluntad de los progenitores en cuanto a los fines de semana.

Repartiéndose, de ser posible, las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, por mitad, entre ambos progenitores -períodos en que dejaría de operar la guarda compartida-, para seguir el régimen vacacional, de no decidirse otra cosa de mutuo acuerdo entre los progenitores, correspondiendo la elección al padre los años pares, y a la madre, los impares, en las vacaciones de Navidad y Semana Santa, pues los meses de verano se disfrutarán alternativamente por los progenitores, disfrutando de la compañía de los menores durante el mes de julio el que no ostentara la guarda el mes anterior, y agosto el otro, tal como se especifica en los Fundamentos de Derecho números 2 y 3, de esta Sentencia.

3º.- Cuando los menores se encuentren residiendo con su padre, su madre ha de abonarles 300 • en concepto de alimentos, y cuando se encuentren residiendo con su madre, su padre habrá de abonarles la cantidad de 250 •.

Las cantidades anteriormente señaladas, se abonarán en la cuenta que se designe por las partes, y se actualizarán, automática y anualmente, cada uno de enero, a tenor de las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u Organismo Público que lo sustituya.

4º.- Los gastos extraordinarios de los hijos, que no deben quedar comprendidos en la pensión de alimentos, habrán de ser abonados por sus progenitores en proporción a sus respectivos ingresos en la época que se devenguen, distinguiendo según la naturaleza del gasto, de manera que tendrán tal carácter los imprevistos y que guarden relación con el contenido del art. 143 del Código Civil (formación, salud, etc). Previamente a su acometimiento por el custodio, deberá justificarse documentalmente o de otra forma fehaciente su importe, su carácter extraordinario y su necesidad, recabando, en caso de desacuerdo, la aprobación judicial.

Todo ello, sin expresa imposición de costas.

Una vez firme la presente resolución, líbrese exhorto al Registro Civil de Oviedo, con testimonio de la

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).

misma para llevara a efecto la inscripción oportuna”.

4° No procede imponer las costas de este recurso de casación

5° No se imponen las costas de la primera instancia ni de la apelación

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Rios.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a Encarnación Roca Trias, 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.

una autoridad cuyo reconocimiento y dignidad pudieron resultar violentados y desprestigiados a juicio de los recurrentes, con actos (intimidación grave) susceptibles de integrar simultáneamente el delito del art. 550, efecto de una misma conducta.

El Fiscal recurrente niega que estuviera a título particular en el acto de inauguración de un mercado, sino que se hallaba allí con otros miembros de su grupo en su condición institucional. Nos dice que el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad se hallaba ínsito en los actos realizados, incurriendo la Sala de instancia en una inconsecuencia al declarar probado que en la conducta del acusado está presente la intención de atentar contra la ofendida en su condición de concejal, esto es, como representante democrática del pueblo. Insiste en que la amenaza de muerte a un cargo público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas constituye una “intimidación grave” como exige el art. 550 C.P. a efectos de configurar el tipo.

2. Antes de resolver dicha pretensión impugnativa, debemos dejar claro que no se produce distorsión alguna del principio acusatorio. Si se acusó desde el primer momento por un delito de amenazas terroristas por el que se condena y otro de atentado y se hizo con la pretensión de cualificarlo como terrorista (art. 577 en relación al 550, 551-2 C.P.) es evidente que no cabe tal calificación penal ya que el art. 577, que constituye simplemente una agravación integrante de un subtipo, no alcanza al art. 550. De ahí que lo correcto es que el concurso ideal propugnado en la acusación definitiva y en el recurso se establezca entre las amenazas terroristas (art. 577 en relación al 169.2) y el art. 550 y 551-2 que describe el atentado desprovisto este último delito de cualquier connotación terrorista. Lo mismo debe entenderse cuando los arts. 550 y 551-2 C.P. se relacionan con el art. 574, que tampoco resulta aplicable por razón del sujeto activo, si nos atenemos a los hechos probados como impone el art. 884-3 L.E.Cr.

3. Acometiendo el análisis propio del motivo no ofrece la menor duda de que en el hecho enjuiciado se dan dos circunstancias necesarias para efectuar la subsunción de la conducta en el art. 550:

a) Dirigir a la ofendida, señalándola con el dedo, la expresión “antes de cinco años te vamos a matar” constituye inequívocamente una intimidación grave de las previstas en el precepto como modalidad conductual alternativa, junto con otras, del delito de atentado.

b) Queda fuera de toda duda que la condición de concejal de un Ayuntamiento merece la calificación de autoridad, conforme el art. 24 C.P. y el 551-2° C.P.

Dicho esto la Audiencia Nacional excluye la tipificación por las siguientes razones argumentales:

1) El art. 577 no contempla la comisión del delito de atentado entre los que enumera y sí el de amenazas. La afirmación es cierta, pero sólo determinaríala la no aplicación de la cualificación o exasperación punitiva del art. 577, pero no excluye la comisión del delito de atentado.

2) La ofendida se hallaba en el lugar del acaecimiento de los hechos a título particular junto con algún otro miembro de su partido (no se indica si los acompañantes eran o no concejales). La afirmación la hizo la propia acusada y la Audiencia así lo entendió, por lo que no puede ahora contrariar esa convicción el Fiscal. De todos modos si no se hallaba en el ejercicio de sus funciones, restaría por determinar si el hecho se cometió o no en consideración a las mismas (con ocasión de ellas) para integrar o no el delito.

3) La condena como atentado y como amenazas terroristas conllevaría una doble valoración de la cualidad política de la D^a Marta. El art. 577 no contempla a un sujeto pasivo que ostente la condición de autoridad o funcionario público, aunque sí perteneciente a un partido (grupo político o social). No obstante, como el *factum* establece que el sujeto agente era conocedor y actuaba contra aquella por pertenecer al Partido Popular y ser concejal del Ayuntamiento, de nuevo hemos de dilucidar si el comportamiento del acusado en cuanto amenazaba de muerte a una concejal ofendía al principio de autoridad, esto es, atacaba el bien jurídico protegido, integrado por la dignidad de la función pública que se ejerce.

4. Avanzando en nuestro razonamiento podemos afirmar que tratándose de una intromisión grave en el derecho a la seguridad, libertad y tranquilidad (amenazas) de una autoridad, es de todo punto indispensable determinar si se hallaba en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, presidiendo como miembro de la Corporación el acto celebrado u ejerciendo de otro modo las competencias o funciones que le son propias como edil municipal, representativas o ejecutivas de su condición pública. De ser así es patente que el delito se habría cometido y nos hallaríamos ante un concurso ideal de delitos, por ser distintos los bienes jurídicos lesionados con una misma conducta (art. 77 C.P.).

Pero al no hallarse en el ejercicio de sus funciones, como proclaman los hechos probados, debemos indagar si las amenazas se dirigieron como tal autoridad para denigrar, desprestigiar o represaliar el ejercicio de las mismas o por las mismas razones por las que se pretendía llevar a cabo una alteración grave de la paz pública o subvertir el orden constitucional, es decir, por el sólo



2010/5928

TS Sala 2^a, Sentencia 10 febrero 2010. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

Solo cabe solicitud por el perjudicado

Indemnización por daño moral en delito de amenazas terroristas

Desestimando los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, la Sala acoge el formulado por el acusado contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de amenazas terroristas y atentado. El TS dicta segunda sentencia por la que, además de excluir de las costas las devengadas por la acusación particular, viene a dejar sin efecto la indemnización que por daño moral se establecía en favor de la ofendida, pues el tribunal resolvió y se pronunció positivamente acerca de la responsabilidad civil solicitada por la acusación particular del partido popular en favor de la ofendida, que también se hallaba personada. Sin embargo, prescindiendo del carácter con que actuó en juicio el partido, una parte procesal no puede pedir indemnización por otra, ya que el perjudicado es el único legitimado para ejercitar su derecho resarcitorio, conforme al principio dispositivo o de rogación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del Ministerio Fiscal y de la acusación particular Marta.

PRIMERO.- En motivo único, coincidente en uno y otro recurrente se combate la sentencia, vía art. 849-1 L.E.Cr. (corriente infracción de ley), por inaplicación de los arts. 550 y 551-2 C.Penal.

1. El recurso del Fiscal y de la acusación deberá examinarse conjuntamente, ya que ambos sostienen que el delito por el que es condenado el acusado, amenazas terroristas del art. 577, en relación al 169-2° C.P., no solapa o cubre totalmente todo el espectro de lesividad o antijuricidad material de la conducta enjuiciada. El sujeto activo además de actuar con el propósito inequívoco de provocar una alteración del orden público, como así ocurrió, aunque en el juicio no pudiera derivarse responsabilidad penal alguna por esos he-

chos, también en ese contexto amenazó gravemente a la ofendida, lesionándose el principio de autoridad, en tanto las amenazas de muerte a llevar a cabo antes de cinco años podían integrar a su vez una “intimidación grave” a que se refiere el art. 550, y su carácter indiscutible de autoridad (art. 24 y 551-2 C.P.) resultar atacado, toda vez que el acusado era consciente de la doble condición de la perjudicada de miembro del Partido Popular y concejal portavoz del Ayuntamiento de la localidad G., como proclaman los hechos probados.

En su caso, como sujeto pasivo de la infracción punitiva, la D^a Marta era una ciudadana perteneciente al grupo de personas de las que pretenden vivir en paz dentro del orden constitucional y legal establecido, e incluso era miembro de un partido, circunstancias incluidas en el art. 577 C.P., pero además, y este dato no se incorpora en dicho tipo, era

hecho de pertenecer al colectivo de personas o de partidos que aceptan la convivencia pacífica en democracia, con respeto a la Constitución o a las Leyes, frente a quienes no las aceptan y fuera de las vías legales pretenden alcanzar por cauces violentos objetivos separatistas o independentistas. Nuestra jurisprudencia ha reputado que se comete el atentado "con ocasión de ejecutar las funciones del cargo":

a) Cuando el acto violento dirigido contra la autoridad o funcionario tenga por causa, motivo o referencia no sólo las actividades que a la sazón realiza, dentro de sus funciones públicas, sino las que ejerció o ejercerá en lo sucesivo.

b) "Con ocasión de ellas" equivale a sufrir las consecuencias de haberlas ejercido (S.T.S. 20-12-86, 8-5-87, 6-3-90, etc.).

c) "Con ocasión de ellas", también significa en directa contemplación a la actividad funcional realizada (S.T.S. 30-5-88, 24-2-89, etc.).

d) También alcanza el término "con ocasión de ellas" a la protección post officium, siempre que las acciones que lesionan el bien jurídicamente protegido se hayan producido in contemplatione officii, o sea, por venganza o resentimiento de los actos realizados en cumplimiento de la función, aun cuando hubiese cesado en el desempeño de la misma: S.T.S. 31-1-90.

5. En atención a todo lo expuesto, más que a la diversa condición personal del sujeto (concejal o miembro de un partido o grupo de personas que aceptan la legalidad constitucional) en el caso de autos no ha quedado probado que se atacara el bien jurídico que se protege en el delito de atentado, por considerar que el sujeto activo no tenía el propósito (dolo directo), ni tampoco se representaba como efecto de su conducta (dolo de consecuencias necesarias, admitido en este delito), de que actuando de ese modo se atacara, ofendiera, denigrara o desconociera la dignidad de la función pública que ostentaba la ofendida entorpeciendo su ejercicio. En definitiva, esta Sala entiende que no se actuó con ocasión del ejercicio de las funciones de concejal, ni el prestigio, dignidad y libre desempeño del cargo resultó afectado. En ausencia de la dúplice lesión del bien jurídico entre el art. 169.2 en relación al 577 por un lado y el art. 550 y 551-2 por otro, todos del C.Penal, no se produjo el concurso ideal de delitos postulado.

En un caso idéntico esta Sala tampoco estimó como concurso ideal unas amenazas de muerte dirigidas a la alcaldesa de Lizartza, por no aparecer de modo nítido la lesión del bien jurídico protegido en el delito de atentado (véase S.T.S. núm. 1092/2009 de 23 de octubre) y sí, por el contrario, las amenazas terro-

ristas por las que fue condenado el sujeto.

El motivo ha de rechazarse.

Recurso de Zigor.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos, por corriente infracción de ley (art. 849-1 L.E.Cr.), considera infringido el art. 577 C.Penal por indebida aplicación.

1. Estima el recurrente que, partiendo del relato fáctico, no es de aplicación el referido art. 577 por no concurrir los elementos objetivos y subjetivos del mismo y ello por varias razones:

a) Porque el concepto de terrorismo debe ser entendido en sentido restrictivo como recomienda el informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de 16 de diciembre de 2008.

b) El carácter terrorista de tal conducta no aparece en la sentencia, dada la falta de referencia a la intención del acusado de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública.

c) Por último, la inclusión del precepto en el Código, a través de la reforma operada por Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, tenía por objeto criminalizar el terrorismo urbano y éste no es el caso.

2. El legislador español al introducir este precepto pudo estar pensando en la lucha callejera en el País Vasco, pero tampoco excluyó entre sus finalidades la de impedir que las organizaciones terroristas pudieran servirse de determinados núcleos o entornos afines que, sin estar incardinadas en tales grupos ni colaborar directamente con ellos, coincidían en alcanzar por otras vías los mismos fines ilícitos de subvertir el orden constitucional o alterar de modo grave la paz pública.

La naturaleza terrorista del subtipo o cualificación agravatoria del art. 577 C.P. no procede, pues, de la cualidad subjetiva de la pertenencia de sus miembros integrantes a un grupo a organización terrorista, sino de la naturaleza objetiva de la acción desplegada, que coincide con los fines terroristas (SS.T.S. 1523/2004 de 23 de diciembre y 259/2006 de 6 de marzo).

Por lo demás, es evidente que en los hechos probados a los que debemos estricta sumisión (art. 884-3 L.E.Cr.) sí se explicita el propósito terrorista (elemento subjetivo del injusto), aflorando su ínsita lesividad al bien jurídico protegido, ya que el comportamiento del recurrente iba dirigido sin ningún género de dudas (delito de tendencia interna intensificada) a intranquilizar a las personas o a despertar en ellas inquietud, sobresalto o desasosiego, perturbando o impidiendo de ese modo el pacífi-

co y normal desenvolvimiento del ejercicio de la libertad en las actividades cotidianas o de los derechos o libertades públicas, en definitiva, subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

El motivo ha de rechazarse.

TERCERO.- En el segundo motivo, por quebrantamiento de forma, alega infracción del art. 851-1º y 4º, al consignarse en la sentencia como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican prede-terminación del fallo.

1. Las frases determinantes se hallan insertas en el siguiente párrafo de la Sentencia "Tal hecho fue ejecutado por el acusado con el ánimo de atemorizar a la Dª Marta en su calidad de miembro del Partido Popular y de concejal del Ayuntamiento de la localidad G., contribuyendo así a los fines de subvertir el orden constitucional y alterar gravemente la paz pública".

Los extremos subrayados, hacen que dos conceptos jurídicos integrantes del tipo penal que se va a aplicar aparezcan en el factum, lo que abocaría irremediamente a la subsunción de los hechos en el art. 577 C.Penal.

A continuación añade, fuera del cauce impugnativo alegado, que no se practicó prueba alguna tendente a acreditar que la acción del acusado tuvo como finalidad amedrentar a alcaldes o concejales dentro de la campaña dirigida u orquestada por ETA. Termina afirmando que lo único que se sometió a enjuiciamiento fue lo ocurrido el día 10 de agosto de 2008.

2. Es evidente el error en que incurrió el recurrente en el enunciado del motivo al mencionar el núm. 4 del art. 851 L.E.Cr. junto al 1º, cuando en el desarrollo del mismo nada se dice que tenga relación con tal vicio formal. Ante dicha involuntaria equivocación debemos centrarnos en el vicio de predeterminación del factum.

En principio, hemos de hacer notar que los hechos probados deben contener todos los elementos constitutivos del tipo penal (a salvo los subjetivos que puedan ubicarse en la fundamentación jurídica), pues de lo contrario debería dictarse siempre sentencia absolutoria, si en la descripción típica factual de la sentencia no se reflejara el delito imputado.

Ahora bien, dicho esto, es evidente que del mismo modo que en ocasiones la reproducción en hechos probados de los mismos o similares términos que los contenidos en el precepto punitivo, no afectan a la predeterminación por poseer una significación común o usual (no técnica) accesible a cualquier persona, en otras ocasiones, cuando las frases o términos empleados poseen un alcance jurídico y se utilizan para sus-

tituir una parte del relato fáctico, la incorrección formal de la sentencia determina la nulidad de la misma, en base al núm. 1 del art. 851 L.E.Cr.

3. En nuestro caso, un aspecto del tipo penal se describe con una frase claramente valorativa, lo que daría la razón al recurrente. Sin embargo, no siempre que tal circunstancia se reconoce obliga a decretar la nulidad para nueva redacción de la sentencia. En primer término, como apunta el Fiscal, porque a lo sumo la nulidad instada determinaría la remisión de los autos al Tribunal de origen para que sustituyera los términos empleados por otros de similar semántica, acreditados en el proceso y que pudieran jurídicamente expresarse con otras palabras y no con las que el factum improcedentemente emplea (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública), tales como "conmover el orden legal con actos de hostigamiento a las autoridades y miembros de partidos políticos reconocidos con el fin de menoscabar la paz social y el normal funcionamiento de las instituciones" u otros similares.

Aunque en principio pareciera que el motivo debe estimarse, es necesario antes verificar una comprobación, cual es, si suprimidas esas frases del relato histórico sentencial, los hechos restantes son suficientes para integrar el delito por el que se condena.

Y en efecto, aunque se prescindan de esas frases valorativas, en el resto del probatum se recoge el comportamiento típico del acusado, pues tomando como referencia el párrafo primero íntegramente y el propósito que guiaba al culpable (elemento subjetivo del injusto razonado en la fundamentación jurídica), que no era otro que atemorizar a la ofendida en su calidad de miembro del Partido Popular y de concejal del Ayuntamiento de la localidad G., completados por los elementos negativos de la no pertenencia del acusado a la organización terrorista ETA o a alguna de sus filiales, no actuando al servicio de éstos ni colaborando con los mismos (párrafo final del factum), daría como resultado un relato plenamente subsumible en el art. 577 C.P.

4. Carece de la menor relevancia a efectos del motivo la afirmación de que la actuación del acusado estuviera enmarcada dentro de la campaña dirigida u orquestada por ETA, siendo, por otro lado, lógico que el enjuiciamiento de los hechos se limite a lo ocurrido el 10 de agosto de 2008, pues tal conducta fue precisamente la imputada y sobre ella ha recaído la sentencia.

Paralelamente a estas inocuas afirmaciones, parecen desviarse del motivo por quebrantamiento de forma otras argumentaciones en línea con el derecho a la presunción de inocencia por no resultar acreditada la finalidad del sujeto activo de amedrentar

a alcaldes y concejales. Pues bien, el único aspecto objeto de la imputación son las amenazas de muerte dirigidas a Marta, en su doble condición de militante de un partido político y de concejal del Ayuntamiento, y ello resultó plenamente acreditado por el testimonio de la propia ofendida y cuatro testigos próximos al lugar que dieron razón de lo sucedido.

Es prueba contundente no desvirtuada por otros testimonios, pues según el fundamento jurídico 2º uno de los policías se encontraba algo retirado y no pudo oírlo, otro dijo haber presenciado la bronca y observado la actitud agresiva del acusado, sin que pudiera precisar en tal contexto la concreta amenaza, lo que parece lógico si estaba más pendiente del mantenimiento del orden público.

El testigo de la defensa Sr. Iglesias, presencié también el altercado, aunque no pudo escuchar las amenazas. Por último, dos policías locales vieron a algunos jóvenes gritando o insultando y tuvieron por tal razón que formar un cordón de seguridad, ya que la cosa se estaba “poniendo caliente”, según éstos afirmaron.

No es correcto jurídicamente en un motivo de esta naturaleza que una prueba positiva concluyente, integrada por declaraciones de varios testigos, se pueda contraponer a otra testimonial, principalmente integrada por los testimonios de los policías actuantes que lógicamente no pudieron concretar la amenaza, más pendientes de otros cometidos de mayor relevancia.

El motivo, en definitiva, debe rechazarse.

CUARTO.- En el motivo tercero el recurrente denuncia error en la apreciación de la prueba (art. 849-2 L.E.Cr.) al no tenerse en cuenta la documental obrante en la causa.

1. Nos dice el acusado que la sentencia de la Audiencia Nacional no tiene para nada en cuenta la documental obrante en la causa constituida por el testimonio del Procedimiento abreviado 11/08 del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Bilbao, y más concretamente el acta de la vista oral, ni la documental aportada por la defensa al comienzo de las sesiones del juicio oral (documentos 1 a 11). Con tales documentos se pretende demostrar que en el procedimiento incoado ante el Juzgado de lo Penal 5 de Bilbao, la ofendida faltaba a la verdad en algunos aspectos y con ello se intentaba transmitir a la Audiencia la falta de veracidad del testimonio de aquélla.

Por otro lado, los nueve documentos y dos fotografías incorporadas a juicio en la vista oral pretenden justificar que el incidente no fue orquestado, preparado o dirigido por grupo alguno con el ánimo de alterar la paz pública o subvertir el orden constitu-

cional y si se produjo tal y como consta en los hechos probados fue de forma totalmente causal y puntual.

2. La doctrina de esta Sala ha venido exigiendo los siguientes requisitos para la prosperabilidad del motivo:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

b) Que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

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

3. Partiendo de tal doctrina jurisprudencial podemos comprobar que los documentos invocados o no merecen la calificación de documentos (v.g. acta de juicio oral) o no se invocan con las finalidades legales. La remisión a un procedimiento distinto al presente, ni cualquier otro elemento de prueba ajeno a la causa puede privar al tribunal de valorar libremente la credibilidad de un testigo, función que sólo a él compete de forma exclusiva y excluyente.

Por otro lado, es indiferente para la configuración del delito que el “incidente” fuera preparado u orquestado por grupo alguno. El impugnante reconoce que existió tal incidente o altercado, aunque lo califique de casual, pero lo que no desmiente son las amenazas de muerte dirigidas en ese contexto contra la militante del Partido Popular y concejal del Ayuntamiento.

En resumidas cuentas, el acusado lo que pretende es una revaloración de los hechos probados, pero en ningún caso modificar suprimiendo, modificando o completando parte de ellos consecuencia de evidencias probatorias contenidas en documentos literosuficientes, sin contar que sobre los hechos cuya versión no acepta existió prueba suficiente de signo contrario que los acreditaba.

El mismo recurrente en el párrafo final del motivo condensa el reproche frente al tribunal sosteniendo

que se valoraron los hechos “de forma inadecuada”.

Por todo ello el motivo debe decaer.

QUINTO.- En el cuarto motivo, por quebrantamiento de forma y al amparo del art. 850-3 L.E.Cr., se alega que el presidente del tribunal impidió a los testigos Iñigo y Maitane que contestasen a preguntas que les fueron dirigidas por la defensa en relación con la falta de credibilidad de la denunciante, Dª Marta.

1. En el desarrollo de esta censura se remite al vídeo que grabó el juicio oral para justificar el hecho, aunque también el acta del juicio lo refleja, siquiera no sea con tanta exactitud. Resulta destacable que la materia objeto de la pregunta o finalidad perseguida se concreta en la determinación de la credibilidad objetiva de la ofendida, o en la demostración del carácter de la misma.

2. Los requisitos que esta Sala viene observando para la viabilidad de un motivo de esta naturaleza se pueden resumir en los siguientes:

a) Que cualquiera de las partes haya dirigido preguntas a un testigo.

b) Que el presidente del tribunal no haya autorizado que el testigo conteste a alguna pregunta.

c) Que la misma sea pertinente, es decir, relacionada con los puntos controvertidos.

d) que tal pregunta fuera de manifiesta influencia en la causa.

e) que se transcriba literalmente en el acta del juicio.

f) que se haga constar en el acta la oportuna protesta.

3. En el presente caso se omite el elemento esencial de la protesta, ante cuya ausencia las demás partes procesales lo han podido interpretar con suficiente base legal, como aquietamiento a lo resuelto por la Sala. En cualquier caso la falta de tal requisito formal justificaría el rechazo del motivo.

Pero amén de ello, por razones materiales o de fondo, resulta evidente que las preguntas se revelaban como impertinentes o inútiles en cuanto no estaban dirigidas a esclarecer los hechos que se juzgaban. En tal sentido el procedimiento abreviado, que es el seguido, en su art. 758 se remite al 709 ambos de la L.E.Cr. que impone a quien preside las sesiones del juicio oral y dirige los debates la obligación de no permitir que los testigos que en dicho acto se examinan contesten a preguntas o preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

Pues bien, a la vista de las finalidades perseguidas por la defensa el tribunal denegó fundadamente la formulación de tales preguntas, las cua-

les debieron ceñirse y no lo hicieron a indagar acerca de la realidad de los hechos enjuiciados y no sobre las razones que haya tenido la denunciante para ponerlos en conocimiento de la autoridad y menos inquirir sobre su credibilidad o la solvencia moral de la misma.

El motivo ha de rechazarse.

SEXTO.- Por quebrantamiento de forma en el motivo formalizado con el número quinto protesta el recurrente por haber impuesto una pena accesoria no solicitada por ninguna acusación, de conformidad al art. 850-4 L.E.Cr. (debe referirse al art. 851-4).

1. En concreto -nos dice- se impone en el fallo sentencial la prohibición de aproximarse al domicilio, a la sede laboral y a los lugares frecuentados por la Dª Marta, así como la prohibición de residir en la localidad de residencia y trabajo de la misma por tiempo de 5 años; y ello sin que ninguna de las acusaciones lo solicitara.

En efecto y tal como se puede comprobar, en un principio en sus conclusiones provisionales únicamente fue el Ministerio Fiscal quien solicitó la imposición de alguna de las penas privativas de derechos del art. 48 C.P. y en concreto interesó la imposición de la “pena de prohibición de comunicarse por cualquier medio con la víctima y aproximarse a la localidad de G. por 10 años”.

Ya en trámite de elevar a definitivas las conclusiones, y tal como se señala en el antecedente y fundamento de hecho tercero de la sentencia, la defensa de la Dª Marta añadió a sus conclusiones la solicitud de imposición de la pena de prohibición de comunicarse con la víctima y acercarse a la localidad G. durante 10 años. Asimismo la defensa del Partido Popular introdujo como alternativa las medidas propuestas por el resto de acusaciones.

2. No puede asentarse la queja aducida en el precepto procesal que menciona, aunque podría ser reconducible a la infracción del principio acusatorio.

Ciertamente la medida, en cuanto potestativa para el tribunal, debe ser interesada por la parte afectada o en su nombre el Fiscal, y así se ha hecho, pero la verdad es que la petición se hace en términos escuetos, aunque no ofrecen la menor duda que la prohibición de aproximarse a Getzo se refería al núm. 1 del art. 48, por un lado, la de aproximarse a la víctima al núm. 2 del 48, petición que realiza el Fiscal, y la de no comunicarse con la víctima al núm. 3 del 48 C.P., que interesa la ofendida, todas ellas en correspondencia con las medidas indicadas. El desarrollo de la medida se establece en la ley (art. 48 C.P.), que además accediendo a la primera de las penas accesorias, de

no acercarse o aproximarse a la localidad G., durante 5 años, términos utilizados por las acusaciones, está significando o es implicativo de no residir o de no acudir al lugar de que se trate.

La prohibición de aproximarse a la víctima, por su parte, implica como dice el Código una serie de limitaciones que la sentencia establece de acuerdo con el art. 48 C.P. Y otro tanto puede afirmarse de la prohibición de comunicarse con la misma.

En resumidas cuentas, no es preciso que el peticionario desarrolle todos los aspectos y limitaciones de las medidas que solicita si éstas se hallan previstas en la ley, bastando como se ha hecho, con mencionar el núcleo de la prohibición, prescindiendo de las consecuencias y matices que lleva ínsitas y que el Código Penal se encarga de precisar. En todo caso se ha solicitado la prohibición de acercarse a la ciudad, la de acercarse a la víctima y la de comunicarse con ella, por lo que no se infringió el principio acusatorio.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- El motivo sexto y séptimo deben ser resueltos conjuntamente ya que desde dos perspectivas distintas se refieren a la misma cuestión, en concreto a la responsabilidad civil señalada en favor de la ofendida, por daño moral, ascendente a 6.000 euros, pretensión apoyada por el Mº Fiscal en el acto de la vista oral.

En el primero de los formulados se aduce que no se pronunció el tribunal acerca de la petición de que no era procedente señalar una responsabilidad civil, únicamente solicitada por la acusación popular (art. 851-3 L.E.Cr.). En el séptimo, a través del cauce propiciado por el art. 849-1º L.E.Cr. se entiende infringido el art. 115 del C.Penal (en el motivo se reseña por error la Ley de Enjuiciamiento) atacando el mismo señalamiento de responsabilidad civil por falta de motivación.

1. En el primer motivo se recuerda la polémica suscitada por las partes al comienzo de las sesiones del juicio sobre el carácter de la personación del Partido Popular, bien como acusación particular o bien como popular. La Audiencia decidió definitivamente la cuestión desestimando la tesis del ahora recurrente, considerando al Partido político directamente ofendido por el delito.

A su vez, conforme al art. 110 L.E.Cr. la acción civil, sólo puede ejercitarla el perjudicado, no un tercero en su nombre, si carece de poder o representación para ello.

2. Al recurrente no le falta razón, aunque el motivo en su formulación no se adecúe a la verdadera pretensión o cuestión suscitada.

El tribunal sí resolvió y por tanto se pronunció positivamente acerca de la responsabilidad civil solicitada por la acusación particular del Partido Popular en favor de la ofendida, que también se halla personada.

Sin embargo, prescindiendo del carácter con que actuó en juicio el Partido Popular, una parte procesal no puede pedir indemnización por otra. Según el art. 110 L.E.Cr. mencionado por el recurrente, el perjudicado es el único legitimado para ejercitar su derecho resarcitorio, conforme al principio dispositivo o de rogación. También puede hacerlo el Mº Fiscal. Pero en la causa ni el Fiscal ni la propia perjudicada solicitan en momento alguno esta última cantidad por daño moral, ni tampoco aparece en toda la causa adhesión a la petición hecha por otro, en este caso el Partido Popular.

Ello hace que se deba dejar sin efecto la cantidad indemnizatoria asignada a la Dª Marta, resultando anodino el motivo referido a la falta de motivación o justificación de su cuantía.

Por consiguiente el motivo sexto se estima, perdiendo toda virtualidad el número siete.

OCTAVO.- En el motivo número ocho ataca la sentencia, vía art. 849-1º L.E.Cr. (corriente infracción de ley), por aplicación indebida del art. 124 L.E.Cr. (debe decir Código Penal).

1. Sostiene que en el fallo sentencial se le condena al pago de las costas de la acusación particular y no debió hacerse al haber resultado su actuación totalmente superflua o inútil.

El argumento esencial del motivo se concreta en la paralela actuación de la acusación y el Mº Fiscal, esto es, califican del mismo modo los hechos, se sirvieron prácticamente de los mismos medios de prueba, interesando los mismos o similares peticiones, con todo lo cual es evidente que el resultado del proceso habría sido el mismo sin su intervención y más siendo el delito perseguible de oficio.

2. La doctrina de esta Sala sobre imposición de costas ha venido estableciendo los siguientes criterios:

a) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art.124 CP. de 1995).

b) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular (STS 26-11-97, 16-7-98 y 23-3 y 15-9-99, entre otras muchas).

c) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente pro-

cederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (doctrina jurisprudencial citada).

d) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (STS 16-7-98, entre otras).

e) La condena en costas no incluye las de la acusación popular (STS 464/2007, de 30-5; 717/2007, de 17-9; 899/2007 de 31-10).

3. Conforme a tales pautas interpretativas las razones que el recurrente expone para calificar de inútil o anodina la intervención de la ofendida como parte en el proceso, cual es la coincidencia o ajuste con las pretensiones del Fiscal y las acogidas por la sentencia, son precisamente las que legitimarían su actuación procesal en tanto se justifica una acusación acorde con la ley, esgrimiendo pretensiones defendibles y ajustadas a derecho, con base y fundamento.

Si es así, la acusación particular tiene un derecho incontestable de conocer, intervenir, controlar y reforzar, si fuere necesario, las actuaciones procesales en defensa de sus intereses particulares actuando en la posición acusatoria junto al Fiscal. El derecho que le asiste, sin embargo, tropieza con un dato o circunstancia insalvable, no aducida, pero inocultable, cual es, la ausencia de pronunciamiento en el fallo o parte dispositiva de la sentencia de la preceptiva imposición de costas. La parte recurrente protesta por su imposición, cuando no le fueron expresamente impuestas. La única mención en toda la sentencia se contiene en el fundamento octavo que textualmente dice: "De conformidad con los arts. 239 y 240 L.E.Cr. y 123 del C.Penal las costas se imponen a los criminalmente responsables de todo delito o falta", sin que sobre esa base exista pronunciamiento sentencial alguno.

Como quiera que con un carácter excepcional pueden dejar de incluirse las costas procesales de la acusación particular y en la causa no se hace ningún pronunciamiento, ya que el fundamento octavo sólo expresa lo que los artículos citados dicen, no pueden tenerse por impuestas, amén que en la causa existen dos acusaciones particulares, respecto a las cuales podrían mediar pronunciamientos diferentes.

En suma, no se imponen las costas en el fallo, en los fundamentos tampoco se habla de su expresa imposición, ni se aclara la sentencia ni se solicita aclaración de la misma (art. 161 L.E.Cr. y 267 LOPJ.), aunque quizás el extremo irresuelto exceda

de las previsiones de una aclaración; pero es que tampoco se recurrió por las partes afectadas. Fue la parte a la que debieron imponerse la que en la creencia de que se presumían impuestas interpuso recurso.

Por lo expuesto el motivo debe estimarse, no teniendo por hecha ninguna imposición de costas a los acusados en favor de las acusaciones particulares.

El motivo ha de estimarse.

NOVENO.- En el motivo de igual número, último de los formalizados, a través del art. 849-1º L.E.Cr. se alega inaplicación o aplicación contraria a derecho de los arts. 66, 72 y 57 del C.Penal.

1. Estima que los razonamientos y argumentos aducidos por el tribunal en el fundamento 5º son insuficientes y no colman el mandato de los arts. 66-6, 72 y 57 del Código Penal, que a su vez tienen su razón constitucional en el art. 120 de nuestro primer Cuerpo legal. Una de las razones de la gravedad de la pena impuesta, que entiende desproporcionada, es que dicha gravedad ya se halla intrínsecamente valorada en el art. 577 que tiene en consideración su carácter de miembro del Partido Popular y concejal del Ayuntamiento de la localidad G., para imponerla en su mitad superior. También se desatiende -según su tesis- los criterios individualizadores impuestos por el mandato del art. 57 C.P. integrados por la "gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente entrañare".

2. Sobre este punto y antes de dilucidar la cuestión planteada débese hacer constar que la facultad individualizadora radica en el tribunal de instancia, correspondiendo residualmente a esta Sala de casación, el control de que se ha razonado o justificado la pena, aunque sea de modo escueto o estricto y que la justificación de la cantidad de pena y la proporcionalidad de la misma -concepto no rigurosamente matemático- no resulta arbitraria, absurda o apartada de los criterios normativos que el aplicador del derecho debe respetar, acomodándose a ellos.

Partiendo de esa premisa hemos de hacer notar que el tribunal de instancia esta obligado a atenerse a los siguientes puntos (arbitrio normado), en ausencia de circunstancias atenuantes y agravantes (art. 66-6 C.P. y 72 C.P.):

a) Circunstancias personales del delincuente.

b) mayor o menor gravedad del hecho.

Sobre este marco normativo en el fundamento jurídico 5º, el tribunal se acoge:

a) A todas las circunstancias subjetivas u objetivas expresadas con

anterioridad. Con ello hace referencia a los elementos de esta naturaleza que aparecen mencionados en el *factum* y en la fundamentación jurídica. En este particular debe englobarse el dato referente a la condición objetiva del sujeto pasivo, esto es, el carácter de concejal del Ayuntamiento de la localidad G., que no se tiene en cuenta en el art. 577, sino sólo su pertenencia a un grupo político o de personas, pero nunca ostentando la condición de autoridad (art. 24 y 551-2º C.P.) que indudablemente es atribuida a un concejal y precisamente al no contemplar tal aspecto ha justificado la interposición del único motivo de casación del Fiscal y de la acusación particular. La circunstancia debe tenerse en cuenta, rechazada que ha sido la consideración de otro delito en concurso ideal con el art. 577 C.Penal.

b) En segundo término, como circunstancia de agravación del hecho, menciona la clase de amenaza dirigida a la ofendida, que es la más grave que puede hacerse, ya que otra de menor entidad hubiera dado lugar a la misma pena.

c) Y, finalmente, en orden a la circunstancia de carácter personal cualificante hace referencia al hecho precedente conocido por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Bilbao en el que recayó sentencia el 26-abril-2002, por la cual se condenaba al acusado por un delito de injurias, dirigidas precisamente contra la misma ofendida, circunstancia negativa que incide sobre la peligrosidad del sujeto, plasmada en la sentencia.

Con esos datos, en buena medida coincidentes con los criterios individualizadores del art. 57 del C.Penal, hemos de concluir que la cantidad de pena impuesta ha sido motivada por el tribunal, que con razón la ha estimado proporcionada.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- Las costas procesales se imponen a la acusación particular con pérdida del depósito constituido y se declaran de oficio las ocasionadas por el acusado recurrente Zigor, todo ello de conformidad con el art. 901 L.E.Criminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Zigor, por estimación de los motivos sexto y octavo con desestimación del resto de los articulados por el mismo y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección Tercera, con fecha diecisiete de junio de dos mil nueve en esos particulares aspectos y con declaración de oficio de las costas ocasionadas en dicho recurso.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos inter-

puestos por el Ministerio Fiscal y la representación de la acusación particular Dª Marta, contra la anteriormente mencionada sentencia de diecisiete de junio de dos mil nueve y con expresa imposición de costas a dicha acusación particular y pérdida del depósito constituido.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección Tercera a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Diego Ramos Gancedo.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de febrero de dos mil diez. En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 con el número 265/2008 y fallado posteriormente por la Sala Penal, Sección Tercera de la Audiencia Nacional, contra el acusado Zigor, nacido el 17/julio/1977 con DNI. núm.; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Nacional, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Tercera, Sala Penal de la Audiencia Nacional con fecha diecisiete de junio de dos mil nueve, incluso su relato de hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- Que conforme a todo lo argumentado en la sentencia rescindente, procede dejar sin efecto la indemnización por daño moral señalada en favor de la perjudicada, excluyendo de la imposición de costas las de la acusación particular, por no pronunciarse la sentencia sobre las mismas, ni recurrir por tal motivo la acusación que debió resultar favorable.

FALLO

Que no deben entenderse incluidas en la imposición de costas las deven-

gadas por la acusación particular y debe dejarse sin efecto la indemnización que por daño moral se establece en favor de la ofendida, manteniendo todos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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

món Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Diego Ramos Gancedo.

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



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/355550

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 11 noviembre 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Acuerdo contrario a la Directiva 93/36/CEE del Consejo

El TS estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el programa de renovación de la flota de helicópteros policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se autoriza al Ministerio del Interior a realizar las actuaciones necesarias para su aplicación. La Sala considera que el modo de proceder del acuerdo era contrario a lo dispuesto en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, recordando que la STJUE de 13 enero 2005, anterior, tanto a la resolución de la adjudicación del contrato de elección de tipo de helicóptero como al acuerdo que se impugna, declaró que el artículo 182, g) TRLCAP era contrario al Derecho Comunitario Europeo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se cuestiona en el presente recurso la legalidad del Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su sesión de fecha 17 de marzo de 2006, por el que se aprueba el Programa de Renovación de la flota de helicópteros policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se autoriza al Ministerio del Interior a realizar las actuaciones necesarias para su aplicación; Acuerdo publicado en el BOE de 17 de marzo de 2006.

En síntesis, mediante el mencionado Programa aprobado por el Consejo de Ministros:

a) "Se autoriza al Ministerio del Interior para que lleve a cabo las actuaciones necesarias para dotar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con 48 helicópteros EC-135 que sustituyan los actuales modelos BO-105 y BK-117 en servicio".

b) Se concreta el alcance del Programa que comprende "el diseño, desarrollo, adaptación, fabricación de componentes y montaje final de los helicópteros que a su entrega estarán totalmente operativos y apoya-

dos logísticamente, así como la baja de los aparatos que son objeto de reposición".

c) Se estima que el presupuesto de las adquisiciones para completar el Programa sería de 252.950.000 euros, con base a la distribución inicial de suministros anuales de aparatos entre los años 2006 a 2013, actualizando su valor anual conforme a las previsiones de incremento de IPC e innovaciones tecnológicas del mercado aeronáutico.

d) No obstante, se especifica en el Programa que "cada uno de los suministros anuales previstos en el programa se materializará mediante un negocio jurídico específico, utilizando para ello cualquiera de los instrumentos que el artículo 171 y concordantes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece para el contrato de suministros; periodificando los pagos teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio económico, las distintas fases del Programa y componentes de los aparatos".

e) Por último, se expresa en el Acuerdo adoptado que "La aproba-

ción de este Acuerdo no exime del cumplimiento de los restantes trámites de contratación regulados en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni de la autorización del Consejo de Ministros para adquirir compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros en los términos del artículo 47 ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria “.

SEGUNDO.- Visto el contenido del Programa aquí recurrido, debemos, a continuación, dejar constancia de otras dos Resoluciones, directamente relacionadas con el anterior Acuerdo aprobatorio del Programa, y que -como este- también fueron jurisdiccionalmente impugnadas por la entidad recurrente en recursos contencioso-administrativos seguidos ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que dictó sentencias de las que, con posterioridad, ha conocido esta Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Cuarta), resolviendo los recursos de casación formulados contra las mismas.

Nos referimos a:

1º. La Resolución de fecha 20 de diciembre de 2004 de la Subdirección General de Gestión Económica (B.O.E. de 30 de diciembre de 2004), dictada por delegación del Secretario de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior (Orden Interior 2992/2002, de 21 de noviembre), por la que se hace público el anuncio para la elección de tipo de helicóptero ligero polivalente policial, con destino a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para su necesaria uniformidad en el ámbito del Ministerio del Interior.

Impugnada por la misma entidad aquí recurrente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, dictó sentencia, en fecha de 13 de diciembre de 2006, en el Recurso número 109 de 2005, en cuya parte dispositiva se establecía: “Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por Augusta S.P.A. representada por la Procuradora Dª Francisca Amores Zambrano, contra la resolución de fecha 20 de diciembre de 2004 de la Subdirección General de Gestión Económica, dictada por delegación del Secretario de Estado de Seguridad, Ministerio del Interior, en virtud de la Orden Int/2992/2002 de 21 de noviembre, por la que se hace público el anuncio para la elección de tipo de helicóptero ligero polivalente policial, con destino a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para su necesaria uniformidad en el ámbito del Ministerio del Interior, que declaramos conforme a derecho, con desestimación de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, sin costas”.

Interpuesto contra la anterior SAN recurso de casación 320/2007, por la

misma entidad aquí recurrente, fue el mismo resuelto por STS de esta Sala (Sección Cuarta), de fecha 30 de abril de 2008, cuya parte dispositiva decía así:

“Ha lugar al recurso extraordinario de casación núm. 320/2007, interpuesto por la representación procesal de Augusta SPS frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, dictada el trece de diciembre de dos mil seis, en el recurso contencioso administrativo núm. 109/2005, y que desestimó el mismo deducido por aquella contra la Resolución de 20 de diciembre de 2004 de la Subdirección General de Gestión Económica, dictada por Delegación de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, en virtud de la Orden del Ministerio citado 2992/2002 de 21 de noviembre, por la que se hizo público el anuncio para la elección del tipo de helicóptero ligero polivalente policial, con destino a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para su necesaria uniformidad en el ámbito del Ministerio del Interior, que casamos y declaramos nula y sin ningún valor ni efecto.

Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo núm. 109/2005, interpuesto por la representación procesal de Augusta S.P.A. contra la Resolución de 20 de diciembre de 2004 de la Subdirección General de Gestión Económica, dictada por Delegación de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, en virtud de la Orden del Ministerio citado 2992/2002 de 21 de noviembre, por la que se hizo público el anuncio para la elección del tipo de helicóptero ligero polivalente policial, con destino a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para su necesaria uniformidad en el ámbito del Ministerio del Interior, que anulamos por no ser conforme con el ordenamiento jurídico.

En cuanto a costas no se hace expresa condena en cuanto a las de este recurso extraordinario de casación y en cuanto a las de instancia cada parte satisfará las que correspondan”.

2º. La Resolución de la Subdirección General de Gestión Económica y Patrimonial, de fecha 5 de abril de 2005 (B.O.E. de 19 de abril de 2005), dictada por delegación del Secretario de Estado de Seguridad (Orden Interior 2992/2002, de 21 de noviembre), en virtud de la cual se procede a la elección del tipo de helicóptero EC-135 P2 y T2 de Eurocopter España, S. A. (número de expediente M-04-253).

Impugnada, igualmente, por la misma entidad aquí recurrente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, dictó sentencia, en fecha de 13 de diciembre de 2006, en el Recurso número 976 de 2005, en cuya parte dispositiva se establecía:

“Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por Augusta S.P.A. representada por la Procuradora Dª Francisca Amores Zambrano, contra la resolución de la Subdirección General de Gestión Económica y Patrimonial, por delegación del Secretario de Estado de Seguridad (orden INT 2992/2002, de 21 de noviembre) de fecha 5 de abril de 2005 (B.O.E. de 19 de abril de 2005) en virtud de la cual se procede a la elección del tipo de helicóptero EC-135 P2 y T2 de Eurocopter España, S.A. (número de expediente M-04-253), que declaramos conforme a derecho, con desestimación de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda; sin costas”.

Interpuesto contra la anterior SAN recurso de casación 1039/2007, por la misma entidad aquí recurrente, fue el mismo resuelto por STS de esta Sala (Sección Cuarta), también de fecha 30 de abril de 2008, cuya parte dispositiva decía así:

“Ha lugar al recurso extraordinario de casación núm. 1039/2007, interpuesto por la representación procesal de Augusta SPA frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 976/2005, y que desestimó el mismo deducido por aquella contra la Resolución de cinco de abril de dos mil cinco de la Subdirección General de Gestión Económica, dictada por Delegación de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, en virtud de la Orden del Ministerio citado 2992/2002 de 21 de noviembre, en virtud de la cual se procedió a la elección del tipo de helicóptero EC-135 P2 y T2 de Eurocopter España, S.A. que casamos y declaramos nula y sin ningún valor ni efecto.

Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo núm. 976/2005, interpuesto por la representación procesal de Augusta S.P.A. contra la Resolución de cinco de abril de dos mil cinco de la Subdirección General de Gestión Económica, dictada por Delegación de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, en virtud de la cual se procedió a la elección del tipo de helicóptero EC-135 P2 y T2 de Eurocopter España, S.A. de la Orden del Ministerio citado 2992/2002 de 21 de noviembre, que anulamos por no ser conforme con el ordenamiento jurídico.

En cuanto a costas no se hace expresa condena en cuanto a las de este recurso extraordinario de casación y en cuanto a las de instancia cada parte satisfará las que correspondan”.

TERCERO.- Con dichos precedentes recordamos que lo que aquí y ahora se impugna -en recurso directo, dada su procedencia- es el Acuerdo del Consejo de Ministros, adopta-

do en su sesión de fecha 17 de marzo de 2006, por el que se aprueba el Programa de Renovación de la flota de helicópteros policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se autoriza al Ministerio del Interior a realizar las actuaciones necesarias para su aplicación; Acuerdo que fue publicado en el B.O.E. de 17 de marzo de 2006.

Pues bien, la representación de la Administración del Estado lleva a cabo una consideración previa, distinguiendo entre el objeto de los dos anteriores recursos (convocatoria de concurso y resolución del mismo) y poniendo de manifiesto que en el presente recurso se pretende “involucrar el objeto del mismo”, cuando, en realidad “constituyen una cuestión absolutamente distinta de la del objeto de este pleito, aunque en la demanda se quiere involucrar con el mismo”.

Realizada tal distinción, tal representación plantea, con carácter previo, la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo por cuanto, según expone, no tiene, el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, la naturaleza de acto administrativo susceptible de impugnación, de conformidad con el artículo 69.c), en relación con el artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA).

En concreto, se razona sobre la naturaleza jurídica de un programa, señalando al efecto que su contenido “no es otro que, como el de todo programa, es decir, sin carácter vinculante alguno para los administrados, establecer un presupuesto global y unas previsiones anuales de suministro durante un determinado período de tiempo, en este caso desde el año 2006 hasta el 2013, para atender a las finalidades que se pretende y orientar la actuación de las Administraciones competentes; concretamente se autoriza al Ministerio del Interior para realizar las actuaciones necesarias para su aplicación”. Se expone, por ello, que tal materialización del programa se lleva a cabo mediante un negocio jurídico específico para cada supuesto, para cada suministro, siendo entonces cuando cada uno de estos contratos de suministro se someta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por otra parte, el programa no implica una aprobación presupuestaria, ya que el mismo no exime del cumplimiento de los trámites de contratación regulados en la expresada Ley, ni tampoco de la correspondiente autorización del Consejo de Ministros para adquirir compromisos de gastos con cargo a ejercicios futuros. En consecuencia, se pone de manifiesto que, desde dicha perspectiva, “un programa de estas características no puede considerarse como un acto administrativo, impugnabile”.

La causa de inadmisibilidad ha de ser rechazada.

Del examen del Programa aprobado por el Consejo de Ministros podemos extraer una serie de datos de los que poder deducir la auténtica naturaleza jurídica del Programa, perfectamente compatible con el ámbito de la actuación administrativa y con la consiguiente posibilidad de su enjuiciamiento jurisdiccional, rechazando, así la inadmisibilidad planteada.

Debe resaltarse que en la Exposición del Acuerdo del Consejo de Ministros aprobatorio del Programa existe una alusión implícita y otra explícita a la empresa que, como fabricante de los helicópteros, va a materializar el Programa; así en el cuarto párrafo de la citada Exposición se expresa que “La implantación del Programa “Helicóptero Ligero Polivalente Policial” tendrá un impacto industrial substancial, tanto cualitativa como cuantitativamente, en el desarrollo de la industria española de helicópteros.

Es de resaltar que facilitará la consecución de una empresa española de ciclo completo, desde la ingeniería al apoyo logístico integral, consolidando una industria de helicópteros en España”. Y, por si hubiese duda de que el Programa se ejecutaría con la fabricación de los helicópteros por una empresa española, en el último párrafo se expone que “El Ministerio del Interior y Eurocopter España, S.A. definirán de común acuerdo el marco de propuestas de actuación relativas a propuestas de mejoras operativas, evolución tecnológica, adquisiciones y sostenimiento de la flota, durante la vigencia del Programa”.

Por otra parte, en el mismo texto del Programa existen alusiones concretas al tipo de helicóptero elegido, así como a la empresa que va fabricarlo; esto es, el modelo EC.135 P2 y T2 de la empresa Eurocopter España, S.A. Además, el Programa se articula y configura sobre la base de la previa elección del determinado helicóptero tipo y de la concreta empresa fabricante. Así, dentro del epígrafe dedicado al Planteamiento del programa, se expresa:

“Con el fin de facilitar el proceso de renovación, la Secretaría de Estado de Seguridad convocó y adjudicó en el 2005 un concurso de adopción de tipo, de conformidad con lo que establece el artículo 82 g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como consecuencia del mismo, se declaró la necesaria uniformidad de un único modelo de “helicóptero ligero polivalente policial”, resultando seleccionado el modelo EC.135 P2 y T2 de la empresa Eurocopter España, S. A.”. Incluso llega a hacerse referencia al Centro, y servicio, de Mantenimiento posventa por parte de la empresa fabricante, del cual, según se expresa, ya dispone en Cuatro Vientos (Madrid). Junto a ello, el Programa aprobado, en su apartado

dedicado a las “Ventajas en el soporte logístico” toma en consideración -junto al Mantenimiento expresado- aspectos tales como el Apoyo logístico, el Soporte Técnico, el Soporte a flota y la Enseñanza, en relación concreta y directa con la mencionada empresa fabricante.

Incluso, al folio 15 del expediente (dedicado a la Financiación y Ejecución del Programa) se hace referencia a los préstamos y retornos acordados entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la empresa Eurocopter para el desarrollo tecnológico e industrial del programa de helicópteros EC-135. Igualmente se expresa que la financiación de las adquisiciones se efectuaría a cargo de los presupuestos del Ministerio del Interior.

Por su parte, en el apartado de los Desarrollos Tecnológicos del Programa se mencionan el Convenio de Colaboración entre los Ministerios de Interior y de Ciencia y Tecnología en relación con el desarrollo de programas científicos y tecnológicos relacionados con la seguridad, habiéndose, en concreto, formalizado, para el Programa impugnado que nos ocupa, una Addenda, la cual fue modificada por el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la empresa Eurocopter España, S. A. para el desarrollo tecnológico e industrial del programa de helicópteros EC-135, sustituyendo al anterior; pues bien, mediante el citado nuevo Convenio el citado Ministerio concedió a la empresa luego adjudicataria un anticipo reintegrable de 35.000.000 euros. Este Convenio es anterior al concurso para la elección del helicóptero tipo y, por supuesto, anterior a la adjudicación del mismo a la empresa Eurocopter España, S.A.

(Como ya conocemos, con tales precedentes, fácil era deducir que el Concurso para la elección del tipo de helicóptero ligero policial a adquirir por la Administración española para sus Fuerzas y Cuerpos de Seguridad -y que implicaba la declaración de necesaria uniformidad en el ámbito del Ministerio del Interior- no podría ser adjudicado a una empresa distinta de aquella con la que se había suscrito un Convenio tecnológico y a la que se la había adelantado la correspondiente financiación; y, la forma de hacerlo -dada la uniformidad- no podía ser otra que el procedimiento negociado sin publicidad establecido en el artículo 182.g del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP).

Pues bien, desde la perspectiva de la inadmisibilidad del recurso, que es lo que ahora nos ocupa, debemos, pues, destacar que no estamos en presencia de un Programa inocuo desde la perspectiva de la programa-

ción de una determinada acción política, en la que se decide -y se programa temporal y económicamente- renovar la flota de helicópteros policiales del Ministerio del Interior, pues la citada renovación abarca a 48 (de los 53 existentes) helicópteros policiales del Ministerio del Interior -ya que cinco habían sido recientemente adquiridos (en concreto, modelos EC-135 y EC-120)-; y lo cierto es que estamos en presencia de un Programa solo materializable con un determinado tipo de helicóptero, previamente declarado uniforme, por precio ya establecido anualmente, a fabricar por una determinada empresa y durante un concreto y programado período de tiempo.

Esto es, la conexión del Programa, que se impugna, con los anteriores concurso y adjudicación, devienen inescindibles, o dicho de otra forma, el Programa sería inoperante para la adquisición de otro tipo de helicóptero o con otro fabricante.

Dicho de otra forma, utilizando el procedimiento contractual negociado sin publicidad (182.g del TRLCAP), el Ministerio del Interior (mediante el correspondiente concurso) procedió a seleccionar un determinado tipo o modelo de producto -en este caso, de un helicóptero ligero polivalente policial- al amparo y con la finalidad de recurrir para su posterior contratación al mencionado procedimiento negociado sin publicidad; adjudicado el concurso se aprueba el Programa, si bien tomando en concreta consideración el helicóptero elegido y declarado uniforme así como la empresa fabricante y adjudicataria.

Desde otra perspectiva -al margen de la anterior identificación, en el Programa, del concreto objeto de los futuros contratos y de la concreta empresa española fabricante de los mismos, y por tanto vendedora- también debemos destacar otros datos objetivos que figuran en el texto del Programa y que -como veremos- van a proyectarse, de forma irremisible e inamovible, sobre los futuros contratos de suministro de los 48 helicópteros:

a) De una parte nos referimos al presupuesto estimado del Programa, que se cifra en 252.950.000 euros.

b) Y, de otra, la duración del mismo Programa, que se concreta en 8 años.

Esto es, durante cada uno de los 8 años (2006 a 2013) del Programa se van a fabricar, por la citada empresa española, 6 helicópteros del tipo y modelo previamente elegido mediante concurso para la declaración de uniformidad, a razón de un precio inicial por helicóptero en 2006 de 4,65 millones de euros, que anualmente se incrementarán conforme a las previsiones de incremento de IPC e innovaciones tecnológicas del mercado aeronáutico.

No estamos, pues, en el marco de una política -entendida como la inspiración, orientación o directriz que rige la actuación de una entidad pública en un campo determinado-, ni en el de un plan -como conjunto de objetivos coordinados y ordenados temporalmente por la aplicación de una política-, ni, en fin, en el mas cercano de un programa -o articulación de una serie de proyectos previstos en un área determinada-, sino en el de una concreta actuación administrativa por la que, en conexión con otras actuaciones coordinadas, se configura el contenido (contratante, objeto y precio) de una determinada relación contractual administrativa.

Al examinar el Programa aprobado nos encontramos en presencia de un acto o de una actuación administrativa que produce las consecuencias jurídicas y económicas que ya conocemos por haberlas especificado. Y como tal, podemos y debemos proceder a su enjuiciamiento jurisdiccional.

CUARTO.- Llegados a este punto, hemos de señalar que en la impugnación de la recurrente se afirma que el procedimiento de contratación mediante el que se articula la operación de renovación de la flota de helicópteros -aprobado por el Acuerdo impugnado- se ampara en el artículo 182.g) del TRLCAP, entrando en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/36/CEE; y que, sin embargo, dicho precepto estatal ha sido expresamente declarado contrario al Derecho Comunitario Europeo por parte de la STJUE de 13 de enero de 2005, anterior, tanto a la Resolución de la adjudicación del contrato de elección de tipo de helicóptero como al Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de marzo de 2006 que se impugna.

En síntesis, se señala que la citada STJUE ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, al permitir en el artículo 182.g) del TRLCAP que se recurra -como ha acontecido en el supuesto de autos- al procedimiento negociado en un supuesto no contemplado en la citada Directiva comunitaria. Por ello mismo, así como el Ministerio del Interior no podía, como indebidamente hizo, adjudicar el concurso para la selección del tipo de helicóptero, el Consejo de Ministros tampoco podía aprobar ilícitamente un Programa y una autorización de gasto que tenía como finalidad la ejecución de dicho concurso tipo y que trae causa directa y constituye al mismo tiempo la cobertura de este concurso ilícito.

Pues bien, hemos de proceder a la estimación del recurso contencioso-administrativo de conformidad con

la doctrina establecida en las dos SSTs (Sección Cuarta de esta Sala Tercera), ambas de fecha 30 de abril de 2008, dictadas en los recursos de casación 320 y 1039 de 2007, a las que antes hicimos referencia, y cuya doctrina hemos de reproducir.

“En consecuencia, el concurso convocado por el acto administrativo recurrido constituye,... como más adelante explicaremos, por así decir, la primera fase de ese singular procedimiento de contratación, que da lugar después a una pluralidad de adjudicaciones concretas o singularizadas, éstas ya por el procedimiento negociado sin publicidad, es decir, con tal exclusión del principio de concurrencia.

Más aún, al utilizarse ese procedimiento de adjudicación directa sin publicidad, ningún eventual competidor tendrá derecho a ser informado ni tendrá noticia de todas esas adjudicaciones, por lo que difícilmente podrá oponerse a ellas o impugnarlas. La adjudicación del “concurso de tipo” a una empresa determinada, precluye, pues, en la práctica, la posibilidad de ejercitar de manera eficaz el derecho a recurrir contra las adjudicaciones que de aquél derivan.

Pues bien,... el concurso impugnado es manifiestamente contrario a Derecho (artículo 6.2 y 3 de la Directiva 93/36/CEE), puesto que contempla la utilización del procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 182 g) de la Ley de Contratos del Estado para la adjudicación de contratos de suministros a una serie indeterminada de bienes, siendo así que esta modalidad de contratación no está prevista por la citada Directiva 93/36/CEE.

Así resulta, de manera clara y terminante, de lo declarado por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2005, en el Asunto C-84/03, Comisión contra España que radicalmente es infringida por la Sentencia de 13 de diciembre de 2006 que se recurre y que expresa lo que sigue:

“56. Por lo que respecta a la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes, a la que se refiere el artículo 182, letra g), del Texto Refundido, sólo cabe recurrir al procedimiento negociado en los supuestos enumerados taxativamente en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36. Por otra parte, el apartado 4 de este artículo indica que “en todos los demás supuestos, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de suministro por el procedimiento abierto o por el procedimiento restringido”.

57. Pues bien, la disposición controvertida, introducida por el legislador español, no responde al caso que figura en el artículo 6, apartado 2, ni a uno de los seis supuestos enumerados en el apartado 3 del mismo artículo, en los que está expresamente

permitida la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación. Procede señalar asimismo que el concepto de “acuerdo marco” no está incluido en el ámbito de aplicación de estas excepciones.

59. En consecuencia, en la medida en que permite el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa en los procedimientos que se refieren a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la administración siempre que el tipo de bienes de que se trate se haya elegido previamente en virtud de concurso, la normativa controvertida constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36”

De ahí que el Tribunal de Justicia haya declarado en el fallo de esa Sentencia, entre otras cosas, que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/36 / CE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, al permitir en el artículo 182.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que se recurra al procedimiento negociado en un supuesto no contemplado en la citada Directiva.

Frente a una declaración judicial tan clara y rotunda, esta parte considera, dicho sea con todos los respetos, que la Sentencia de instancia infringe de plano la Jurisprudencia anteriormente citada así como los artículos 6.2 y 3 de la Directiva 93/36/CEE, al entender erróneamente que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no afectaría a la primera fase del procedimiento de contratación del suministro, que es la adjudicación del concurso de tipo, sino tan sólo a las bases sucesivas, esto es, a las adjudicaciones de bienes concretos del tipo elegido.

Tal pronunciamiento, que se desarrolla a lo largo del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia objeto de recurso, no es conforme a derecho puesto que, como es obvio, es la adjudicación del concurso de tipo lo que permite, posibilita y arrastra las posteriores adjudicaciones por procedimiento negociado sin publicidad.

Así figura, además en la propia convocatoria recurrida. Esas adjudicaciones concretas traen causa de la convocatoria inicial del concurso de tipo, ya de por sí contraria a Derecho comunitario y son, a efectos jurídicos, imprescindibles de ella, en contra de lo que se mantiene por la Sala de instancia en la Sentencia recurrida, a distinguir erróneamente dos fases absolutamente diferenciadas, que sin embargo en modo alguno distinguen la Sentencia de 13 de enero de

2005 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en contra de lo establecido en la Sentencia de Instancia.

Pues, una vez elegido el tipo de producto a suministrar, ya no caben nuevas licitaciones por procedimientos abiertos y restringidos en concurrencia y con publicidad. Al contrario, la empresa adjudicataria del concurso tipo tiene derecho a suministrar el número de aparatos que la Administración le solicite directamente.

De ahí que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya declarado expresamente ilícito el artículo 182.g) de la Ley española, del que la convocatoria recurrida es una siempre aplicación. El citado artículo y esta convocatoria son contrarios a Derecho (dicho sea con las palabras del Tribunal de Justicia) “en la medida en que permite” y conlleva la práctica ilegal de procedimientos negociados sin publicidad”.

(...) Precisamente lo que dice con toda claridad la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de trece de enero de dos mil cinco es exactamente lo contrario, y así expone que:

“Por lo que respecta a la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes, a la que se refiere el artículo 182, letra g), del Texto Refundido, sólo cabe recurrir al procedimiento negociado en los supuestos enumerados taxativamente en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36. Por otra parte, el apartado 4 de este artículo indica que “en todos los demás supuestos, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de suministro por el procedimiento abierto o por el procedimiento restringido”.

Pues bien, la disposición controvertida, introducida por el legislador español, no responde al caso que figura en el artículo 6, apartado 2, ni a uno de los seis supuestos enumerados en el apartado 3 del mismo artículo, en los que está expresamente permitida la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación. Procede señalar asimismo que el concepto de “acuerdo marco” no está incluido en el ámbito de aplicación de estas excepciones.

Además, según jurisprudencia reiterada, las disposiciones que admiten excepciones a las normas dirigidas a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de suministro deben ser interpretadas estrictamente (Sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España, C-71/92, Rec. p. I-5923, apartado 36). Por tanto, corresponde a los Estados miembros demostrar que su normativa incorpora de manera fiel los supuestos expresamente previstos por la Directiva. Pues bien, en el caso de autos, el Gobierno español

no ha aportado tal prueba.

En consecuencia, en la medida en que permite el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa en los procedimientos que se refieren a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la administración, siempre que el tipo de bienes de que se trate se haya elegido previamente en virtud de concurso, la normativa controvertida constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36.

En tales circunstancias, procede estimar el tercer motivo de la Comisión.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, es necesario declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36 y 93/37 al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular: al permitir en el artículo 182, letra g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

Además la contravención por parte de la normativa y de la Administración española de la Directiva 93/36/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro es palpable, puesto que si se analiza el art. 6.2 y 3 de la misma se comprueba la imposibilidad del poder adjudicador de adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado del modo previsto por el art. 182.g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, toda vez que ese supuesto no está comprendido en ninguno de los previstos por la Directiva.

Conviene ahora recordar de nuevo el texto del artículo 182.g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que se cuestiona por la recurrente en tanto que el acto que impugnó era el paso anterior necesario para convocar el posterior procedimiento negociado sin publicidad previa, es decir el anuncio del concurso para la adopción del tipo de helicóptero que posteriormente había de adquirirse mediante ese procedimiento contractual. Ese precepto era del siguiente tener literal:

“Podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes, que habrán de justificarse en el expediente: Los que se refieren a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración, siempre que la adopción del tipo de que se trate se haya efectuado, previa e independientemente, en virtud de concurso, de

acuerdo con lo previsto en el presente título”.

El origen de ese precepto se halla en el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, Decreto 923/1965, de 8 de abril, cuyo art. 87 al referirse a los contratos de suministro estableció como procedimientos de adjudicación la subasta, el concurso y la contratación directa. Se autorizaba en ese mismo artículo la contratación directa entre otros supuestos cuando se tratase de bienes cuya uniformidad hubiese sido declarada necesaria por acuerdo de la Dirección General de Patrimonio del Estado para su utilización común por la Administración y también cuando se tratase de bienes de utilización específica por los servicios de un determinado Departamento ministerial en cuyo caso sería a éste a quien correspondería efectuar la declaración de uniformidad.

Añadiendo el precepto que la adopción del tipo debería haberse efectuado previa e independientemente, en virtud de concurso de acuerdo con lo prevenido en el presente título. En iguales términos se manifestaba el art. 247 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre que aprobó el Reglamento General de Contratación del Estado.

El artículo que nos ocupa pasó a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995, de 18 de mayo, que reguló el procedimiento negociado sin publicidad en el art. 183 en los mismos términos que lo conocemos en el Real Decreto Legislativo 2/2000, que era de aplicación al momento en que se interpuso el recurso contencioso administrativo en la instancia.

Sin embargo esa norma fue objeto de una posterior corrección que se llevó a cabo por medio de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que en la Disposición Final Cuarta Tres modificó el párrafo g) del art. 182 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que quedó redactado del siguiente modo:

“Los que se refieren a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración, siempre que su cuantía sea inferior a los importes señalados en el art. 177.2 y la adopción del tipo de que se trate se haya efectuado, previa e independientemente, en virtud de concurso, de acuerdo con lo previsto en el presente título”. La cuantía a la que se refiere el precepto es la de 211.129 euros de la que dice la recurrente que es claramente inferior al precio de uno solo de los helicópteros que se puedan adquirir por el Ministerio del Interior.

Añade la recurrente también en relación con lo expuesto que el Ministerio de Economía y Hacienda publi-

có la Orden de 9 de enero de 2007, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada en la que en su exposición de motivos se hacía constar que “la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 modifica el artículo 182 g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en el sentido de limitar el recurso al procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de los contratos que se refieran a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración, siempre que la adopción del tipo de que se trate se haya efectuado, previa e independientemente, en virtud de concurso, a aquellos de cuantía inferior a la establecida en el artículo 177.2 del mismo texto.

Dicha limitación se introduce para dar cumplimiento a la sentencia de 13 de enero de 2005 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la que se establece la inadecuada transposición de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, por la incorporación de un supuesto de recurso al procedimiento negociado sin publicidad no contemplado en dicha Directiva”.

Por último y por concluir con la evolución legislativa de la cuestión la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ocupa del procedimiento negociado en el art. 153, y se refiere a los supuestos de aplicación del mismo en el 154, sin que en ningún de ellos se contenga referencia alguna al procedimiento permitido en el anterior art. 182.g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, y lo mismo ocurre con el art. 157 de la misma que refiriéndose en particular a los contratos de suministro dispone los supuestos en los que además de en los casos previstos en el art. 154, los contratos de suministro se podrán adjudicar mediante el procedimiento negociado sin que entre ellos figure el supuesto al que hacía referencia el art. 182.g) de la Ley derogada tantas veces citada.

Esas sucesivas modificaciones del art. 182.g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y su posterior desaparición de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público se produjeron como consecuencia de la Sentencia ya citada del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2005, a cuyos fundamentos y posterior parte dispositiva hemos hecho referencia, y que decidió declarar que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían al trasponer la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de su-

ministro y en concreto al permitir en el art. 182.g) del Texto Refundido que se recurriera al procedimiento negociado en un supuesto no contemplado en la Directiva.

A la vista de lo expuesto es claro que el acto recurrido era contrario al Ordenamiento Jurídico puesto que contrariaba la Directiva 93/36/CEE del Consejo de 4 de junio de 1993 que no había sido adecuadamente traspuesta en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que era de directa aplicación y que impedía la aplicación del art. 182.g) de la Ley e igualmente el acto preparatorio que se había convocado por la Administración para proceder a la posterior adjudicación por el procedimiento negociado del bien que se pretendía adquirir una vez adoptado el tipo mediante concurso.

En consecuencia y como ya anticipamos el recurso debe estimarse y casarse la Sentencia que declaramos nula y sin ningún valor ni efecto. Este hecho nos releva de conocer del segundo de los motivos contenidos en el recurso”.

QUINTO.- Como consecuencia de lo hasta ahora expuesto procede estimar el recurso contencioso administrativo planteado por Agusta S.p.A. frente al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Programa de renovación de la flota de helicópteros policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se autoriza al Ministerio del Interior a realizar las actuaciones necesarias para su aplicación, pues ese modo de proceder era contrario a lo dispuesto en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y en concreto a los apartados 2 y 3 del art. 6 de esa norma por lo que había de anularse la resolución recurrida.

SEXTO.- No se aprecian circunstancias determinantes de un especial pronunciamiento en costas, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de general aplicación, y, en concreto los artículos 45 a 72 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

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

Por todo lo expuesto, la Sala ha decidido:

Primero.- Estimar el recurso contencioso administrativo el Recurso

Contencioso-Administrativo número 188/2006 en el que interviene como demandante la entidad mercantil Augusta S.p.A. contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Programa de renovación de la flota de helicópteros policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se autoriza al Ministerio del Interior a realizar las actuaciones necesarias para su aplicación.

Segundo.- Anulamos dicho Acuerdo, que declaramos contrario al Ordenamiento jurídico.

Tercero.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso.

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

2010/31447

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 23 febrero 2010. Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

Inejecución de sentencia denegada Anulación del contrato de compraventa entre Ayuntamiento y mercantil

Interpone recurso de casación la mercantil recurrente, contra los autos pronunciados por la sec. 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias. La Sala, estima el recurso, casando y anulando dichos autos. Deniega la inejecución solicitada y la restitución in natura de las pretensiones del contrato de compraventa anulado en la misma, accediendo además, a las peticiones de la mercantil actora, para que se comunique la anulación declarada del contrato, a los registros públicos a los que hubiera tenido acceso. Tal decisión se basa, entre otros motivos, porque los autos en cuestión se extralimitan respecto de lo decidido en la sentencia que se trata de ejecutar, al limitarse ésta a declarar la anulación del contrato de com-

praventa celebrado por el Ayuntamiento por no haberse respetado el procedimiento establecido para la fijación del precio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tanto una como otra entidad recurrentes esgrimen varios motivos de casación contra los autos pronunciados por el Tribunal a quo en la fase de ejecución de sentencia, si bien todos ellos, en definitiva, se reducen al previsto en el artículo 87.1 c) de la Ley de esta Jurisdicción por achacar a dicha Sala de instancia haberse pronunciado acerca de cuestiones no decididas, directa ni indirectamente, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, que se trata de ejecutar, y por contradecir abiertamente la parte dispositiva de dicha sentencia, lo que, como vamos a examinar seguidamente, es cierto y, por tanto, ha de comportar la declaración de haber lugar a ambos recursos de casación por haber incurrido el Tribunal a quo en una manifiesta extralimitación al ejecutar nuestra referida sentencia.

SEGUNDO.- En la parte dispositiva de la sentencia, cuya imposibilidad de ejecución había instado el Ayuntamiento demandado en la instancia, anulamos la sentencia que había dictado el Tribunal a quo, en la que consideraba como un acto de trámite el contrato de compraventa celebrado en escritura pública por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y declaraba, por consiguiente, inadmisibles la acción ejercitada por la Asociación demandante.

Esta Sala del Tribunal Supremo, por el contrario, declaró que tal actuación de la Administración municipal demandada no era un acto de trámite y entró a examinar su conformidad con el ordenamiento jurídico para llegar a la conclusión de que no se había cumplido en su celebración lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y ello por las razones ampliamente expuestas en el fundamento jurídico decimosegundo de nuestra sentencia, que hemos transcrito en el antecedente segundo de ésta, y por ello estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido oportunamente por la mentada Asociación con la consiguiente anulación de la referida compraventa, llevada a cabo por el Ayuntamiento, de once fincas descritas en el escritura pública con su correspondiente aprovechamiento urbanístico.

Este pronunciamiento anulatorio por no haberse respetado el procedimiento previsto en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, al no contar con el informe pericial requerido por el artículo 11 de dicho Texto reglamentario ni haber empleado un sistema de fijación del precio que acreditase, de modo fehaciente, su corrección (lo que evidenciaba que se había incumplido el principio

de buena administración exigido por el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) es el único que hay que ejecutar.

Esa nuestra sentencia fue objeto de un incidente de nulidad de actuaciones promovido por la representación procesal del Ayuntamiento demandado en la instancia y de una solicitud de subsanación y complemento de sentencia, presentada por la entidad mercantil también demandada en aquélla, que se resolvieron con nuestro auto de fecha 6 de noviembre de 2007, en el que desestimamos el indicado incidente de nulidad de actuaciones y accedimos a la subsanación y complemento de la sentencia para rechazar la excepción, en su momento planteada, de falta de legitimación activa.

No conforme con ello, la propia entidad Inversiones Las Teresitas S.L. presentó una demanda de declaración de error de nuestra citada sentencia y de nuestro auto de subsanación y complemento, que finalizó por sentencia desestimatoria pronunciada por la Sala Especial de esta Tribunal Supremo, prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con fecha 11 de marzo de 2009.

Tan tortuoso y dilatado proceso ha culminado en un auto por el que la Sala de instancia, al dar respuesta, después de oír a las demás partes personadas, a la petición del Ayuntamiento obligado al cumplimiento de la sentencia, se pronunció en el sentido que hemos recogido textualmente en antecedente séptimo de esta nuestra sentencia, para desestimar después el recurso de súplica que contra ese auto dedujeron tanto la representación procesal de la entidad Inversiones Las Teresitas S.L. como la de la Junta de Compensación Playa de Las Teresitas, ambas ahora recurrentes en casación.

Basta comparar la parte dispositiva de nuestra sentencia, de cuya ejecución se trata, con el auto dictado por la Sala de instancia en respuesta a la petición de inexecución de la misma, formulada por el Ayuntamiento obligado a su cumplimiento, para comprobar la manifiesta extralimitación en que ha incurrido el auto recurrido, confirmado en súplica por la propia Sala de instancia.

Nuestra sentencia, como hemos dicho, se limitó a anular el contrato de compraventa celebrado por el Ayuntamiento por no haberse respetado el procedimiento que garantiza que el precio fue correctamente fijado y, por tanto, que la actuación de la Corporación se atuvo al principio de buena administración.

Sin embargo, el Tribunal a quo no se limita a denegar o desestimar la petición de inexecución de la senten-

cia y la subsidiaria solicitud de restitución in natura de lo posible y por su valor equivalente de lo imposible, que formuló el 3 de agosto de 2007 el Ayuntamiento obligado al cumplimiento de la sentencia, sino que decide la subsanación del vicio o defecto apreciado por esta Sala en su sentencia para conseguir la eficacia de la compraventa mediante la fijación del precio en la forma exigida por el artículo 11 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y para ello establece un singular procedimiento señalando un límite en el precio y mediante la designación de los encargados de emitir los informes de acuerdo con unos criterios que la propia Sala de instancia expresa en el fundamento jurídico tercero de la resolución recurrida.

Con ello el Tribunal a quo no sólo se extralimita respecto de la mera anulación, declarada en nuestra sentencia, del contrato de compraventa sino que va más allá de lo que le pidió el Ayuntamiento al promover el incidente de inexecución de sentencia, al que se habían opuesto las demás partes, de manera que incurrió en el motivo de casación esgrimido por ambas recurrentes, pues, si consideró que debía denegar la inexecución interesada y que no procedía la restitución in natura de las prestaciones del contrato de compraventa, a tal pronunciamiento denegatorio debería haber ajustado su decisión, con lo que no habría incurrido en una manifiesta extralimitación respecto de lo declarado en la sentencia y no habría invadido, como le reprochan las recurrentes, un ámbito material reservado a la jurisdicción civil, al carecer de competencia para declarar las consecuencias o efectos civiles de un contrato de compraventa anulado por esta jurisdicción contencioso-administrativa al haberse incumplido el procedimiento que la Corporación municipal debió seguir para celebrarlo, razón por la que, según anticipamos, procede la anulación de los autos recurridos, si bien no podemos eludir resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

TERCERO.- Por las razones expresadas para estimar los motivos de casación alegados por ambas recurrentes, procede desestimar las pretensiones que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife formuló ante la Sala de instancia con fecha 3 de agosto de 2007, tanto para que se declare inexecutable la sentencia como para que se llevase a cabo una restitución in natura de las prestaciones del contrato de compraventa de las once fincas, celebrado en escritura pública, que nosotros anulamos por vicios de procedimiento, pero, en coherencia con lo declarado al examinar los motivos de casación estimados y para dar respuesta también a lo solicitado por la entidad mercantil demandada en la instancia y ahora

recurrente en casación, debemos declarar que, en ejecución de la sentencia, procede comunicar, a instancia de parte, la anulación declarada del contrato de compraventa a los registros públicos que hubiera tenido acceso el contrato anulado, mientras que el conocimiento y decisión de los efectos de tal anulación corresponde a la jurisdicción del orden civil como consecuencia de las acciones que, a tal fin, puedan ejercitarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 3. a) de la Ley de esta Jurisdicción.

CUARTO.- La declaración de haber lugar a ambos recursos de casación es determinante de que no formulemos expresa condena respecto de las costas procesales causadas, según establece el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes, al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad, como disponen concordadamente los artículos 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos citados y los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

Que, con estimación de los motivos al efecto invocados, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de la entidad mercantil Inversiones La Teresitas S.L., y por la Procuradora D^a Marta Uriarte Muerza, en nombre y representación de la Junta de Compensación del Polígono Playa de Las Teresitas, contra los autos, de fechas 21 de noviembre de 2007 y 6 de junio de 2008, pronunciados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en ejecución de la sentencia pronunciada por esta Sala del Tribunal Supremo, de fecha 3 de mayo de 2007, en el recurso de casación 4693 de 2003, autos que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, desestimando las pretensiones formuladas, con fecha 3 de agosto de 2007, ante la Sala de instancia por la representación procesal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, debemos denegar la inexecución solicitada de la referida sentencia y la restitución in natura de las prestaciones del contrato de compraventa anulado en la misma, mientras que debemos acceder y accedemos a las peticiones de la entidad mercantil Inversiones Las Teresitas S.L. a fin de que, a instancia de parte, se comuniquen la anulación declarada del contrato de compraventa a los registros públicos que hubiera tenido acceso dicho contrato y declaramos también que el conocimiento y decisión de los efectos de tal anulación

corresponde a la jurisdicción del orden civil como consecuencia de las acciones que, a tal fin, puedan ejercitar las partes, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra

ella no cabe recurso ordinario alguno. Mariano de Oro-Pulido y López.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gamella.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

paulatina, en consecuencia, cuando la causa del óbito fuera directamente una causa externa, no un deterioro psico-físico, desarrollado de forma paulatina, estamos en presencia de un accidente no laboral.

Continua razonando la sentencia que, si bien en el artículo 3.3 del clausulado de la póliza se dispone que "las garantías se extienden a los accidentes, entendidos como lesión corporal, derivada de causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado..." lo que excluiría en principio el intento de suicidio de tal garantía, sin embargo, el examen conjunto de sus cláusulas, en especial, el encabezamiento de la póliza, firmada por los que formalizan la misma, la relación de coberturas y capitales asegurados quedan directamente referidos al Convenio Estatal de Empresas de Seguridad, diversificándose en las de muerte, incapacidad permanente absoluta, total y gran invalidez, derivadas de accidente, durante 24 horas, sin ninguna otra especificación o exclusión, indicándose seguidamente el importe en euros de los capitales asegurados por cada una de esas contingencias para el año 2006, coincidente plenamente con los que figuran en el respectivo Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada para dicha anualidad, derivándose de ello la exacta correspondencia entre el contenido de la Póliza suscrita y el artículo 60 del citado Convenio, por lo que la posterior definición efectuada en las cláusulas generales de la póliza, dentro de la explicitación de las diversas modalidades de contratación, transcribiendo la definición de accidente que se contiene en el artículo 100 de la Ley de contrato de seguro, no implica una voluntad pacionada de alterar el alcance atribuible al concepto de accidente, laboral o no laboral, contemplado en el Convenio y en la legislación de la Seguridad Social.

Contra dicha sentencia se han interpuesto sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, por la representación letrada de Previsora General, Mutuality de Previsión Social y por la representación letrada de Securitas Seguridad España, S.A., invocando ambos recurrentes como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 3 de octubre de 2002, recurso 1446/02, firme en el momento de publicación e la recurrida.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribu-

nal Superior de Justicia de Madrid, el 3 de octubre de 2002, recurso 1446/02, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Arcadio Barrio Pacho, en representación de D. Urbano y otra contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo social número 1 de los de Madrid, de fecha 24 de diciembre de 2001, en virtud de demanda formulada por los expresados recurrentes contra Prosegur Servicios de Seguridad, Winterthur S.A., Prosegur, Servicios de Seguridad y Custodia S.A., en reclamación de cantidad. Consta en dicha sentencia que D. Urbano y D^a Angelina son los únicos herederos de D^a Cecilia. D^a Cecilia, que prestaba servicios para Prosegur, mientras se encontraba en el ejercicio de sus funciones profesionales se suicidó con el arma de fuego que portaba. Prosegur, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 62 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, vigente para el periodo 1997-2001, tiene suscrita con la demandada Winterthur una póliza de seguro colectivo a favor de los trabajadores, con un capital asegurado de 4.400.000 pesetas, en caso de muerte derivada de accidente laboral o extralaboral.

La sentencia entendió que el suicidio de la trabajadora con el arma que portaba, mientras prestaba servicios como vigilante de seguridad no tiene la consideración de accidente laboral ni extralaboral ya que no existe base legal que permita considerar que el suicidio es un accidente por la propia naturaleza de las distintas situaciones y porque tratándose de asegurar la muerte por accidente, de la definición que del accidente otorga el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro, no resulta que el suicidio pueda tener aquella consideración.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral respecto a uno de los extremos resueltos por la sentencia recurrida, a saber si el suicidio -o intento de suicidio con resultado de incapacidad permanente absoluta- de un trabajador, que en ambos supuestos es vigilante de seguridad, prestando servicios para empresa de seguridad, y que efectúa el suicidio con el arma reglamentaria, siendo de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, constituye un accidente no laboral, a efectos del citado Convenio; Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios pues, en tanto la recurrida entiende que es un accidente no laboral, la de contraste niega el carácter de accidente ni laboral ni extralaboral al suicidio.

No se ha citado sentencia alguna de contraste, ni la cuestión ha sido resuelta por la única sentencia de contraste aportada, respecto a si la póliza suscrita con la aseguradora, en el caso examinado, la Previsora General, Mutuality de Previsión



2010/19320

TS Sala 4^a, Sentencia 9 febrero 2010. Ponente: D. M^a Luisa Segoviano Astaburuaga

Derecho a póliza de seguro por intento de suicidio

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la aseguradora codemandada contra sentencia que declaró el derecho del trabajador accionante a la póliza de seguro por accidente.

Señala la Sala que cuando la causa del óbito repentino fuera directamente una causa externa, no un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina, se está en presencia de un accidente no laboral, y si ello es así, sin duda el intento de suicidio puede ser considerado como accidente no laboral, por lo que entra dentro de la cobertura del art. 60 Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada aplicable al supuesto enjuiciado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Toledo Dictó sentencia el 5 de diciembre de 2007, autos 451/07, desestimando la demanda formulada por D. Ezequiel contra Securitas Seguridad España S.A., y Previsora General, en reclamación de cantidad. Tal y como resulta de dicha sentencia tras la revisión de los hechos probados efectuada por la sentencia de suplicación, al amparo del artículo 191b) de la Ley de Procedimiento Laboral, el actor venía prestando servicios para la empresa Securitas Seguridad S.A., con la categoría profesional de vigilante de seguridad, habiendo sido declarado el 9 de abril de 2007, por resolución de la Dirección Provincial de Toledo del INSS, en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de accidente no laboral, debido a la rotura de ambos nervios ópticos, sufrida tras intento autolítico con arma de fuego, fuera de la jornada laboral. La empresa Securitas Seguridad España, S.A. tiene suscrita póliza de seguro por accidente colectivo con Previsora General, en la que se incluye como garantía el riesgo de muerte, invalidez permanente absoluta, total y gran invalidez por acci-

dente durante 24 horas. La cobertura comprendía el pago de las indemnizaciones contratadas según lo dispuesto en el Convenio Colectivo de ámbito supraempresarial correspondiente, según artículo 1.

Recurrida en suplicación por la parte actora la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó sentencia el 23 de marzo de 2009 recurso número 771/08, estimando el recurso formulado, declarando el derecho del actor a percibir, en concepto de mejora voluntaria, como consecuencia de haber sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de accidente no laboral, la cantidad de 35.641'70 euros, condenando a la entidad Previsora General, Mutuality de Previsión Social, al abono de dicha cantidad.

La sentencia entendió que el intento de suicidio del actor y la invalidez permanente absoluta derivada del mismo constituyen un accidente no laboral pues éste se caracteriza, frente a la enfermedad, en que el accidente se produce por una acción súbita, violenta y externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psicofísico desarrollado de forma

Social, cubre el siniestro, caso de que el mismo se considerara accidente no laboral, por lo que esta Sala ha de ceñirse únicamente al examen del primer extremo de la cuestión planteada.

TERCERO.- La recurrente Previsora General, Mutualidad de Seguros, alega infracción del artículo 60 del Convenio Colectivo Estatal para Empresas de Seguridad 2005-2008, así como de la doctrina jurisprudencial aplicable, y de los artículos 1, 100 y 102 de la Ley del Contrato de Seguro, así como de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aduciendo, en esencia, que el suicidio no puede encuadrarse dentro del concepto de accidente no laboral y, en el supuesto de que se considere tal, en ningún caso sería responsable la aseguradora recurrente, ya que del contrato de seguro del Convenio Colectivo concertado se desprende que el supuesto de suicidio (o su tentativa) no puede considerarse cubierto bajo la póliza suscrita.

Por su parte la recurrida Securitas Seguridad España S.A. alega infracción del artículo 60 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada en relación con el artículo 100 de la Ley del Seguro, así como del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social. Aduce el recurrente que el suicidio no procede ser calificado como no accidente, tal como lo define el artículo 100 de la ley del contrato del seguro, por cuanto que si bien la causa puede ser violenta, súbita o externa, no es ajena a la intencionalidad del asegurado.

El artículo 60 del Convenio Estatal para las Empresas de Seguridad establece lo siguiente: "Las Empresas afectadas por este Convenio Colectivo suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de sus trabajadores para el año 2005 por un capital de 27.586,45 euros por muerte y de 34.942,84 euros por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, derivadas de accidente sea o no laboral, excepto los producidos en competiciones deportivas oficiales de vehículo de motor".

Hay que poner de relieve la dificultad que se presenta para delimitar los supuestos de accidente no laboral, debido fundamentalmente a que la configuración del mismo viene efectuada en la Ley de forma negativa, por referencia al accidente de trabajo de manera que, a tenor del artículo 117.1 L.G.S.S. se considerará accidente no laboral el que conforme a lo establecido en el artículo 115 no tenga el carácter de accidente de trabajo.

La jurisprudencia ha venido examinando diversos supuestos a fin de determinar si los mismos constituían o no accidente no laboral.

Así las sentencias de 2-6-94, 20-10-94 y 25-1-95 han establecido que

el síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA puede ser enfermedad de trabajo por vía del artículo 115.2 e) L.G.S.S., si se contrae por personal sanitario con ocasión o como consecuencia de la actividad profesional realizada. Sin embargo, si se adquiere como consecuencia del consumo de drogas, por vía pariental, entonces el padecimiento constituye una alteración de la salud, que se desarrolla progresivamente en un periodo más o menos largo y que es lo que fundamenta su definición como enfermedad común.

En la primera de las sentencias dictadas ha establecido: "SEGUNDO.- Aun cuando en la sentencia citada se resuelve atendiendo a otras dolencias distintas del SIDA, es esta enfermedad la que se considera a los efectos de atribuir a la situación enjuiciada la consideración de accidente no laboral a los efectos de no precisar la cotización necesaria, para merecer la protección correspondiente a dicha figura. Por tanto, la cuestión estriba en determinar si el padecimiento mencionado, integra o no el concepto de accidente no laboral.

TERCERO.- Aun con un criterio amplio, representado por la concepción del accidente como un suceso imprevisto y desgraciado del que resulta un daño, no podría llegarse a la conclusión que obtiene y postula el recurrente; dada la divulgación, que desde hace años se viene realizando con referencia a la enfermedad indicada como causa del fallecimiento del esposo de la demandante, no puede desconocerse que un padecimiento como el examinado, es debido a un cuadro nosológico adquirido por una vía normal de contagio, que siempre es contingente por naturaleza, que se va desarrollando independientemente del hecho inicial al que se pretende atribuir la consecuencia, porque siendo externo, por lo que el ulterior desarrollo de la enfermedad, tardío, perzoso, hasta llegar al resultado fatal, no puede catalogarse como repentino en cuanto al óbito al que se llega; es una enfermedad que se adquiere y lentamente conduce al desgraciado final que no puede reputarse ni repentino, ni imprevisto, sin cabida en los conceptos que los artículos 84 y 85 de "la Ley General de la Seguridad Social presentan."

En las sentencias de 27-5-98, 22-10-99 y 27-11-02, el Tribunal Supremo ha entendido que la muerte por sobredosis debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, razonando lo siguiente en la última de las sentencias citadas: "partiendo de una antigua y continuada distinción jurisprudencias entre lo que es accidente y lo que es enfermedad -en sentencias que alcanzan desde la STS de 17 de junio de 1903 a las STS de 2 de junio de 1994, y 25 de enero de 1995-, llego a la conclusión de que deben considerarse causados por accidente todos aquellos eventos en los que el causante no falleció como consecuencia de

deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina que pudiera derivar naturalmente de su acreditada situación patológica previa de drogadicción (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de enfermedad), sino que la causa del óbito, repentino e imprevisto fue directamente producido por una concreta causa externa como puede ser la ingestión de una droga que por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte del afectado".

En estos supuestos la causa de la muerte debe imputarse a un accidente".

En los supuestos en que el fallecimiento se ha debido a infarto de miocardio o enfermedades similares, en cuanto al modo súbito de manifestarse, el Tribunal Supremo ha establecido en una constante jurisprudencia, de la que podemos citar, entre otras, la sentencia de 30-4-01, C.U.D. 2575/00, lo siguiente: "Ni la remisión del art. 117.1 de la LGSS opera sobre todo el marco de definición del accidente de trabajo del art. 115, ni cabe entender que haya sido la intención del legislador establecer una asimilación como la sostiene el recurrente, entre el accidente de trabajo y el accidente no laboral.

Hay que subrayar que el repetido art. 117.1 tiene por accidente no laboral el que no sea accidente de trabajo, lo que equivale a decir que el ingrediente de "accidente", en sentido propio, siempre es indispensable; o sea, la norma evidencia que sólo otorga la condición de accidente no laboral al accidente propiamente dicho, y no a las lesiones corporales producidas por otras causas, como las que se relacionan en el núm. 2 del art. 115 y, en especial, las enfermedades que se mencionan en los apartados e) f) y g), como tampoco tiene sentido respecto del accidente no laboral la presunción que establece el núm. 3 o algunas de las restricciones o aclaraciones de los números 3 y 4. El art. 117.1 LGSS no menciona en ningún momento la lesión corporal y aunque se refiere al art. 115 lo hace para excluir de su ámbito todo lo que se comprende en esa última norma. Es una referencia excluyente, que saca fuera del área de la acción del art. 117.1 todo lo que se comprende en aquel otro precepto.

Desde luego, hay una lesión en el accidente no laboral, como la hay en el accidente de trabajo o en la enfermedad, común o profesional, pues lesión, según el Diccionario de la Real Academia, es "daño o detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad", pero lo que caracteriza la noción de accidente no laboral, frente a la enfermedad común, no es la lesión que es elemento coincidente en ambos conceptos, sino el ser un accidente, es decir, una acción súbita, violenta y externa, como recuerda, plasmando una larga

tradición conceptual, el art. 100 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Estas características no se cumplen en el caso del infarto, al menos en la inmensa mayoría de los casos, donde se cuenta con una previa enfermedad cardiaca; ni el esfuerzo derivado del ejercicio del deporte puede, en rigor, considerarse como acción exterior y violenta, en las circunstancias que constan en el relato fáctico.

Se trata de una actividad que se realiza por la propia voluntad del interesado, quien la lleva a cabo con su propio cuerpo. Es cierto que la jurisprudencia de forma constante ha venido calificando de accidente de trabajo los infartos de miocardio (o enfermedades similares en cuanto al modo súbito de manifestarse) que se producen cuando la persona que los sufre se encuentra en el tiempo y lugar de su trabajo.

Pero no puede olvidarse que, al menos en la gran mayoría de esos pronunciamientos, se llega a tal conclusión, no por el hecho de considerar que infarto es un accidente en sí mismo, sino porque lo consideramos incluido como una enfermedad de trabajo, en el sentido amplio que ha venido a retener el art. 115, en varios apartados de su núm. 2. Pero el criterio no puede extenderse a la distinción entre accidente no laboral y enfermedad común, que no responde a la finalidad de establecer conexión entre la lesión corporal y el trabajo, sino a distinguir en términos que valoran la previsión entre lesiones debidas a acciones violentas de carácter súbito y externo y procesos que actúan de forma interna y por lo general a través de un progresivo deterioro del organismo.

Reflexiones que confirma el propio art. 117, en su núm. 2 cuando establece que constituyen enfermedad común las "alteraciones de la salud" que no tengan la condición de accidentes de trabajo, conforme al art. 115.2 en su apartados e), f) y g); es decir, se subraya la presencia en el citado art. 115 de enfermedades, según su letra, además entendidas extensivamente por la jurisprudencia cuando se cuenta con un enlace, al menos legalmente presumido, con la actividad laboral".

En cuanto a la consideración que merece el suicidio, a los efectos de su reconocimiento como accidente, ha sido examinada por esta Sala en sentencia de 25 de septiembre de 2007, recurso 5452/05, en la que ha establecido lo siguiente: "Las sentencias del Tribunal Supremo dictadas hasta finales de los años sesenta suelen descartar automáticamente la calificación a efectos de Seguridad Social del suicidio del trabajador como accidente de trabajo, cualesquiera que sean sus circunstancias, incluido el suicidio consumado en tiempo y lugar de trabajo. A partir de 1970 las decisiones jurisprudenciales no tienen siempre el mismo signo.

En ocasiones se estima la reclamación de las indemnizaciones de accidente de trabajo solicitadas por los familiares sobrevivientes, y en ocasiones se llega a la conclusión contraria.

Ello no significa, sin embargo, falta de criterio uniforme sobre el enjuiciamiento de estos litigios. Se trata más bien de la consideración como elementos determinantes de las decisiones adoptadas de ciertos factores circunstanciales y contingentes, que concurren unas veces y están ausentes otras en los casos enjuiciados. Tales factores determinantes se refieren siempre o casi siempre a la conexión de causalidad entre el trabajo y la conducta de suicidio, concretándose en la existencia o no de trastorno mental del suicida y en la etiología laboral o no de dicho trastorno mental o de la enfermedad mental que conduce a la decisión suicida.

Una primera sentencia que se suele citar en las exposiciones en la materia es la dictada por esta Sala de lo Social el 31 de marzo de 1952. En ella se niega la calificación de accidente de trabajo, a pesar de la inmediatez entre el suicidio del trabajador y una acusación contra el mismo de robo de material de trabajo. También se descarta la calificación de accidente del trabajador en otra sentencia de la casación social de 29 de marzo de 1962, razonando que en el suicidio de un trabajador internado en un hospital por causa de un accidente de trabajo previo ha de haber, y no la hubo en el caso, una relación de causa a efecto "directa" y exclusiva entre el trastorno mental padecido por el trabajador (obsesión por quedar inútil para el trabajo) y la decisión de suicidarse. Otra sentencia del año siguiente (STS 19-2-1963) resuelve también con signo negativo, "pues establecida la voluntariedad de la muerte sufrida por el causante de la recurrente, no existe la relación de causalidad entre el trabajo que efectuaba aquél con el siniestro acaecido".

A la misma conclusión llegó otra sentencia de los años sesenta (STS 28-1-1969), donde se acredita que el trabajador (cocinero de un barco) se suicidó, arrojándose al mar, como "consecuencia de un estado patológico mental", pero sin que constara "la menor indicación de que éste fuera causado por el trabajo que efectuaba a bordo de la nave, ni que fuera por ello agravado ni desencadenado".

El análisis del suicidio del trabajador desde la perspectiva del nexo causal existente en concreto entre el acto suicida y el trabajo prestado, que se detecta ya con claridad en la última de las sentencias citadas, da lugar a una primera sentencia estimatoria de la calificación de accidente de trabajo, que (s.e.u.o.) es la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 29 de octubre de 1970. Se acredita en el caso que el suicidio fue provocado por una si-

tuación de trastorno mental, producida a su vez por las vicisitudes y secuelas de un accidente de trabajo. La sentencia de instancia había estimado la demanda de pensiones a familiares sobrevivientes (esposa e hijos) y la sentencia de casación desestimó el recurso, identificando como causa eficiente del suicidio un "trastorno mental de tipo depresivo" derivado de una "larga hospitalización" por accidente de trabajo y de "repetidas intervenciones quirúrgicas", circunstancias del litigio que determinaron la fatal decisión. Ha seguido la estela de esta sentencia otras del año 1974 (STS 26-4-1974).

El mismo enfoque, pero desestimando la reclamación de accidente de trabajo, mantiene la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 1972, que no aprecia la existencia del nexo causal en la producción de la muerte por suicidio enjuiciada. Esta sentencia se fija en el argumento de la presunción legal de laboralidad de las lesiones letales autoinferidas en el lugar de trabajo, llegando a la conclusión de que la "privación voluntaria de la vida" es "prueba en contrario" que impide en principio el despliegue de los efectos habituales de dicha presunción legal. También descarta la calificación de accidente de trabajo a efectos de una mejora voluntaria de Seguridad Social, la sentencia de esta misma Sala de 9 de marzo de 1987; se resuelve en el caso sobre un suicidio por precipitación al vacío "desde lo alto de la fábrica donde trabajaba" de un trabajador que padecía "trastornos psíquicos", que no constaban producidos por el medio de trabajo, para cuyo tratamiento había estado internado en la sección de neuropsiquiatría de un hospital público.

CUARTO.- Las consideraciones de los apartados anteriores ponen de manifiesto la relevancia que en el enjuiciamiento de los supuestos de suicidio tienen las circunstancias de cada supuesto concreto. Si bien es cierto que la presunción de laboralidad del actual art. 115.3 LGSS puede ser enervada por el carácter voluntario que tiene normalmente el acto de quitarse la vida, no es menos verdad que el suicidio se produce a veces por una situación de estrés o de trastorno mental que puede derivar tanto de factores relacionados con el trabajo como de factores extraños al mismo."

La reciente sentencia de la Sala de 10 de junio de 2009, recurso 3133/08, se ha pronunciado de forma rotunda, en un supuesto que guarda enorme similitud con el ahora examinado -vigilante de seguridad que aparece muerto en los vestuarios por herida de bala que el mismo se causó-razonando acerca del suicidio en cuanto a su consideración como accidente lo siguiente: "5.- A tenor de dicha doctrina, el accidente no laboral se caracteriza, frente a la enfermedad, en que el accidente se produce por una acción súbita, violenta y

externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina, que no obedece a una acción súbita y violenta. En su consecuencia cuando la causa del óbito, repentino fuera directamente producido por una causa externa, no por un deterioro psico-físico, desarrollado de forma paulatina, estamos en presencia de un accidente no laboral. Si ello es así, sin duda que el suicidio puede ser considerado como accidente no laboral, pues el artículo 117.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que lo define, delimitándolo negativamente en relación a las contingencias profesionales, no excluye del concepto de accidente no laboral, al que es consecuencia de una acción voluntaria del propio afectado, a diferencia con lo que sucede en el artículo 115.4 b), con respecto al accidente de trabajo, al excluir el causado por el propio trabajador, ya sea por dolo o por imprudencia temeraria. O dicho de otra manera, en este supuesto, la voluntariedad en la producción del siniestro no conlleva dejar sin prestación al trabajador, o en su caso, a sus familiares, pero si otorgársela sin el mayor plus de protección que comportaría su consideración como accidente de trabajo.

Entender lo contrario, implicaría -dada la practica imposibilidad conceptual y legal del encaje del suicidio como enfermedad común- el dejar sin protección a los familiares del trabajador suicidado, lo que por absurdo y contrario a la finalidad de la Seguridad Social ha de ser rechazado.

6.- Esta es también, la solución que desde la perspectiva de la Seguridad Social viene dando el Instituto Nacional de la Seguridad Social a la problemática de la inclusión del suicidio entre las contingencias protegidas por el Sistema, según se desprende de la Resolución de 22 de septiembre de 1976, de la Dirección General de Ordenación y Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social. Esta resolución, rechazando expresamente la calificación del suicidio como enfermedad común, sostiene el criterio de considerar el suicidio como accidente no laboral, salvo su posible determinación como accidente de trabajo o que se hubiera producido con la intención de conseguir una determinada prestación, lo que no se presume, no existiendo en el presente caso el menor atisbo sobre dicha posibilidad."

Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido y dado el carácter de accidente no laboral del suicidio, forzoso es concluir que el mismo entra dentro de la cobertura del artículo 60 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada y, al haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede desestimar los recursos formulados.

CUARTO.- No procede entrar en el examen de si la póliza suscrita por la empresa demandada con la

entidad Previsora General, Mutualidad Laboral, cubre o no todos los supuestos contemplados en el artículo 60 del precitado Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad pues, como ya adelantábamos, respecto a tal cuestión no se ha citado por la entidad aseguradora recurrente, en su escrito de interposición del recurso, sentencia de contraste alguna, incumpliendo los requisitos que para recurrir establecen los artículos 217 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto la única sentencia citada de contraste por la aseguradora, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de octubre de 2002, recurso 1446/02, no contiene dato alguno que permita vislumbrar el contenido de la póliza de seguro colectivo suscrita por la empresa demandada Prosegur con Winterthur S.A., por lo que no es posible determinar si concurre el requisito de identidad respecto a la póliza suscrita por la empresa demandada de la sentencia recurrida Securitas Seguridad España S.A. con Previsora General, Mutualidad de Previsión Social.

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

FALLO

Desestimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Previsora General Mutualidad Laboral y por Securitas Seguridad España S.A. contra la Sentencia dictada el 23 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de duplicación núm. 771/08, interpuesto por D. Ezequiel contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Toledo en autos 451/07, seguidos a instancia de D. Ezequiel contra las ahora recurrentes. Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, dándose a la consignación efectuada por la Previsora General Mutualidad Laboral el destino legal. Se condena en costas a los recurrentes, incluyendo los honorarios del letrado de la recurrida que impugnó los recursos.

Devuélvase 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.

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



EL DERECHO

Año XVII. Número 2839

Madrid, 1 de junio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

RESEÑA

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

TS CIVIL

2010/12416

TS Sala 1ª, Sentencia 11 febrero 2010.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Consentimiento tácito en los movimientos bancarios realizados por entidad financiera

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda al entender que el actor conoció y consintió los movimientos o trasposos realizados por la entidad financiera demandada a cuentas comunes o privativas de su esposa durante un periodo largo de tiempo en el que se le notificaron los extractos bancarios y dada la ausencia de manifestación alguna en dicho tiempo. Concluye que, dadas las circunstancias concurrentes, existió un consentimiento del actor cuando menos tácito a dichos movimientos o disposiciones, no existiendo consiguientemente un incumplimiento por parte de la entidad de sus deberes contractuales bancarios.

2009/239967

TS Sala 1ª, Sentencia 20 octubre 2009.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Desahucio por impago de la renta al existir una enervación anterior

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que entendió que el impago de cinco meses en el momento de la interposición de la demanda constituye un auténtico incumplimiento contractual del arrendatario demandado del deber de pagar la renta al demandante, considerando además dicho incumplimiento como esencial subsumible en la causa de resolución del art. 114 LAU 1964, y determinante del desahucio desde el momento en que, por haberse enervado otro con anterioridad, no cabía en este caso una segunda enervación, con el añadido de que la diferencia entre incumplimiento esencial con valor resolutorio y mero retraso se encuentra, en los casos de rentas pagaderas por meses, en que la demora no exceda el periodo de una mensualidad.

TS PENAL

2009/307302

TS Sala 2ª, Sentencia 22 diciembre 2009.
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Absolución del delito continuado de apropiación indebida por falta de pruebas

Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito continuado de apropiación indebida. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve a la recurrente del expresado delito, por cuanto el tribunal "a quo" ha entendido que los gastos a los que hace referencia surgen de facturas que no acreditan "el fin empresarial" de los mismos, pero no ha explicado por qué razón entiende que se trata de gastos de la recurrente, ni cómo ha determinado que ella los autorizó o los realizó abusando de los poderes de administración que se le habían conferido, tampoco ha expuesto porqué consideró inverosímil su versión al respecto.

2009/307303

TS Sala 2ª, Sentencia 22 diciembre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

Absolución del delito de falsedad

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de falsedad en documento mercantil y estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de falsedad, pues en la sentencia solamente se afirma que conocía que los cheques que presentó al cobro estaban falsificados. Tal conocimiento lo hará partícipe del delito de estafa, pero no de la falsedad, que podría haber sido cometida y perfeccionada antes de su intervención en los hechos. Además, el que los dos coacusados le ofrecieran un dinero por presentar los cheques al cobro, solo se explica si el recurrente no hubiera sido partícipe del plan en igualdad con aquellos desde un principio.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/21781

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 12 marzo 2010.
Ponente: Dª Pilar Teso Gamella

Rectificación de situaciones jurídicas registrales contradictorias con deslinde

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Castilla y León, dictada en el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte recurrente, contra la Orden de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León que aprobó el deslinde de la vía pecuaria "Cañada Real Soriana Occidental" a su paso por los términos municipales de la Losa, Navas de Rio Frio, Segovia en su anejo de Revenga y Palazuelos de Eresma, en la provincia de Segovia. La Sala considera que la clasificación, deslinde y amojonamiento de las vías pecuarias, que se produce en la resolución aprobatoria del deslinde, que es el acto impugnado en la instancia, será título suficiente, como dispone el art. 8,4 Ley 3/1995, para rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias con dicho deslinde, así como para la inmatriculación de los bienes de dominio público deslindados en los casos en que se estime conveniente. Por lo demás, la desviación de poder que se invoca no resulta ni justificada ni acreditada, pues la parte recurrente se limita a señalar que como la Administración no ha seguido el procedimiento de lesividad se ha incurrido en una desviación de poder.

2009/349844

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 3 noviembre 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

Ejecución de resoluciones económico-administrativas sin suspensión en vía judicial

El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sen-

tencia dictada por la Audiencia Nacional, sentencia que se casa y anula, y en su lugar dicta otra por la que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del TEAC, que se anula en cuanto confirma la procedencia de exigir intereses de demora por el retraso en que incurrió la Administración al ejecutar la resolución del TEAR, manteniéndose, en cambio, la procedencia de intereses desde la finalización del plazo reglamentario de presentación de la declaración correspondiente al ejercicio de 1989 hasta el momento en que la Administración pudo ejecutar la resolución del TEAR de Cataluña. Rechazada la prescripción alegada, la sala indica que en el presente caso, nos encontramos ante incumplimientos de plazos que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva LGT 2003, sin que la misma contenga una disposición transitoria que otorgue efectos retroactivos al art. 26, 4, por lo que la parte, al haberse acogido a la suspensión, ha de soportar los intereses derivados del tiempo en que estuvo suspendida la ejecución. Respecto del "dies ad quem" de los intereses, tratándose de ejecución de resoluciones económico-administrativas, sin existencia de suspensión en vía judicial, habrá que estar, si se hubiera acordado la suspensión administrativa del acto inicialmente impugnado, a la fecha de interposición del recurso jurisdiccional.

TS SOCIAL

2010/14370

TS Sala 4ª, Sentencia 18 enero 2010.
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

Abono de vacaciones devengadas antes de la baja definitiva en la empresa

Estima en parte el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por la trabajadora accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre vacaciones no disfrutadas, parte proporcional de pagas extras, antigüedad e indemnización por daños morales derivados de no haber adoptado la mercantil demandada las medidas de prevención necesarias para evitar el riesgo profesional del que se derivó su IPT. Explica la Sala que cuando la relación laboral finaliza antes de que el trabajador haya podido disfrutar de las vacaciones, y ante la imposibilidad de hacer efectivo in natura ese derecho, por causa ajena a la voluntad del trabajador, nada debe impedir que se conceda el derecho a la compensación económica correspondiente.