



# 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 2820

Madrid, martes 20 de abril de 2010



## TS SOCIAL

2009/321866

TS Sala 4ª, Sentencia 15 diciembre 2009. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Por el período de ejercicio profesional en que no estaba permitido cotizar

### Determinación del capital coste a abonar por sacerdote secularizado

*Frente a sentencia que reconoció al actor, sacerdote secularizado, pensión de jubilación del 100% de su base reguladora con un determinado capital coste, recurre en casación para la unificación de doctrina el demandado INSS, siendo estimado el recurso por el TS.*

*El demandante había ejercido su profesión en época en la que no le fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de SS, pero tiene cotizaciones en RGSS efectuadas con posterioridad a su secularización durante un periodo temporal suficiente para alcanzar la carencia necesaria para acceder a la pensión de jubilación contributiva. Según la Sala, se le reconoce y adiciona, hasta el tope de los 35 años, como asimilado a cotizado a la SS el mencionado período de ejercicio sacerdotal acreditado y, como consecuencia de ello, se incrementa la cuantía de la pensión que tiene reconocida. Exige la Sala, como contrapartida, que el actor abone el capital coste de la parte proporcional de la pensión derivada de ese cómputo, para lo cual acepta el cálculo efectuado al respecto por la Entidad Gestora.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora, -relativo al supuesto de un sacerdote secularizado que había ejercido tal profesión en época en el que no le fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de Seguridad Social pero con cotizaciones en Régimen General de la Seguridad Social efectuadas con posterioridad a su secularización durante un periodo temporal suficiente para alcanzar la carencia necesaria para acceder a la pensión de jubilación contributiva-, consiste en determinar el alcance de la obligación del interesado de "abonar el capital coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso, que hayan sido

reconocidos como cotizados a la Seguridad Social", en interpretación del art. 4 del Real Decreto 2665/1998 de 11 -diciembre, cuando se le reconocen y adicionan, hasta el tope de los 35 años, como asimilados a cotizados a la Seguridad Social un período de ejercicio sacerdotal acreditado con anterioridad a determinadas fechas previas en las que no le estaba permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de Seguridad Social y, como consecuencia de ello, se incrementa la cuantía de la pensión que tiene reconocida.

2.- La sentencia ahora recurrida por la Entidad Gestora, -dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Galicia en fecha 21-enero- 2009 (rollo 5602/2005), confirmatoria de la de

instancia dictada por el JS núm. 2 Vigo en fecha 15-septiembre-2005 (autos 455/2005)-, interpreta que la parte de pensión a capitalizar por el interesado, al habersele adicionado como asimilados a cotizados a la Seguridad Social un total de 4 años (completando los 31 años que acreditaba con sus cotizaciones efectivas hasta alcanzar los 35 años que le daban derecho al porcentaje del 100 % de la base reguladora), se determina tras aplicar a la base reguladora el porcentaje del 2 % por cada año reconocido como asimilado a cotizado (por tratarse de años reconocidos a partir del vigésimo sexto) y esa misma cantidad resultante, aplicándole un cómputo anual, entiendo que constituye el capital coste a abonar. En el caso enjuiciado a la base reguladora que asciende a 1.705'10 euros le aplica el porcentaje del 2 % (34,10 euros) que multiplica por 4 años (34,10 x 4 = 136,40) y después multiplica por las 14 pagas anuales de la pensión de jubilación (136,40 x 14), lo que asciende a 1909,71 euros, cantidad que entiendo que es el capital coste a abonar por el beneficiario, -y no los 20.015,51 euros fijados por la Entidad Gestora-, argumentando que " esta es la tesis que comparte la sala, por cuanto que dado el marco normativo expuesto que se ha desarrollado para el cálculo del capital coste, ninguno de los Reales Decretos 487/98 y 2265/98 se hace referencia alguna a la aplicación del coeficiente unitario para el cálculo de la pensión a capitalizar, y ante tales disposiciones normativas de carácter especial no cabe acudir a otras disposiciones generales como sostiene la entidad gestora recurrente, y como ha resuelto esta sala en un caso similar en sentencia de 7-7-2004, ni se infiere la postura de la demandada recurrente de la sentencia del TS que cita en el escrito de recurso, S de 7-7-04, por cuanto que la misma lo que regula como extrapolable al caso que nos ocupa es si procede o no la exoneración de la obligación de constituir el pago del capital coste, en cuanto a no practicar descuento alguno de la pensión reconocida, más no en cuanto a lo que aquí se debate cual es el modo de determinación del cálculo del capital coste de renta".

3.- En la sentencia invocada como de contraste por la Entidad Gestora recurrente, -dictada por la Sala de lo

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Injerencia innecesaria en la defensa de la dignidad del consumidor por falta de lesión 7

Crítica severa formulada por doctor a compañero de profesión sobre la esclerosis múltiple 9

#### PENAL

Absolución del delito de incendio 10

Inexistencia de prescripción del delito de apropiación indebida 12

#### SOCIAL

Determinación del capital coste a abonar por sacerdote secularizado 1

Cláusula contractual nula por establecer un descanso para comidas contrario a la norma convencional 4

Beneficio de justicia gratuita del Servicio Madrileño de Salud 6

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

Social del TSJ/Andalucía, sede de Sevilla, en fecha 18-enero-2007 (rollo 2563/2006)-, en un supuesto análogo y partiendo de una diferencia anual no cuestionada entre las partes de 2.537,92 euros entre la pensión originariamente calculada y la resultante de adicionarle los años reconocidos como asimilados a cotizados, interpreta que esa no es la concreta cantidad a abonar por el interesado, sino que para determinarla deben aplicarse las reglas generales y multiplicar al referida diferencia anual por un índice calculado en función de la expectativa media de vida, surgiendo así el capital a abonar por el trabajador.

Destaca que “en todo caso la diferencia habrá de ser objeto a su vez de la correspondiente capitalización, lo que determina la remisión a las normas genéricas en la materia”, argumenta que no puede entenderse que existe sobre esta cuestión falta de desarrollo reglamentario de la disposición adicional 10ª de la Ley de 30-diciembre-1996, pues “en cumplimiento de la citada Disposición el Gobierno procedió a su desarrollo reglamentario con la emisión previa del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, mediante el Real Decreto 487/1998 de 27 -marzo, complementado por el Real Decreto 2665/98 de 11 -diciembre, sobre reconocimiento, como cotizados a la Seguridad Social, de periodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados, que en sus respectivos artículos 4, establecen para que se reconozca como cotizado a la Seguridad Social el tiempo de actividad sacerdotal o religiosa, la correlativa obligación de abonar el capital coste de la parte proporcional de la pensión de jubilación que se derive de tal cómputo, para superar las consecuencias de la imposibilidad normativa de cotizar el colectivo afectado durante un periodo, pues reconocer sin esta contrapartida como periodo cotizado contravendría lo dispuesto con carácter general acerca de la obligación de cotizar a los Regímenes General y Especiales que nace desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente y que establece el principio de contributividad”, añadiendo que “La capitalización que se propone por la actora supone un abono dos veces inferior al importe de la diferencia anual de prestación, lo que no parece que tenga sentido en un sistema que como pone de relieve la doctrina judicial no pretende establecer para los colectivos de Sacerdotes y Religiosos de la Iglesia Católica secularizados

un nivel de protección para la jubilación que resulte discriminatorio con el que se dispensa al resto de los trabajadores incluidos en el sistema de la Seguridad Social desde el momento de su creación, pues sería contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, al que están sometidas las leyes. El éxito del recurso por tanto supondría reconocer, casi sin contrapartida el período en cuestión, lo cual, por otra parte contravendría lo dispuesto con carácter general acerca de la obligatoriedad de cotizar”.

4.- Concorre, por consiguiente, entre ambas resoluciones comparadas el presupuesto de la contradicción al que se refiere el art. 217 Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que da acceso a la admisión del recurso, pues ante supuestos de hecho esencialmente iguales a los fines controvertidos, pues a afectos determinar el importe del “capital coste” resulta indiferente que se trate de un nuevo cálculo de la pensión que se viene percibiendo (art. 4.2 en relación con art. 3.2 RD 2665/1998) o de un supuesto de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación (art. 4.1 RD 2665/1998), pues la diferencia incide en la forma de calcular la “parte de pensión a capitalizar” pero no en determinar si dicha cuantía debe equipararse al “capital coste” a abonar por el beneficiario o si el referido “capital coste” debe ser objeto de determinación conforme a las reglas generales de capitalización de pensiones vitalicias de la Seguridad Social. Y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos la disposición adicional 10ª de la Ley 13/1996 de 30-diciembre-1996, el art. 4 del Real Decreto 487/1998 de 27 -marzo y el art. 4 del Real Decreto 2665/1998 de 11 -diciembre) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

SEGUNDO.- 1.- Con carácter previo debe hacerse referencia a la normativa esencialmente invocada por las partes y aplicada, en su caso, en la sentencia recurrida, al poder resultar necesaria para resolver la cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora.

2.- La Ley 13/1996 de 30-diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31 -diciembre-1996), en su Disposición adicional décima, dedicada a la “Regulación de las cotizaciones sociales

a sacerdotes y religiosos secularizados de la Iglesia Católica”, estableció que “El Gobierno, en el plazo máximo de seis meses a partir de la aprobación de esta Ley, aprobará las disposiciones normativas que sean necesarias a los efectos de computar, para los sacerdotes y religiosos/as secularizados, el tiempo que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión, y en el que no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el Sistema de la Seguridad Social, con objeto de que se les reconozca el derecho a la percepción de la pensión de jubilación denegada o a una cuantía superior a la que tienen reconocida”.

3.- De la propia disposición adicional se deduce la existencia de dos colectivos distintos, uno al que se le hubiere denegado la pensión de jubilación y al que con el cómputo del tiempo que estuvo ejerciendo su ministerio o religión y en el que no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el Sistema de la Seguridad Social pudiera llegar a acceder a la jubilación; y otro colectivo, el que por sus cotizaciones ya hubiere accedido a la prestación de jubilación pero al que, con la adición de las cotizaciones asimiladas por el referido periodo temporal de ejercicio de su ministerio o religión, pudiera corresponderle la pensión en una cuantía superior a la que tenían reconocida. La referida distinción entre los dos citados colectivos justificó, además, como se refleja en los respectivos preámbulos de los Reales Decretos de desarrollo, una normativa separada.

TERCERO.- 1.- Con respecto al primer colectivo (personas que, por falta de cotización necesaria, no habían podido tener derecho a una pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social), considerado como el que se encontraba en situación más desfavorable, y con la finalidad de que de computárseles, si quiera parcialmente, el tiempo de ejercicio ministerial o de religión, generaran derecho a la pensión de jubilación, se promulga, en primer lugar, el Real Decreto 487/1998 de 27 -marzo (de “Reconocimiento, como cotizados a la Seguridad Social, de periodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica secularizados”).

2.- En cuanto ahora más directamente afecta, -aunque debe advertirse que el beneficiario demandante no está incluido en este primer colectivo de afectados y, por ende, no le es aplicable este Real Decreto 487/1998, cuya infracción inadecua-

damente invoca la Entidad Gestora recurrente-, en su art. 4, relativo a las “obligaciones de los interesados”, se dispone que “1. Los interesados deberán abonar el capital coste de la parte de la pensión que se derive de los años de cotización que se le hayan reconocido, en virtud de lo previsto en los artículos anteriores.

A tal fin, la pensión a capitalizar será el resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje obtenido de multiplicar por 3,33 el número de años que hayan sido reconocidos, como cotizados a la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 y que “2. El abono del capital coste a que se refiere el apartado anterior podrá ser aplazado por un período máximo de quince años y fraccionado en pagos mensuales, deducibles de cada mensualidad de la pensión reconocida”.

Por último, expresamente establece una regla general de supletoriedad, indicando que “En lo no previsto en el presente Real Decreto, serán de aplicación las disposiciones comunes que regulan los respectivos regímenes de la Seguridad Social en que se causen las correspondientes pensiones” (disposición adicional única).

3.- Es de interés, sin embargo, destacar a afectos interpretativos de la normativa que resulta aplicable en el caso ahora enjuiciado, como más adelante se indicará, y además de la regla de supletoriedad, el que en dicho precepto (art. 4) en el que se impone a los interesados la obligación de “abonar el capital coste de la parte de la pensión que se derive de los años de cotización que se le hayan reconocido”, distingue los conceptos de “capital coste”, “parte de la pensión que se derive de los años de cotización que se le hayan reconocido”, “pensión a capitalizar”, “abono del capital coste” y posibilidad de abono “aplazado por un período máximo de quince años”, evidenciando esto último el importe presumiblemente trascendente del capital coste a abonar por el beneficiario.

CUARTO.- 1.- Con respecto al segundo colectivo de afectados (los que, con la adición de las cotizaciones asimiladas referidas, pudiera reconocérseles pensión de jubilación en una cuantía superior a la que sin éstas les correspondía), -en el que se incluye el supuesto ahora enjuiciado-, se promulga posteriormente el Real Decreto 2665/1998 de 11-diciembre (que “completa el RD 487/1998, sobre reconocimiento, como cotizados

a la Seguridad Social, de períodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica secularizados”, destacándose en su preámbulo que “se establece la consideración, como cotizados a la Seguridad Social, de los períodos de ejercicio sacerdotal o de religión con fecha anterior a la integración de los correspondientes colectivos en el sistema de la Seguridad Social, por parte de los sacerdotes o religiosos de la Iglesia Católica secularizados con anterioridad al 1 de enero de 1997”, destacando que “la finalidad del cómputo de tales períodos es la de permitir, en los términos señalados en la disposición adicional décima citada, una mayor cuantía de pensión a los interesados de la que correspondería en función de los años realmente cotizados al sistema de la Seguridad Social”, pero que “A su vez, y como contrapartida de los beneficios que el cómputo de los períodos indicados supone para los interesados y, correlativamente, de las obligaciones que nacen para el sistema de la Seguridad Social, el Real Decreto prevé las correspondientes compensaciones económicas por parte de aquéllos, siguiendo el precedente, entre otros, del Real Decreto 487/1998”.

2.- A efectos del cálculo de la pensión, establece su art. 3.2 que “En los casos en que ya se viniese percibiendo pensión de jubilación, se procederá a efectuar un nuevo cálculo de la cuantía de aquélla, aplicando a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, considerando tanto los efectivamente cotizados, como los ulteriormente reconocidos, de conformidad con la escala vigente en la fecha de solicitud de reconocimiento de los períodos de ejercicio sacerdotal o religioso... La cuantía resultante será objeto de actualización, aplicando las revalorizaciones que hubieren tenido lugar desde la fecha de efectos de la pensión que viniesen percibiendo hasta la fecha en que deba surtir efectos la modificación de la cuantía...”. Dicho precepto debe coordinarse con el art. 4.2, relativo a las obligaciones de los interesados en este concreto supuesto, en el que se especifica que “En los supuestos a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, la parte de pensión a capitalizar será la diferencia entre la cuantía de la pensión que se viniese percibiendo y la que corresponda por aplicación de los períodos de ejercicio sacerdotal o religioso, asimilados a cotizados a la Seguridad Social”, así como con la regla general de aplazamiento ex art. 4.3 (“El abono del capital coste a que se refieren los apartados anteriores podrá ser diferido por un período máximo de 15 años y fraccionado en pagos mensuales deducibles de cada mensualidad de pensión” e incluso se preceptúa que “El período de 15 años podrá ser ampliado en la medida necesaria para que, en ningún caso, la amortización del capital coste suponga una cuantía mensual superior a la

adicional recibida, en función de los años de ejercicio sacerdotal o religioso reconocidos”).

3.- En cuanto a las obligaciones de los interesados, se preceptúa en el art. 4.1 del citado Real Decreto 2665/1998, siendo esta la concreta norma aplicable al supuesto ahora enjuiciado, que “En los supuestos de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación, los interesados deberán abonar el capital coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso, que hayan sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social” y que “A tal fin, la parte de pensión a capitalizar será el resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora los porcentajes siguientes:

a) Por los años reconocidos que se sitúen dentro de los quince primeros: el 3,33 por 100 por cada año reconocido;... c) Por los años reconocidos a partir del vigésimo sexto: el 2 por 100 por cada año reconocido”. Siendo común a ambos supuestos la regla general de aplazamiento ex art. 4.3, anteriormente transcrita.

4.- Por último, con carácter general adicional, igualmente, una norma de supletoriedad, estableciendo que “En lo no previsto en el presente Real Decreto serán de aplicación las disposiciones comunes de los regímenes en que se hayan reconocido los períodos asimilados a cotizados, de conformidad con lo previsto en el artículo 2” (disposición adicional primera), teniendo en cuenta que conforme al art. 2.3 “ Los períodos asimilados a cotizados a la Seguridad Social serán reconocidos, en el caso de sacerdotes secularizados, en el Régimen General y, en el supuesto de personas que abandonaron la profesión religiosa en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos “ (norma que se interpretado conforme a la Constitución en STC 88/2005 de 18 abril, sin que exista discriminación por entenderse que la diferencia de trato estaba justificada en razón de las diferentes actividades desarrolladas por unos y otros), siendo en el caso ahora enjuiciado reconocida la pensión de jubilación conforme al Régimen General.

QUINTO.- 1.- Centrándonos en el supuesto enjuiciado, como se ha adelantado, afectante a un sacerdote secularizado que había ejercido tal profesión en época en el que no le fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de Seguridad Social pero con cotizaciones en Régimen General de la Seguridad Social efectuadas con posterioridad a su secularización durante un periodo temporal suficiente para alcanzar la carencia necesaria para acceder a la pensión de jubilación contributiva, debe determinarse el alcance de su obligación ex art. 4 Real Decreto 2665/1998 de “ abonar el capital coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso, que hayan sido reconocidos

como cotizados a la Seguridad Social”, que se le han reconocido y adicionado, hasta el tope de los 35 años (límite ex art. 2.2 RD 2665/1998), como asimilados a cotizados a la Seguridad Social por un período de ejercicio sacerdotal acreditado con anterioridad a determinadas fechas previas en las que no le estaba permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de Seguridad Social y que, como consecuencia de ello, se le ha incrementado

■

*“...debe estarse, por una parte, a las reglas específicas ex art. 4.1.II del Real Decreto 2665/1998 para la determinación de “la parte de la pensión a capitalizar” y, por otra parte, a las reglas generales de la normativa de la Seguridad Social para determinar la cuantía del “capital coste” que debe abonar el interesado como obligación ex art. 4.1.I del Real Decreto 2665/1998 derivada de los años de ejercicio sacerdotal o religioso que le hayan sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social, en lo que estas últimas disposiciones resulten compatibles con la finalidad de esta normativa especial.”*

■

la cuantía de la pensión que tiene reconocida.

2.- De la citada normativa afectante a ambos colectivos y separadamente contenida en los Decretos 487/1998 y 2665/1998 cabe deducir, en primer lugar a los efectos de determinar el alcance de la obligación que se impone a los interesados de “abonar el capital coste de la parte de la pensión que se derive de los años de cotización que se le hayan

reconocido”, que los correspondientes preceptos distinguen los conceptos de “capital coste”, “parte de la pensión que se derive de los años de cotización que se le hayan reconocido”, “parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso”, “pensión a capitalizar”, “parte de pensión a capitalizar”, “abono del capital coste”, así como se regula la posibilidad de abono “aplazado por un período máximo de quince años” e incluso excepcionalmente durante un período mayor.

3.- Se distingue, por tanto, entre la “parte de pensión a capitalizar” y el “abono del capital coste”, sin que en ninguna de dichas normas, ni en especial en la ahora aplicable contenida en el art. 4.1 del Real Decreto 2665/1998, se equiparen o asimilen expresa o tácitamente o de su contenido pueda interpretarse, literal, analógica o finalísticamente, que la “parte de pensión a capitalizar” coincide con el importe del “capital coste” a abonar por el beneficiario.

4.- En la citada normativa, y en especial en la que ahora resulta aplicable, se dictan normas específicas para determinar la “parte de pensión a capitalizar” y a ellas deben estarse, en concreto en el supuesto ahora enjuiciado a la norma ex art. 4.1.II.c) Real Decreto 2665/1998 (“el resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora los porcentajes siguientes:... c) Por los años reconocidos a partir del vigésimo sexto: el 2 por 100 por cada año reconocido”). Estas normas sobre la determinación de la “ parte de pensión a capitalizar “ son las específicas de la regulación singular establecida a favor de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica secularizados a los que afecta la normativa expuesta; y, en esencia, en el concreto caso enjuiciado, coincide el importe de la diferencia mensual a capitalizar 136,41 euros, bien se proceda a restar a la pensión revisada equivalente al 100% de la base reguladora de 1.705,10 euros el importe de la pensión mensual inicialmente reconocida de 1.568,69 euros equivalente al 92 % de la misma base reguladora, o bien se aplique la regla ex art. 4.1.II.c) Real Decreto 2665/1998 y el 2 % de la base reguladora se multiplique por los cuatro años reconocidos y adicionados como asimilados a cotizados (1.705,10 x 2: 100 x 4).

5.- Al no establecerse en la citada normativa específica una forma distinta de determinar el “capital coste” de la parte de pensión que debe ser objeto de capitalización, y no existiendo base para concluir que únicamente deba abonarse como “capital coste” el importe mensual ni siquiera el anual (como elige la sentencia recurrida) de la “parte de pensión a capitalizar” determinada conforme a las reglas ex art. 4.1.II.c) Real Decreto 2665/1998, -lo que incluso sería contradictorio con la existencia de las normas de aplazamiento ex art. 4.3 Real Decreto 2665/1998 -,

debe estarse a las reglas generales sobre determinación del "capital coste", como posibilita expresamente la regla de supletoriedad contenida en la citada disposición adicional primera del Real Decreto 2665/1998, pero en lo que estrictamente resulte aplicable dada la finalidad de la normativa especial afectante al colectivo de sacerdotes y religiosos o religiosos de la Iglesia Católica secularizados; pues como ha destacado la jurisprudencia unificadora, al declarar la improcedencia de determinados descuentos efectuados a este mismo colectivo por la Entidad Gestora en concepto de "gastos de tramitación del expediente", dado que "esta última normativa referida, específicamente, a las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales y a las empresas que, en su caso, resultan responsables, las que, obviamente, no pueden ser equiparables a los trabajadores beneficiarios de prestaciones contributivas de la Seguridad Social tampoco establecen una específica legitimación para el descuento de los llamados gastos de tramitación del expediente por más que, se refiera a intereses de capitalización y a recargos que procedan por retraso en los ingresos" (entre otras, SST/IV 11-noviembre-2003 -rcud 4048/2002, 23-noviembre-2004 -rcud 460/2004, 27-enero-2005 -rcud 1005/2004).

6.- Las normas relativas a la determinación del capital coste necesario para el pago anticipado de prestaciones periódicas de la seguridad social serán las vigentes en la fecha del hecho causante y ahora, las contenidas, entre otras, en el art. 126.3 LGSS, en el art. 69 y concordantes del Real Decreto 1415/2004 de 11-junio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (BOE 25-junio-2004) o en la Orden de 27-diciembre-2005 que desarrolla los criterios técnicos para liquidación de capitales coste de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social (BOE 28-diciembre-2005).

7.- En conclusión, debe estarse, por una parte, a las reglas específicas ex art. 4.1.II del Real Decreto 2665/1998 para la determinación de "la parte de la pensión a capitalizar" y, por otra parte, a las reglas generales de la normativa de la Seguridad Social para determinar la cuantía del "capital coste" que debe abonar el interesado como obligación ex art. 4.1.I del Real Decreto 2665/1998 derivada de los años de ejercicio sacerdotal o religioso que le hayan sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social, en lo que estas últimas disposiciones resulten compatibles con la finalidad de esta normativa especial.

SIXTO.- De lo expuesto se deduce que la doctrina jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia de contrate, lo que comporta la estimación del recurso de casación unificadora interpuesto por la Entidad Gestora, casando y anulando la sentencia recurrida; y, resolviendo el

debate suscitado en suplicación, debe estimarse el recurso de tal clase formulado por la referida Entidad, lo que comporta la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda; sin costas (art. 233.1 LPL).

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el "Instituto Nacional de la Seguridad Social", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 21-enero-2009 (rollo 5602/2005), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por la citada Entidad Gestora contra la sentencia de fecha 15-septiembre-2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo (autos 455/2005), en procedimiento seguido a instancia de D. Nicanor contra el referido Instituto. Casamos y anulamos la sentencia recurrida; y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase formulado por la referida Entidad, lo que comporta la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda; sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Víctor Eladio Fuentes López.

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

2009/300352

TS Sala 4ª, Sentencia 2 diciembre 2009. Ponente: D. Mª Lourdes Arastey Sahún

## Cláusula contractual nula por establecer un descanso para comidas contrario a la norma convencional

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada frente a sentencia

que, acogiendo la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato, declaró nula la cláusula de los contratos por la que los trabajadores con jornada diaria de más de seis horas tenían una hora para comer con carácter no retribuido.

La Sala, tras declarar la legitimación del sindicato actor y rechazar la excepción de falta de acción, señala que la empresa está infringiendo el art. 16,1 del Convenio Colectivo de Hostelería y Actividades Turísticas de la Comunidad de Madrid pues el tratamiento que ha de darse a quienes realizan jornada de al menos seis horas de trabajo efectivo es el correspondiente al de los trabajadores de jornada continuada, a quienes, precisamente en atención a esa duración, se otorga en la norma paccionada el derecho a un descanso diario dentro de dicha jornada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa EUREST COLECTIVIDADES, S.A. se alza en casación frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de abril de 2009 (autos 2/2009) que estimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras de Madrid y declaró nula la cláusula de los contratos suscritos a partir de 5 de octubre de 2005 por los trabajadores con jornada diaria de más de seis horas, según al cual se establece una hora para comer con carácter no retribuido "por no ajustarse al art. 16 del texto colectivo, y sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a interesar de la empresa un descanso superior, en la forma establecida en el convenio".

El recurso de casación de la demandada se desarrolla en tres motivos, acogidos a los apartados b) y e) del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral y se desarrolla en dos motivos distintos.

SEGUNDO.- El primero de los motivos - en el que se denuncia la infracción del art. 151 de la Ley de Procedimiento Laboral - sirve a dicha parte para suplicar que se declare la inadecuación de procedimiento, excepción ya planteada en la instancia y rechazada por la sentencia recurrida.

Argumenta la recurrente que en el presente caso nos hallamos ante la reclamación de un derecho individual de cada uno de los trabajadores afectados, de suerte que si éstos "estimasen que no quieren una hora para realizar la comida" podrán solicitarlo de la empresa o, en su caso, de los órganos judiciales.

Hemos de recordar que el objeto de la pretensión gira en torno a la ca-

lificación que ha de merecer las cláusulas que se viene incorporando a los contratos de trabajo celebrados por la empresa a partir de 5 de octubre de 2007, a cuyo tenor la distribución del tiempo de trabajo incluye una hora para comida no retribuida. Con relación exclusivamente a los trabajadores con jornada diaria de más de seis horas, se pide en la demanda la nulidad de dicha cláusula con apoyo en el ya mencionado art. 16 del Convenio Colectivo de Hostelería y Actividades turísticas (restauración) de la Comunidad de Madrid para los años 2007 a 2010, cuyo párrafo tercero reza así: " Todos los trabajadores/as tendrán derecho a 30 minutos de descanso diario dentro de su jornada diaria, siempre que ésta exceda de 6 horas, que no computarán como trabajo efectivo. En este caso, el trabajador/a sólo estará obligado a recuperar hasta un máximo de media hora del descanso disfrutado, al inicio o al final de la misma jornada. Los excesos de descanso que sobre la media hora anteriormente señalado pudieran producirse a petición del trabajador/a, que deberá acordar con la empresa, y fueran disfrutados por éste/a, no se computarán como tiempo efectivo de trabajo, debiéndose recuperar dicho exceso al principio o al final de la jornada".

Siendo éste el planteamiento de la demanda, no es posible acoger de modo favorable la excepción procesal interpuesta por la parte recurrente, pues en ella subyace una confusión entre el ámbito de afectación de la controversia y los efectos que el conflicto despliegue sobre los trabajadores afectados que, en su caso, serán siempre individualizables.

El artículo 151.1 LPL dispone que habrán de tramitarse por los cauces de la modalidad especial de conflicto colectivo " las demandas que afecten a intereses generales de un grupo de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia o de una decisión o práctica de empresas".

Desde la STS de 25 de junio de 1992 (rcud. 1706/1991), esta Sala ha sostenido que las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, " entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad ". Otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como " un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros " (así STS de 19 de mayo de 2004 -rcud. 2811/2003-, 4 de octubre de 2004 -rec. 39/2003, 7 de noviem-

bre de 2008 -rec. 37/2008-, 28 de enero de 2009 -rcud. 137/2007-).

Ahora bien, a ello la jurisprudencia de este Tribunal añade también de forma reiteradísima que “ el hecho de que un conflicto colectivo pueda tener un interés individualizable, en el sentido de que lo declarado en él pueda luego concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuada esta modalidad procesal, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Ello es así porque en los conflictos colectivos late un interés individual o plural, en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto, como muestra claramente el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral “ (doctrina también reiterada, que arranca de la STS de 1 de junio de 1992 -rec.1825/1991 -).

Aplicada la anterior doctrina al caso que se nos somete a enjuiciamiento, la conclusión a la que hemos de llegar es acorde con la adoptada por el Tribunal de instancia, pues la pretensión del sindicato, legitimado al efecto, de que se reconozca el derecho de los trabajadores afectados, cualesquiera que sean las demás circunstancias de aquéllos, a disfrutar del descanso diario siguiendo una determinada interpretación de la regla convencional sobre la que hay discrepancia con la empresa, se ajusta plenamente al objeto propio del conflicto colectivo. La controversia afecta de modo indiferenciado a quienes realizan jornada de 6 ó más horas diarias, a quienes les es de aplicación lo dispuesto en el art. 16 del convenio y, por ello, pueden estar afectados por el juego de la cláusula incluida en el contrato de trabajo cuya nulidad postula la demanda.

En este sentido nos remitimos a la respuesta dada por la STS de 7 de noviembre de 2008 (rec. 37/2008) a la misma excepción planteada por la misma empresa en un conflicto colectivo en que la pretensión era que se declararan nulas determinadas cláusulas tipo establecidas por la empresa en los contratos de trabajo. Desestimamos, por tanto, el primero de los motivos del recurso.

TERCERO.- El primero de los dos motivos formulados por el cauce del apartado e) del art. 205 de la ley adjetiva social tiene por objeto la denuncia de infracción del art. 80 de la misma. Argumenta la parte recurrente que, ante la falta de prueba de que se hubiese producido reclamación alguna por parte de los trabajadores en aplicación del descanso de comida, “no existe acción para la interposición de la demanda, ya que no existe un interés actual y directo cuestionado”. En apoyo de su tesis, invoca la

empresa las sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1984 (STC 39/1984) y de 8 de abril de 1991 (STC 71/1991), además de otras de distintos Tribunales Superiores de Justicia. Se alude, así, a dos cuestiones distintas, pero vinculadas, como son la inadmisibilidad de la acción declarativa y la falta de acción por carecer la parte actora de interés legítimo y actual.

En relación a la excepción de falta de acción, la STS de 18 de julio de 2002 (rec. 1289/2001) establecía una serie de criterios para su definición y concreción que se hace preciso traer aquí a colación a fin de dar respuesta al motivo analizado. Se decía allí que “ la de denominada «falta de acción» no tiene, al menos desde la visión de los tribunales laborales, un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia. Ello ha propiciado que, según las ocasiones, se la haya identificado, y no en todos los casos acertadamente, con: A) Un desajuste subjetivo entre la acción y su titular. B) Una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada. C) La ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas. D) Una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada “. Pues bien, ninguno de estos aspectos resultan apreciables en el presente caso:

A) La acción de conflicto colectivo se ejercita por un sindicato con ámbito de actuaciones acorde a lo dispuesto en el art. 152 a) de la Ley de Procedimiento Laboral. La legitimación del sindicato para plantear el conflicto, en el ámbito en que éste se desenvuelve, impide la apreciación de su falta de acción, pues, como indicaba la STS de 29 de junio de 1998 (rec. 5/1998), “ la legitimación implica y presupone que unas determinadas personas se encuentren inicialmente, al menos en apariencia, en una situación de especial afectación en cuanto a la relación jurídico-material deducida en el proceso “.

B) Ya hemos indicado en el Fundamento anterior que el procedimiento de conflicto colectivo es adecuado a la pretensión que se ejercita y, por ello.

C) La doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la admisión de acciones meramente declarativas en el procedimiento laboral pasa por afirmar que la tutela efectiva de derechos subjetivos e intereses legítimos que exige el art. 24.1 CE, implica la admisión de aquéllas siempre que exista un interés digno de tutela (STC 39/184, 71/1991, 210/1992, 20/1993, 194/1993, 65/1995 y 163/1998).

Por lo que hace a la jurisprudencia de esta Sala, hemos recordado en la sentencia de 12 de febrero de 2008 (rec. 33/2007) la reiterada doctrina según la cual “ Es necesario acredi-

tar la lesión actual del propio interés, lo que presupone la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trató de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden plantearse al juez cuestiones futuras o hipotéticas, cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos o intereses de la parte demandante, ni cabe solicitarle una mera opinión o consejo “.

No hay aquí un interés futuro, sino presente y real, puesto que es un hecho indiscutido el que la empresa está llevando a cabo una política de contratación que pasa por incluir la cláusula controvertida. Es también una evidencia que quien está legitimado para ello - el sindicato- considera que la interpretación y aplicación del convenio colectivo que propone habría de impedir tal práctica empresarial. La controversia afecta a un número considerable de trabajadores que tienen vigentes sus respectivos contratos de trabajo. Por tanto, hay un interés relevante y actual por parte del sindicato demandante en solventar la discrepancia, como es también actual la persistencia de ésta misma.

D) Por último, el que la pretensión ejercitada se halle o no fundada incide en el fondo del asunto y, como acertadamente hace la sentencia recurrida, debe ser resuelta al tiempo que se da respuesta al núcleo del litigio.

Todo lo hasta ahora expuesto conduce a la desestimación del segundo de los motivos del recurso.

CUARTO.- Denuncia por fin la parte recurrente, en el último de los motivos de casación, la infracción del art. 16.1 del Convenio colectivo de hostelería y actividades turísticas de la Comunidad de Madrid, en relación al párrafo que antes hemos reproducido.

Para rebatir los razonamientos de la sentencia de instancia argumenta la recurrente que: a) la cláusula incluida en los contratos de trabajo se refiere al descanso para la comida, el cual no está incluido en el de art. 16 citado; y b), en todo caso, el citado precepto convencional permite a las partes establecer tiempos de descanso superiores a los 30 minutos.

En orden a la interpretación de los convenios colectivos esta Sala ha venido sentando los criterios siguientes:

1º) El carácter mixto del Convenio, como norma de origen convencional con eficacia normativa, determina que en su interpretación haya de atenderse tanto a las reglas que se refieren a las normas jurídicas (arts. 3 y 4 del Código Civil) como a aquellas otras que disciplinan la relativa a los contratos (arts. 1281 a 1289 del mismo texto legal). Así lo hemos sostenido en sentencias, entre tantas otras, como la de 13 de junio de 2000 -rec. 3839/99-; 16 de octubre

de 2001 -rec. 33/01-; 10 de junio de 2003 -rec. 76/02-; 23 de mayo de 2006 -rec. 8/05; 8 de julio de 2006 -rec. 294/05-; 8 de noviembre de 2006 -rec. 135/05-; 16 de enero de 2008 -rec. 59/2007-; y 26 de noviembre de 2008 -rec. 139/2007 -.

2º) Como recuerda el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, “ la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual “ (STS de 12 de noviembre de 1993 -rec.2812/1992-, 3 de febrero del 2000 -rec.2229/1999-, 16 de diciembre del 2002 -rec.1208/2001-, 19 de septiembre de 2003 -rec. 6/2003-, 25 de septiembre de 2008 -rec.109/2007- y 13 de mayo de 2009 -rec.108/2008 -, entre otras). A lo que las STS de 20 de marzo de 1997 (rec.3588/1996), 27 de septiembre de 2002 (rec.3741/2001), 16 de diciembre del 2002 (rec. 1208/2001), 25 de marzo de 2003 (rec.39/2002), 30 de abril de 2002 (rec.156/2003) y 25 de marzo de 2009 (rec.85/2008) han añadido que “ en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes “.

3º) En cuanto a los concretos criterios de interpretación, como recuerdan las STS de 13 de marzo (rec. 39/2006), 3 de abril (rcud. 316/2006) y 5 de julio de 2007 (rcud.1194/2006) y 27 de junio (rec. 107/2006) y 26 de noviembre de 2008 (rec.139/2007), “ el primer canon en la exégesis de los contratos -privados o colectivos- es «el sentido propio de sus palabras» a que se refiere el art. 3.1 del Código Civil y el «sentido literal de sus cláusulas» de que habla el art. 1281 del Código Civil, de forma que cuando los términos de un pacto son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los pactantes debe estarse al indicado sentido literal, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación (SSTS 29/09/86 y 20/03/90), puesto que las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, (SSTS 01/04/87; y 20/12/88); o dicho de otro modo, el art. 1281 C.C. consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiversen lo que aparece claro (SSTS 22/06/84), o que se admita -sin aclarar- lo que se ofrezca oscuro,

siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas (SSTS 20/02/84; 04/06/84; y 15/04/88), y en el segundo la intención evidente de los contratantes (STS 30/01/91, 23/05/06 -cas. 8/05 -; 27/09/06 -rec. 294/05 -; 31/01/07 -rec. 4713/05 -; y 31/01/07 -rec. 5481/05 -)".

A lo que las sentencias de 16 de enero (rec. 59/2007) y 27 de junio de 2008 (rec. 107/2006), antes citadas, han añadido que, no obstante, "esa prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes".

Para llevar la anterior doctrina al caso que ahora hemos de resolver y alcanzar la recta solución del litigio, se hace necesario tener presente que la citada cláusula contractual fija un horario diario que incluye siempre la hora para la comida, de suerte que entre la entrada y salida del trabajador habrá transcurrido dicha hora no retribuida (a título de ejemplo: "de lunes a viernes de 8.00 a 17.00 con inclusión de la hora para como comer con carácter no retribuido").

Estamos, por tanto, ante trabajadores que realizan jornada continuada, puesto que el propio art. 16.1 del Convenio dispone en el párrafo siguiente que la jornada partida se entiende como aquella "que presente una interrupción de una hora y media o más horas". Por consiguiente, el tratamiento que ha de darse a quienes realizan jornada de al menos 6 horas de trabajo efectivo es el correspondiente al de los trabajadores de jornada continuada, a quienes, precisamente en atención a esa duración, se otorga en la norma paccionada el derecho a un descanso diario dentro dicha jornada.

La delimitación de ese descanso diario viene establecida en la regla convencional objeto de la controversia, de la cual, a los efectos que aquí interesan, han de extraerse las conclusiones siguientes:

1ª) Se trata de un derecho del trabajador y no de un descanso obligatorio;

2ª) El contenido del derecho se concreta en 30 minutos, recuperables al inicio o al final de la misma jornada;

3ª) Cabe la posibilidad de que la duración del tiempo de descanso se incremente, siempre que se den las circunstancias siguientes: a) que medie petición del trabajador; b) que el trabajador alcance un acuerdo con la empresa; y c) que el trabajador recupere también el superior tiempo de descanso al principio o final de la jornada.

De ello se infiere que no es factible imponer un descanso superior, sin la previa petición del trabajador. De ad-

mitirse la postura de la empresa, tal petición quedaría sustituida por el pacto que subyace en las estipulaciones del contrato, verdaderas cláusulas de adhesión, estandarizadas por los modelos de contratación ofrecidos por la empleadora. La actualización del derecho a un descanso superior a los 30 minutos, al que se refiere el precepto del convenio, sólo puede surgir de la constatación de una determinada necesidad por parte del propio trabajador; constatación y petición en las que no cabe la subrogación de la empresa en el momento anterior al inicio de la relación laboral. Finalmente, añádase a ello el que la posibilidad de solicitar el incremento de la duración de dicho descanso no sugiere, en el texto del convenio, la vocación de perpetuidad que se infieren de la "congelación" que supone su incorporación del contrato mismo.

Por todo ello, la interpretación que hace el Tribunal "a quo" resulta plenamente acorde con los términos del convenio colectivo cuya eficacia normativa no puede ser tergiversada mediante la suscripción en masa de cláusulas contractuales que no se acomodan a lo pactado por los negociadores colectivos.

QUINTO.- En congruencia con lo razonado hasta el momento, desestimamos también este último motivo, lo que comporta la desestimación íntegra del recurso, coincidiendo con ello con la postura del Ministerio Fiscal. Procede confirmar la decisión recurrida; debiendo cada parte hacerse cargo de las costas causadas a su instancia (art. 233.2 LPL).

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

#### FALLO

Que, desestimando el recurso de casación interpuesto por EUREST COLECTIVIDADES, S.A. contra la sentencia de 22 de abril de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en los autos 2/2009, seguidos por conflicto colectivo a instancia del Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras de Madrid, debemos confirmar y confirmamos la misma. Sin costas.

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 Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2009/315143

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

## Beneficio de justicia gratuita del Servicio Madrileño de Salud

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Madrileño de Salud demandado frente a sentencia que le condenó en costas.*

*La Sala declara que no procede la condena en costas, porque el recurrente se configura como el sucesor del INSALUD y tiene materialmente el carácter de Entidad Gestora de la Seguridad Social, por lo que debe tener también el beneficio de justicia gratuita que se le atribuía a aquel organismo y no es relevante que la entidad demandada no actúe aquí en el ámbito de la gestión de la prestación, sino en materia de personal, porque el beneficio de justicia gratuita se refiere a toda actuación procesal y no únicamente a la que es propia de la prestación sanitaria de la Seguridad Social.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La sentencia recurrida ha condenado en costas a la Administración recurrente -Servicio Madrileño de Salud (Comunidad Autónoma de Madrid)- y contra este pronunciamiento recurre la entidad mencionada en unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la de esta Sala de 15 de febrero de 2.005 (recurso 3043/2003). En esta sentencia se levanta la imposición de las costas al Instituto Madrileño de Salud, razonando que, de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala, no procede la condena en costas, porque, aunque dicho organismo no se relaciona en el artículo 57 de la Ley General de la Seguridad Social, en realidad, a través de la asunción de la competencia en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, se configura como el sucesor del Instituto Nacional de la Salud y tiene materialmente el carácter de Entidad Gestora de la Seguridad Social, por lo que debe tener también el beneficio de justicia gratuita que se le atribuía a aquel organismo.

Ha de apreciarse la contradicción que se alega, porque en los dos casos se trata de un recurso interpuesto por el ente público encargado de la gestión de la prestación de la asistencia sanitaria en la Comunidad de Madrid: el Instituto Madrileño de Salud en la sentencia de contraste y el Servicio Madrileño de la Salud, que sus-

tituyó al anterior, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 14/2005 de la Comunidad Autónoma de Madrid, en la sentencia recurrida, y mientras que la sentencia recurrida condena en costas a este organismo, la sentencia de contraste revoca esa condena al primero.

Debe, por tanto, estimarse el recurso, como propone el Ministerio Fiscal, por los propios razonamientos jurídicos de la sentencia de contraste que se sintetizan en el fundamento primero de esta resolución y que se dan aquí por reproducidos. Es conveniente, sin embargo, realizar dos aclaraciones. En primer lugar, y frente a lo que dice la parte recurrida, no es relevante que la entidad demandada no actúe aquí en el ámbito de la gestión de la prestación, sino en materia de personal, porque el beneficio de justicia gratuita se refiere a toda actuación procesal y no únicamente a la que es propia de la prestación sanitaria de la Seguridad Social (artículo 2.b) de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita). En segundo lugar, el beneficio de justicia gratuita ha de mantenerse, aunque formalmente la demanda se haya dirigido no contra el Servicio Madrileño de Salud, sino contra la Comunidad Autónoma de Madrid, a la que éste está adscrito (artículo 2.2 del Decreto 14/2005 de la Comunidad Autónoma de Madrid) que es también la entidad condenada, porque es claro que, pese al eventual error de la designación, es éste el que ha actuado en el proceso, como se advierte en los escritos de anuncio y formalización del recurso de suplicación y en los de preparación e interposición del presente recurso.

Debe, por tanto, casarse la sentencia recurrida en lo que afecta al pronunciamiento que condena en costas a la Administración recurrente.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de marzo de 2.009, en el recurso de suplicación núm. 5405/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 31 de julio de 2.008 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Madrid, en los autos núm. 134/08, seguidos a instancia de Dª Gloria contra dicho recurrente, sobre derechos. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en lo que afecta al pronunciamiento de la misma que condena en costas a la Administración recurrente; pronunciamiento que revocamos.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

que “resulta atentatorio a la dignidad humana la presentación de patrones compulsivos de conductas relativas a la tenencia o adquisición de bienes y productos que resultan ser merecedores de reproche penal”, aunque añadió que “la presentación de un ilícito penal como comportamiento inherente a la tenencia de bienes muebles afecta a los intereses generales de la población, cuyos intereses tutela la mencionada norma legal”.

Por ello, condenó a la anunciante a abstenerse en el futuro de emitir el referido anuncio y a costear la publicación de la sentencia declarativa de la ilicitud en dos periódicos y en tres cadenas de televisión nacionales.

La sentencia de segunda instancia confirmó la del Juzgado, que había sido recurrida por la demandada. La falta de claridad, precisión y sistemática de que adolece, se salva por la aceptación que en ella se expresa de la argumentación contenida en la sentencia que había sido apelada.

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal de Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA, se compone de dos motivos, referidos a la prueba.

La recurrente manifestó que interponía este recurso sólo para el caso de que entendiéramos que, “dados los términos confusos en que se expresa la sentencia de la Audiencia Provincial..., dicha sentencia se aparta de la dictada por el Juzgado” en el punto relativo a las causas de ilicitud del mensaje publicitario.

Como se dijo, la resolución de primera instancia se había basado sólo en una de las causas de ilicitud del mensaje publicitario que fueron alegadas en la demanda. Hay que decir, por tanto, que la condición negativa puesta por la recurrente no se cumple, por cuanto el Tribunal de apelación, para desestimar el recurso, no examinó el anuncio desde un punto de vista distinto del utilizado por el órgano judicial de primer grado ni aportó argumentación nueva alguna en relación con las contenidas en la sentencia de éste.

Pese a todo, entramos a examinar el recurso extraordinario y lo hacemos para declarar que, en ninguno de sus dos motivos, merece ser estimado.

TERCERO.- En el primero de los motivos la recurrente denuncia la infracción de las reglas sobre la carga de la prueba, contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mismo, como ha sido anticipado, se desestima.

En primer término, porque las reglas invocadas para sostenerlo -las del “onus probandi”- se limitan a identificar a la parte sobre la que ha de recaer el perjuicio derivado de la

ausencia de prueba de un hecho necesitado de ella. Precisamente, por esa razón no entran en juego cuando han quedado demostrados los hechos afirmados en la demanda y a los que la norma aplicable vincula la consecuencia jurídica pretendida. Que es lo que sucede en el caso enjuiciado.

En segundo lugar, porque la carga de la prueba nada tiene que ver con la valoración de ésta, que es a lo que, pese al epígrafe del motivo, se refiere realmente la argumentación de la recurrente, que muestra su discrepancia con que no se haya dado relevancia suficiente al contenido cómico del mensaje publicitario.

Pusieron de manifiesto las sentencias de 20 de octubre y 31 de diciembre de 1997, entre otras muchas -bien que en aplicación del derogado artículo 1.214 del Código Civil y con respecto al anterior recurso de casación- que “al no contener este artículo norma alguna sobre valoración probatoria, sólo puede servir de fundamento para un recurso de casación cuando por el Juzgador de instancia se hayan violado las reglas sobre distribución de la carga de la prueba que el precepto contiene, haciendo recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un determinado hecho cuya demostración no le incumbía, no infringiéndose... cuando el Juzgador falla teniendo en cuenta las pruebas aportadas cualquiera que sea la parte que las haya aportado al proceso”.

En el mismo sentido son de destacar, entre otras, las sentencias de 25 de noviembre de 2002, 30 de noviembre de 2005 y 25 de junio de 2009.

En tercer lugar y a mayor abundamiento, porque la revisión de la valoración de la prueba - que es, como se ha dicho, lo que en realidad exige la recurrente en este primer motivo - o es admisible por medio de este tipo de recurso extraordinario, salvo que se denuncie la vulneración a que se refiere el ordinal cuarto, del apartado uno, del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - sentencias de 18 de junio, 30 de septiembre y 30 de octubre de 2009-.

CUARTO.- En el motivo segundo denuncia la recurrente la vulneración del artículo 24, apartado 2, de la Constitución, como consecuencia de no haber admitido el Tribunal de apelación determinados medios de prueba por ella propuestos y que le habían sido denegados en la primera instancia, incorrectamente según entiende.

Mediante esos instrumentos de prueba, afirma que pretendía demostrar la licitud del mensaje publicitario atacado en la demanda. De ahí que sostenga haber sufrido indefensión.

Los medios de prueba a que se refiere el motivo eran un dictamen pe-



2010/11494

TS Sala Iª, Sentencia 15 enero 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Publicidad ilícita

## Injerencia innecesaria en la defensa de la dignidad del consumidor por falta de lesión

*El TS desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y estima el de casación, interpuestos. El objeto del litigio es la publicidad por parte de una conocida empresa de automóviles, cuyo contenido, según instancias anteriores, se correspondía con el tipo de publicidad ilícita en aplicación del art. 3, a) de la Ley 34/1988. Según el Tribunal, el recurso extraordinario por infracción procesal, no puede prosperar, entre otros motivos, porque las reglas sobre la carga de la prueba, no se infringen cuando el Juzgador falla teniendo en cuenta las pruebas aportadas cualquiera que sea la parte que las haya aportado al proceso. Por otra parte estima el de casación, porque la Sala constata la realidad de una injerencia innecesaria en defensa de un bien -la dignidad de la persona- que no había sido lesionado ni amenazado.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA y confirmó la del Juzgado de Primera Instancia, que había estimado la demanda dirigida, contra la apelante, por Asociación de Usuarios de la Comunicación y declarado ilícito -en aplicación del artículo 3, letra a), de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad- un mensaje publicitario, emitido por televisión, en interés de la demandada, anunciante, para promover la compra de un determinado modelo de automóvil por ella fabricado.

El anuncio de que se trata está contenido en una película de breve duración, en cuya proyección se ve como un hombre, de mediana edad y con apariencia de alto ejecutivo de la empresa titular del recinto, camina por el interior de un garaje subterráneo y observa un vehículo aparcado bajo un cartel con la palabras “director general”. En ese momento se oye la voz de una persona fuera de escena decir “¿Has visto el coche del nuevo director general? ¡Es impresionante el coche del nuevo director

general! ¡Cómo me gustaría probar el coche del nuevo director general!”. Seguidamente, el protagonista de la película se acerca al citado vehículo, deposita en el suelo un maletín que lleva en la mano, extrae de él un objeto punzante y lo clava en las ruedas de aquel, que se desinflan inmediatamente. Finalmente, dicho individuo sale del garaje dentro de otro automóvil que se hallaba detenido en un lugar destinado, según otro cartel, al “presidente”, mientras la antes mencionada voz manifiesta que es “regla número uno de los negocios” la consistente en que “el director general nunca debe comprarse un coche mejor que el del presidente”.

En su demanda, la asociación actora había alegado que ese mensaje publicitario se correspondía con el tipo de publicidad ilícita que describen las normas de las letras a) y e) del artículo 3 de la Ley 34/1988, en relación con la del artículo 8, apartado 1, de la Ley 25/1994, de 12 de julio -tal como quedó redactado con la reforma operada por la Ley 22/1999, de 7 de junio-.

El Juzgado de Primera Instancia calificó como ilícita la publicidad, en aplicación del artículo 3, letra a), de la Ley 34/1988, al haber considerado

rial -a emitir por un psicólogo sobre si el anuncio publicitario identificado en la demanda podía "fomentar en el espectador medio la violencia y las conductas agresivas en personas y cosas que predica la asociación demandante" -y dos documentos- uno de los cuales contenía el informe de un psicólogo sobre el mismo objeto propuesto para la prueba pericial no admitida y el otro consistía en una resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología mandando sobreseer el expediente tramitado contra algunas cadenas de televisión por haber emitido el anuncio que nos ocupa-

El artículo 24 de la Constitución Española, como norma que reconoce, entre otros, el derecho a un proceso debido, protege el de las partes a utilizar los medios de prueba que le permitan demostrar los hechos en que se apoyen sus planteamientos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha destacado, entre otras, en la sentencia 22/2008, de 31 de enero, al interpretar la regulación de este derecho, que el mismo tiene una configuración legal, en el sentido de que en la delimitación de su contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador mediante las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional y de cada proceso, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse su ejercicio; que carece de un carácter absoluto, desde el momento en que no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y la pertinencia de las pruebas solicitadas; y, especialmente, que "no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante", sino que constituye dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho el que "las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 de la Constitución Española únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiera practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental".

Conforme a dicha doctrina -seguida en nuestras sentencias de 13 de julio de 2004, 25 de enero de 2008 y las citadas en ellas-, no merece la sanción de nulidad una decisión,

como sucede con aquellas a que se refiere el recurso, que es contraria a la pertinencia de una prueba pericial -y, después, a la unión a las actuaciones de un documento que contenía un informe elaborado fuera del proceso sobre el mismo tema- propuesta para dar luz, desde un punto de vista psicológico, sobre la influencia -negativa- en los destinatarios del mensaje publicitario cuestionado, cuando el dictamen no se hacía depender de las previas investigaciones sociológicas que lo harían objetivamente fiable.

Lo mismo sobre la impertinencia cabe concluir con relación a de una resolución administrativa que valoró el comportamiento de terceros para el proceso, aunque fuera por la conducta seguida por ellos respecto del anuncio, tanto más si aplicó una norma - la del artículo 8, apartado 1, de la Ley 22/1999, reformada por la Ley 25/1994 - que no fue tenida en cuenta en las sentencias de ninguna de las dos instancias.

QUINTO.- En los dos motivos de su recurso de casación, Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA señala como infringido el artículo 20, apartado 1, letras a) y b), de la Constitución Española.

En el primero de ellos refiere la denuncia al método utilizado en las dos instancias para considerar ilícito el mensaje. Afirma que los respectivos Tribunales no habían tenido en cuenta, precisamente por haber fraccionado los distintos componentes estructurales del mismo, el tono humorístico en que se inspiraba toda la secuencia, ni el carácter intencionalmente ridículo con el que se diseñó la actuación del personaje principal del anuncio, visible y evidente a los ojos de un destinatario cualquiera.

En el segundo, denuncia la limitación impropia de aquellos derechos fundamentales, a que, de hecho, llevaba la conclusión judicial recurrida.

La posibilidad de adscribir el mensaje publicitario al marco de protección que las normas constitucionales de las sociedades democráticas reconocen a las libertades de información, opinión e, incluso, creación artística, ha sido admitida en fechas relativamente recientes. Propiamente, desde que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica cambió su doctrina sobre el "comercial speech" -sentada en la decisión del caso *Valentine c. Chrestensen*- y declaró que la publicidad no era extraña al ámbito de protección ofrecido por la Primera Enmienda- caso *Bigelow c. Virginia* y los numerosos que, con matices, al mismo han seguido-, pues, pese a su contenido mercantil, proporciona información sobre productos y servicios de utilidad para el público y, al fin, para un correcto funcionamiento del mercado regido por las leyes de la oferta y

la demanda, conforme a las que al consumidor corresponde emitir un voto económico; y que ello no significa que la publicidad no pueda soportar medidas restrictivas, siempre que sean necesarias para el interés público y razonablemente proporcionadas.

En nuestro continente, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994 - caso *Casado Coca c. España* -negó que, en el supuesto enjuiciado, hubiera resultado violado el artículo 10, pero formuló expresa declaración de que dicho precepto- que, en su apartado 1, incluye la libertad de recibir y comunicar información como contenida dentro de la libertad de expresión -"no distingue según la naturaleza lucrativa o no del fin perseguido", así como que establecer una diferencia de trato al respecto podría significar discriminación. Por ello, siguiendo su anterior doctrina, precisó dicho Tribunal que el artículo 10 no resulta "aplicable solamente a ciertos tipos de informaciones, ideas o formas de expresión...", especialmente a las de naturaleza política", sino que también lo es a las "informaciones de carácter comercial o, incluso,... los mensajes publicitarios difundidos por cable...".

Esa es también la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así en las sentencias de 25 de marzo de 2004 -C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionem GmbH c. Troostwijk GmbH*, 50 y 51- y 2 de abril de 2009 -C-421/07, *Frede Damgaard*, 26 y 27-, si bien, en ellas, tras recordar el contenido del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puso de manifiesto que "cuando el ejercicio de la libertad no contribuye a un debate de interés general... el control se limita a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia", que es lo que sucede con "el uso mercantil de la libertad de expresión, en particular en un ámbito tan complejo y fluctuante como la publicidad".

La publicidad constituye una forma de comunicación realizada con fines de promoción de la celebración de contratos sobre bienes o servicios -artículo 2 de la Ley 34/1988-. Esa comunicación puede tener un contenido informativo o integrado por ideas u opiniones o ambos a la vez, en todo caso con una relevancia cada vez mayor en el proceso de toma de decisiones en el mercado por parte de quienes son sus destinatarios, de modo que trasciende incluso -como señala el preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre - del ámbito propio del consumo y la competencia.

El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente

considerados asuntos públicos -políticos, sociales, culturales...- no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 de la Constitución Española.

Una negativa en tal sentido no sólo sería contraria al efecto que hay que atribuir a Tratados que forman parte de nuestro ordenamiento - artículos 10, apartado 2 y 96, apartado 1, de la Constitución Española -, sino que carecería de apoyo en el citado artículo 20, el cual no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial que ofrece, mediante la tutela del ejercicio de la libertad en los ámbitos que contempla, a la dignidad de los ciudadanos.

Por otro lado, discriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme -hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, del mismo modo que hay mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor o, incluso, que, no obstante su escasa utilidad aparente, contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria... -.

Ello sentado, declarar la aptitud de la publicidad para entrar en la órbita del artículo 20 de la Constitución Española implica entender que lo hace en el ámbito formado por el conjunto normativo que, dentro y fuera de dicho texto, la regula y desarrolla. Y, por tanto, que queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan.

No se opone a ello la naturaleza fundamental del derecho, pues los de esta categoría admiten restricciones -sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril-, si bien las mismas deben reunir determinadas condiciones para que la intervención negativa en su contenido merezca ser jurídicamente protegida.

Así, desde el punto de vista material, que es al que el recurso se refiere, la restricción debe estar justificada, ya por imponerla la regulación constitucional del propio derecho o la concurrencia con él de otros igualmente fundamentales; ya por perseguir fines legítimos según el ordenamiento constitucional, entre otros, los configurados como derechos y deberes de los ciudadanos o como principios rectores de la política económica -libertad de empresa, artículo 38; peculiaridades propias de algunas actividades profesionales, artículo 36; defensa de los consumidores, artículo 51; protección de la salud,

artículo 43- o por el legislador ordinario para el logro de objetivos de interés general.

La restricción ha de resultar, además, idónea, en el sentido de adecuada para contribuir a la obtención del fin que la legitime.

Finalmente, deberá ser proporcionada desde el punto de vista del contenido esencial del derecho restringido, cuyo necesario respeto -artículo 53.1 de la Constitución - opera, al fin, como límite de los propios límites.

En resumen, para comprobar si la restricción resulta proporcionada, en el caso concreto, procederá determinar la relación de prioridad relativa entre los bienes, derechos e intereses en conflicto, lo que implica valorar los argumentos a favor y en contra de la efectividad de la tutela judicial pretendida.

**SEXTO.-** Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA. denunció en el recurso la realidad, mediante una condena al cese con prohibición de reiteración futura, de una intervención judicial que consideró deficientemente fundamentada, además de innecesaria y, en todo caso, desproporcionada en el ámbito de su derecho fundamental.

Afirmó la recurrente que el derecho lesionado era, en primer término, el que protege su libertad de expresión.

Esa referencia al artículo 20, apartado 1, letra a), de la Constitución Española resulta adecuada, por las razones que han quedado expuestas y porque el mensaje de que se trata, aunque no carente de un contenido informativo para quien estuviera en trance de decidirse sobre la compra de un automóvil, emitió fundamentalmente juicios de valor sobre las relaciones dentro de una empresa, sobre los signos que las exteriorizan, sobre la comparación entre productos...

Ante esa realidad, el Tribunal de apelación afirmó, con fórmula al uso, aceptar la argumentación contenida en la sentencia de primera instancia, la cual, como al principio se indicó, había basado la calificación del mensaje como ilícito en el artículo 3, letra a), de la Ley 34/1988 y en haber considerado el órgano judicial que el anuncio era "atentatorio a la dignidad humana", en cuanto expresión de comportamientos "compulsivos" en relación con "la tenencia o adquisición de bienes y productos", los cuales, además, eran "merecedores de reproche penal".

Bueno es recordar aquí que la casación no permite revisar la valoración de la prueba efectuada en la segunda instancia, pero sí la operación por la que los hechos declarados probados se subsumen en la norma, cuando la misma imponga utilizar

conceptos indeterminados y, por tal, necesitados de integración. Esa operación, como, en relación con materias diversas, pusieron de relieve las sentencias de 7 de julio y 29 de noviembre de 2006, 14 de mayo y 12 de junio de 2007, 15 de enero de 2009, entre otras, tiene, al fin, una esencia calificadora, de naturaleza normativa, que la hace susceptible de ser revisada en casación.

**SÉPTIMO.-** El mensaje publicitario prohibido exteriorizaba y hacía llegar a sus destinatarios una información relativamente útil, mediante la proyección de una escena con algún grado de creatividad, cuyo núcleo lo constituía una reacción provocada por la envidia y, en sí, sancionada penalmente.

Sin embargo, con razón sostiene la recurrente que la naturaleza ridícula de la situación, su contenido jocoso, el contraste y la incongruencia entre la aparente seriedad del personaje principal del anuncio y su absurda reacción, convierten al mismo en inocuo e intrascendente desde el punto de vista de los bienes que el Tribunal de apelación se decidió a proteger.

En conclusión, constatamos la realidad de una injerencia innecesaria en defensa de un bien -la dignidad de la persona- que no había sido lesionado ni amenazado.

Los dos motivos del recurso de casación se estiman.

**OCTAVO.** Por lo dicho, el recurso de apelación debió haber sido estimado, a diferencia de la demanda, lo que ha de determinar el régimen de las costas de la primera y segunda instancia, de acuerdo con la regla general del vencimiento.

No ha lugar a especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación.

Las del extraordinario por infracción procesal, quedan a cargo de la recurrente

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

#### FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal, interpuesto por Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA., contra la sentencia dictada, con fecha diez de diciembre de dos mil cuatro, por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid.

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA., contra la citada sentencia, la cual casamos y anulamos.

En lugar de lo decidido por el Tribunal de apelación:

1º) Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Treinta y cuatro de Madrid, el dieciséis de julio de dos mil dos.

2º) Desestimamos la demanda interpuesta por Asociación de Usuarios de la Comunicación contra Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA.

Las costas de la primera instancia quedan a cargo de la demandante.

Sobre las causadas con los recursos de apelación y de casación no formulamos pronunciamiento de condena.

Las correspondientes al recurso extraordinario por infracción procesal, quedan a cargo de la recurrente.

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 Ríos.- Román García Varela.- Jesús Corbal Fernández.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trias.

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

2010/9924

TS Sala 1ª, Sentencia 9 febrero 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor

### Crítica severa formulada por doctor a compañero de profesión sobre la esclerosis múltiple

*Desestima el TS recurso de casación contra sentencia de instancia que no declaraba vulnerado el derecho al honor del recurrente, tras las declaraciones de un doctor, compañero de profesión, en las que criticaba el estudio realizado por el actor, sobre la enfermedad de esclerosis múltiple. El Tribunal considera que, habiendo*

*entrado en colisión, el derecho fundamental al honor y el de libertad de expresión, ha de prevalecer en el caso examinado, el de la libertad de expresión, puesto que éste quedaría restringido, si se antepusiera el derecho al honor del recurrente como obstáculo para el ejercicio del derecho a la crítica de la actividad desarrollada, pues la carga de asumir la crítica severa, dura e incluso inconveniente, se impone en una sociedad democrática a quienes se ven involucrados en actividades científicas o de investigación a tenor de la gran trascendencia que para los pacientes afectados y sus familias sus conclusiones o métodos de actuación puedan tener.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se promueve demanda de procedimiento ordinario contra D. Raúl, doctor de profesión y presidente del Comité Ejecutivo del Consejo Médico Asesor de la Asociación Española de Esclerosis Múltiple, en orden a una carta remitida a la revista "Salud Discovery" publicada en el mes de noviembre de 2000, en la que con ocasión de las investigaciones realizadas por el hoy actor D. Norberto -que afirmó en la misma publicación la posibilidad que la esclerosis múltiple fuera susceptible de curación mediante una técnica de cirugía-, declaró al respecto que "Todo el artículo es una sucesión de falsedades y burdas argumentaciones sobre el origen de la esclerosis múltiple..."

Que parecen mas propios de un profano indocumentado que de alguien que practique la medicina... Si el cirujano mencionado se hubiese tomado la molestia de leer un manual de neurología... No habla a favor de la honestidad intelectual presentarse como un marginado de la ciencia oficial cuando se ignoran los más elementales principios de trabajo científico y cuando no se ha publicado una sola línea en la literatura especializada sobre la cuestión de esclerosis múltiple con esa intervención... han proliferado los curadores...engañar a los pacientes...este tipo de practicas propias de la medicina precientífica... no continúe esta vergüenza de nuestra medicina". Estima la parte actora que dicha publicación vulnera su derecho fundamental al honor y solicita se le conceda una indemnización de diez millones de pesetas por los daños y perjuicios irrogados. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la pretensión ejercitada. Interpone recurso de casación al parte actora, fundamentando su recurso en un único motivo, infracción del contenido del artículo 18 de la Constitución española, en relación con el artículo 20 del mismo texto legal, por cuanto el artículo publicado, carece de veracidad, con inclusión de

expresiones indudablemente injuriosas innecesarias a efectos de la comunicación difundida.

SEGUNDO.- El artículo 20.1. a) y d) de la Constitución Española en relación con el artículo 53.2 del mismo texto legal, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor. La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 de la Constitución Española tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. El derecho a la libertad de expresión dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (Sentencias del Tribunal Constitucional de 5 de mayo; 99/2002, de 6 de mayo; 181/2006, de 19 de junio; 9/2007, de 15 de enero; 139/2007, de 4 de junio de 2007 y 56/2008 de 14 de abril). En ese sentido, es preciso recordar que la libertad de expresión, como ha reiterado esta Sala en sentencias de 31 de enero de 2008 y 25 de febrero de 2008, siguiendo la doctrina constitucional, no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la "crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige" (Sentencias del Tribunal Constitucional 6/2000, de 17 de enero; 49/2001, de 26 de febrero y 181/2006, de 19 de junio). El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información y tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 19 de febrero de 2009, 6 de julio de 2009, 4 de junio de 2009).

TERCERO.- La aplicación de la doctrina expuesta conduce a los siguientes razonamientos, a la luz de la Ley Orgánica 1/82 de cinco de mayo:

- En el caso examinado el artículo sobre el que se proyecta la demanda pone de manifiesto que en él predomina el ejercicio de la libertad de ex-

presión frente a la libertad de información, pues consiste esencialmente en una crítica severa formulada contra el hoy recurrente que entra dentro de lo que se califica opinión científica dentro de la controversia doctrinal que ocurre en todos los campos de investigación; son conocidos los enfrentamientos en el campo de la doctrina jurídica.

- Cae dentro del ámbito de la libertad de expresión, como manifestación o expresión de una opinión científica.

- El tono y las expresiones profesadas, no alcanzan al derecho al honor desde un punto de vista objetivo. La crítica de las actuaciones llevadas a cabo por el recurrentes resulta amparada en alto grado por el derecho a la libertad de expresión, el cual, a juicio de esta Sala, resultaría restringido en términos incompatibles con el núcleo del derecho fundamental si se antepusiera el derecho al honor del recurrente como obstáculo para el ejercicio del derecho a la crítica de la actividad desarrollada, pues la carga de asumir la crítica severa, dura e incluso inconveniente, se impone en una sociedad democrática a quienes se ven involucrados en actividades científicas o de investigación a tenor de la gran trascendencia que para los pacientes afectados y sus familias sus conclusiones o métodos de actuación puedan tener.

CUARTO.- Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación formulado en su único motivo. La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de D. Norberto contra la sentencia dictada por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 25 de enero de 2005. Segundo. - Condenamos a la parte actora D. Norberto al pago de las costas del recurso de casación. Tercero.- Líbrense a la mencionada Audiencia 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. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, es-

tando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/288558

TS Sala 2ª, Sentencia 6 noviembre 2009. Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

## Declaraciones autoinculporias que incumplen las exigencias legales Absolución del delito de incendio

*Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de daños por incendio. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues la Sala se centra en la primera declaración del imputado prestada en sede policial, y exclusivamente sobre ella declara probada la autoría del recurrente atendiendo a que en el plenario el guardia civil que le tomó declaración ratificó la realidad y certeza de las manifestaciones efectuadas. Criterio que no puede aceptarse porque el testimonio del agente no acredita la observancia de los requisitos legales de aquella declaración del sujeto, sino el hecho de la declaración misma es decir de unas manifestaciones carentes de validez y, por lo tanto, ineficaces.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia que le condena como autor de un delito de daños por incendio el acusado recurre en casación por cuatro motivos, de los cuales los dos primeros, relacionados entre sí, plantean la vulneración del derecho fundamental de defensa del artículo 24 de la Constitución Española por la forma en que le fue tomada su declaración en el cuartel de la Guardia Civil (Motivo Primero al amparo del artículo 852 de la ley del Enjuiciamiento Criminal), y la infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española por fundarse la condena en esa declaración ilícitamente practicada (Motivo Segundo, que apoya el recurrente en el artículo 849-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Dada la interrelación de ambos motivos se examinan conjuntamente.

SEGUNDO.-La Sentencia, con relación al delito de daños por incendio, declara autor al acusado "por su participación directa, material y voluntaria en los hechos a tenor de los artículos 27 y 28 del código penal". (Fundamento Tercero). Esa participación aparece descrita en la relación de Hechos Probados figurando el acusado como la persona que, tras un incidente con los ocupantes de cierto local que celebraban la Nochevieja, regresó al lugar cuando ya estaba cerrado y prendió fuego a los muebles marchándose cuando el in-

cidio comenzó a propagarse por todo el local.

La cuestión está en que la Sentencia limita la valoración de las pruebas demostrativas, a su juicio, de su intervención a lo que razona en su Fundamento Primero resolviendo "con carácter preferente" la cuestión "suscitada por la defensa del procesado en la audiencia preliminar" (sic) relativa a la validez y eficacia de sus manifestaciones ante el puesto de la Guardia Civil.

La Sentencia recoge escuetamente la jurisprudencia de esta Sala sobre el valor probatorio de las declaraciones policiales, cita el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 noviembre 2006 y la Sentencia 1281/2006, y considera que sobre esa base las autoinculpaciones iniciales del acusado en el cuartel constituyen prueba de cargo, dado que esa inicial confesión no mantenida luego en ninguna de sus posteriores declaraciones, policiales, sumariales y en Juicio Oral, se probó por el testimonio prestado en el acto de la vista por el miembro de la Guardia Civil que la había presenciado.

Es destacable por lo que luego se dirá que ése es exclusivamente el sustento probatorio considerado, es decir el único explícitamente valorado por el Tribunal para afirmar en el hecho probado que fue el acusado y no otra persona, quien prendió fuego al local.

TERCERO.- Acerca del valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la Policía esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones, elaborando una doctrina no definitivamente acabada, que presenta aún divergencias en particulares aspectos concretos sobre una base común unánime, pendiente todavía de desarrollo posterior. El Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28 noviembre 2006 acordó que “las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal previa su incorporación al Juicio Oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”. Pleno seguido de varias Sentencias que en desarrollo del acuerdo se han ocupado de los diversos aspectos de esta cuestión, como las Sentencias 1215/2006 del 4 diciembre; 1276/2006 de 20 diciembre, 541/2007 de 14 junio y 783/2007 de 1 de octubre, entre otras.

CUARTO.- Un adecuado tratamiento del valor probatorio de las declaraciones prestadas en sede policial, desde la perspectiva de la presunción de inocencia y de los requisitos de validez, licitud, y suficiencia de la prueba de cargo, exige ciertas precisiones con referencia a las declaraciones autoinculpatorias, sin ahora considerar este problema en el ámbito de las declaraciones testificales:

1º) Son declaraciones que se integran en un atestado policial, de naturaleza preprocesal y por ello no sumarial. Esta naturaleza jurídica extrasumarial sitúa la declaración policial fuera del alcance y de las previsiones del artículo 714 de la ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, como declara la Sentencia citada antes número 541/2007, de 14 junio, esta Sala ha admitido la aplicación del artículo 714 de la ley de Enjuiciamiento Criminal en los casos en que exista contradicción entre las declaraciones sumariales del acusado y las prestadas en el Juicio Oral. Asimismo ha establecido que el Tribunal puede tener en cuenta, total o parcialmente unas u otras en función de la valoración conjunta de la prueba disponible. Pero siempre que se trate de declaraciones prestadas en el sumario ante el juez de instrucción, de forma inobjetable, e incorporadas al Juicio Oral en condiciones de contradicción. “Cuando se trata de declaraciones policiales -añade la citada Sentencia- no pueden ser incorporadas al Plenario como prueba de cargo a través del artículo 714 pues no han sido prestadas ante el juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas”. De esto no se sigue, decimos ahora, que no tengan ninguna relevancia demostrativa, o aptitud para tenerla; pero ello será en los términos que luego se dirán, y no como instrumento probatorio preconstituido, en el sentido propio del término, ni tampoco por una sobrevenida ad-

quisición del carácter de “medio de prueba” a través de mecanismos, como el del artículo 714, referidos sólo a las diligencias sumariales, y no a los hechos preprocesales.

2º) Esa declaración, que no es diligencia sumarial, es no obstante un hecho sucedido, un hecho ocurrido que por su misma existencia es susceptible de ser considerado en el curso del razonamiento valorativo que recaiga sobre las verdaderas pruebas del proceso, cuyo análisis, sometido a una ineludible exigencia de razonabilidad, no permite prescindir de la índole significativa, -aunque no por sí misma probatoria- del comportamiento del inculpaado en actos preprocesales cuando éstos permiten calibrar el alcance de los datos aportados por las pruebas. La declaración autoinculpatoria en sede policial, no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial, pero es un hecho personal de manifestación voluntaria y libre documentada en el atestado. Un acto que en todo caso por su misma naturaleza sólo puede suceder dentro de un marco jurídico, con observancia de requisitos legales, sin los cuales el ordenamiento le niega validez, es decir existencia jurídica, y por ello aptitud para producir efecto alguno.

A este cumplimiento de las exigencias legales que deben observarse en las declaraciones policiales se ha referido constantemente esta Sala. Así la Sentencia citada 541/2007 de 14 junio declara que “no podrán ser utilizados en caso de que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, por aplicación del artículo 11. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ello sin perjuicio de los efectos de su nulidad sobre otras pruebas derivadas, lo que sería necesario determinar en cada caso”. Por su parte la Sentencia número 783/2007 de 1 de octubre dice al respecto que la voluntariedad de la declaración constituye el principal presupuesto de validez de la confesión, y la presencia de abogado (artículo 17 de la Constitución Española y 320 de la ley de Enjuiciamiento Criminal) es una garantía instrumental al servicio del derecho del imputado a no ser sometido a coacción (artículo 15 de la Constitución Española) y en suma a que se respete su derecho a la defensa (artículo 24.2 de la Constitución Española). Precisamente la declaración de los funcionarios policiales ante los que se produjo la declaración no es un testimonio de referencia porque no declaran sobre hechos ajenos, sino propios -añade esta Sentencia- y lo único que atestiguan es que el detenido dijo lo que expresa el acta, cuando tal persona lo niegue ante el Tribunal, exponiendo las condiciones de regularidad procesal de la diligencia, de la que también podría dar cuenta si se le citase, el propio abogado presente en la misma.

La previa información de sus derechos constitucionales y que sea pres-

tada en presencia de letrado, son condiciones de la validez de la declaración autoinculpatoria prestada en sede policial, sin la cual esa declaración carece de virtualidad alguna, y no es susceptible de ser considerada ni utilizada en el proceso.

3º) Admitido que la autoinculpaación en declaración policial no es por sí misma una confesión probatoria, es decir un instrumento o medio de prueba procesal, ni una diligencia sumarial susceptible de adquirir esa condición, sino un hecho preprocesal que además sólo es considerable como tal si se desenvuelve dentro del marco jurídico que condiciona su validez jurídica, debe también admitirse que como hecho puede tener, cuando es válido, relevancia en la actividad probatoria procesal posterior en un doble sentido:

a) Como elemento contrastante en las declaraciones procesales posteriores, sean sumariales o en el Juicio Oral, haciendo ver al declarante las diferencias entre sus manifestaciones en sede policial, y las hechas en el proceso judicial, a fin de que explique las rectificaciones. En tal caso estas explicaciones, hechas ya en el proceso, son una parte relevante de la confesión judicial, que coopera a la debida valoración de su propia credibilidad.

b) El hecho -que no prueba- de su declaración policial puede también incluir datos y circunstancias cuya veracidad resulte comprobada por los verdaderos medios de prueba procesal, tales como inspecciones oculares, peritajes, autopsias, testimonios etc.... En tal caso la conjunción de los datos confesados policialmente con los datos probados procesalmente, puede permitir, en su caso, la deducción razonable de la participación admitida en la declaración autoinculpatoria policial, y no ratificada judicialmente. En ese supuesto la posible prueba de cargo no se encuentra en la declaración policial considerada como declaración, puesto que no es prueba de confesión. Se encuentra en el conjunto de datos fácticos -los mencionados en su declaración policial y los acreditados por las pruebas procesales- que, como en la prueba indiciaria, permiten la inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida ante la policía y luego negada en confesión judicial. La relevancia demostrativa de la declaración autoinculpatoria policial descansa pues, en la aptitud significativa que tiene el hecho mismo de haber revelado y expresado datos luego acreditados por pruebas verdaderas. Es al valorar estas pruebas, practicadas en el ámbito del proceso, cuando el hecho personal de su preprocesal narración válida ante la policía, puede integrarse en el total juicio valorativo, como un dato objetivo más entre otros, para construir la inferencia razonable de que la participación del sujeto fue verdaderamente la de su inicial autoinculpaación policial.

No sería ésta la prueba de cargo, ni podría condenarse por su confesión policial inicial, sino por la razonable deducción de su autoría, obtenida de un conjunto de datos objetivos, acreditados por verdaderas pruebas, que, en unión del dato fáctico de su personal revelación a la policía, podrían, en su caso, evidenciar su intervención en el delito.

En esta línea, la Sentencia 541/2007 de 14 junio, que se apoya en la Sentencia 1106/2005 del 30 septiembre ya dijo que: “Cuando se trata de declaraciones policiales, no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del artículo 714, pues no han sido prestadas ante el Juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas. De otro lado, es evidente que no podrán ser utilizadas en caso de que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, por aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, ello sin perjuicio de los efectos de su nulidad sobre otras pruebas derivadas, lo que sería necesario determinar en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de declaraciones válidas, al haber sido practicadas con toda corrección, aun cuando no puedan ser valoradas como pruebas de cargo al no practicarse en presencia del Juez, pueden aportar datos objetivos que permitan seguir líneas de investigación. Los aspectos fácticos aportados en la declaración policial del imputado que hayan podido ser comprobados, podrán ser valorados en función de su contenido incriminatorio una vez incorporados adecuadamente al juicio oral. En este sentido ya se había manifestado esta Sala en la STS 1106/2005, de 30 de setiembre.

Decía esta sentencia que “En este sentido, conviene señalar que las declaraciones prestadas en sede policial, asistido de letrado, por un imputado, no pueden ser consideradas, por sí mismas, prueba de cargo, por tratarse de actividad preprocesal, que no ha sido incorporada ni al sumario ni al juicio oral (entre otras, STS 1940/2002, de 21 de noviembre). Ello no quiere decir, sin embargo, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues en el caso de tratarse de declaraciones autoinculpatorias, como es el caso, si proporcionan datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca, la prueba de cargo se obtendrá a través de esos otros elementos probatorios, que conformarán la convicción judicial, y no estrictamente de su declaración policial. Dicho de otro modo: si alguien confiesa un homicidio voluntariamente en sede policial, asistido de letrado, con todas las garantías, y previa información de sus derechos constitucionales, entre ellos el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y fruto de los datos que ha proporcionado se encuentra el cuerpo del delito, el arma y la ubicación del sujeto que se

declaró responsable del crimen en el lugar de los hechos en la hora y el día del suceso, la declaración autoinculpatoria habrá cobrado valor a través de otros datos, ciertamente proporcionados por el imputado, pero corroborados por pruebas estrictamente procesales, incorporadas legítimamente al juicio oral, sin que pueda señalarse que la prueba descansaba exclusivamente en la declaración del acusado llevada a cabo en sede policial sin ratificación judicial. Esto es lo que declara la STC 7/1999 -citando expresamente el precedente constituido por la STC 36/1995 y citada, a su vez, por la sentencia de esta Sala 240/2004, de 3 de marzo-; dicha resolución recuerda que las diligencias policiales sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo válida para destruir la presunción de inocencia "cuando por concurrir circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de estas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, con arreglo a las exigencias procesales". Véase a este respecto la STS 918/2004, de 16 de julio ".

QUINTO.- En el presente caso la doctrina jurisprudencial sobre esta materia a que muy resumidamente se refiere la Sentencia recurrida con cita del Pleno no jurisdiccional de 28 noviembre 2006, para fundamentar su valoración de la declaración autoinculpatoria del acusado ante la Guardia Civil, única prueba de cargo considerada por el Tribunal de la instancia sobre su autoría, conduce en realidad a la conclusión contraria, con sólo considerar su intrínseca invalidez por el incumplimiento de las normas legales que regulan su práctica.

1.- El hoy recurrente no expresó su participación espontáneamente presentándose en el cuartel de la Guardia Civil para allí narrar por su propia iniciativa su autoría ante quien estimó oportuno contándole lo que le vino en gana. El recurrente, del que la Guardia Civil tenía sospechas, fue citado para que acudiera al cuartel. Y así lo hizo cumpliendo con el llamamiento. Una vez en las dependencias fue interrogado sobre su intervención en el incendio, y contestando a las preguntas respondió que fue él quien prendió fuego al local.

Esta declaración, practicada en un verdadero interrogatorio, libre en cuanto al sentido de las respuestas pero no espontáneo en cuanto obedeció a las preguntas formuladas por los agentes de la Guardia Civil, se practicó sin que previamente se le informara de los derechos que le asistía (artículo 771-segundo de la ley de Enjuiciamiento Criminal) reconocidos en los apartados a), b) y c) del artículo 520. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir a guardar silencio o no contestar algu-

na pregunta, a no declarar contra sí mismo, y a designar abogado.

Sólo después de iniciarse el interrogatorio, cuando al serle formulada la quinta pregunta sobre lo sucedido y sobre lo que hizo respondió que prendió fuego a un sofá, se hizo constar que "en vista de las respuestas del manifestante, en este momento se interrumpe la manifestación y se procede a la detención y lectura de derechos del mismo, como presunto autor de un supuesto delito de incendio, dando a continuación aviso al letrado de oficio para toma de manifestación en calidad de detenido".

Consta seguidamente diligencia de detención y lectura de derechos, y después ya con asistencia letrada, nueva declaración y nuevo interrogatorio, en el cual niega toda intervención en el incendio. Negativa que ya mantuvo siempre en sus declaraciones posteriores.

2.- De este modo dos son las declaraciones policiales: una primera autoinculpatoria, carente de validez por incumplimiento de las exigencias legales, y otra que se practicó con observancia de estas, de contenido exculpativo. La Sala se centra en la primera, y exclusivamente sobre ella declara probada la autoría del recurrente atendiendo a que en el Plenario el guardia civil que le tomó declaración ratificó -dice la Sala de Instancia- la realidad y certeza de las manifestaciones efectuadas. Criterio que no puede aceptarse porque el testimonio del agente no acredita la observancia de los requisitos legales de aquella declaración del sujeto, sino el hecho de la declaración misma es decir de unas manifestaciones carentes de validez y por lo tanto ineficaces. Las realizadas válidamente después fueron autoexculpativas y la Sala lógicamente no las considera como prueba de su autoría.

3.- Por otra parte un examen de los autos pone de relieve que hubo otras pruebas contra el acusado, tales como declaraciones testificales de terceros y reconocimientos en rueda. Pero de ellas no hace la Sala valoración alguna, porque ni siquiera las menciona en su motivación. Esto impide que en casación entremos en consideraciones acerca de su resultado, porque a este Tribunal corresponde el control de la razonabilidad valorativa del Tribunal de instancia pero no suplir su valoración inexistente con una valoración propia sobre pruebas personales que sólo pueden ponderarse desde la intermediación inexistente en el trámite de casación.

4.- En conclusión no existe prueba de cargo sobre la autoría del acusado, que desvirtúe su presunción de inocencia.

Procede en consecuencia la estimación del motivo segundo y del motivo primero, que conduce a su absolución, haciendo innecesario el examen de los restantes motivos.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación del recurso interpuesto por Pedro Antonio, contra Sentencia dictada por la Sección núm. Uno de la Audiencia Provincial de Alicante, en causa seguida por un delito de daños por incendio, por estimación de su motivo primero y segundo; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas ocasionadas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de noviembre de dos mil nueve.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Alcoy de los de Alicante, Sumario con el número 1/2007, fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante y que fue seguida por delito de incendios contra Pedro Antonio, vecino y nacido en Alcoy el 16 de diciembre de 1975, hijo de Felipe y de Josefa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Hechos Probados de la Sentencia de instancia con las siguientes modificaciones: la frase "momento que el acusado que se había quedado en las inmediaciones aprovechó para romper el candado de la puerta del local y acceder a su interior" se sustituye por "momento en que alguien no identificado que no está probado fue el acusado rompiendo el candado accedió a su interior". Y la frase "una vez dentro encendió un mechero" se modifica por "una vez dentro esa persona no identificada encendió un mechero".

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No se aceptan los de la Sentencia de instancia, con excepción del segundo.

SEGUNDO.- Se sustituyen los demás por los de nuestra Sentencia de

casación que aquí se dan por reproducidos.

TERCERO.- Procede la libre absolución del acusado.

## PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos al acusado Pedro Antonio del delito de daños por incendio de que venía acusado en este proceso, declarando de oficio las costas causadas.

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

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

2009/299722

TS Sala 2ª, Sentencia 4 diciembre 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

## Requisitos de la interrupción Inexistencia de prescripción del delito de apropiación indebida

*El TS declara la inexistencia de prescripción respecto del delito de apropiación indebida cometido por el acusado. Dice la Sala que para que pueda entenderse interrumpido el curso del término prescriptivo, es decir, para entender que, efectivamente, el procedimiento se ha "dirigido contra el culpable", no basta con el hecho de la mera presentación de la denuncia o querrela, sino que se requiere, además, lo que el TC califica como "acto de interposición judicial", sin precisar con mayor detalle cuál ha de ser la clase o el contenido de este "acto", pero en clara referencia, al menos, al pronunciamiento sobre la incoación del procedimiento o la admisión a trámite del escrito de querrela.*

*Formulan voto particular los Magistrados D. José Manuel Maza Martín y D. Perfecto Andrés Ibáñez.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda del Tribunal Constitucional dictó Sentencia número 195/2009, de 28 de septiembre, por la que otorgando

parcialmente el amparo solicitado por Juan José y declarando vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), anulaba parcialmente, exclusivamente en lo referido al recurrente, la STS dictada por esta Sala el 24 de julio de 2006, desestimatoria en este extremo del Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2004, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de nuestra Sentencia, a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto de la Resolución del Tribunal Constitucional.

Dichos Fundamentos vienen a afirmar en esencia, tras exponer la doctrina de ese Tribunal acerca de la aplicación del artículo 132.2 del Código Penal respecto de cómo ha de entenderse la frase "cuando el procedimiento se dirija contra el culpable", en el sentido interruptivo del plazo de prescripción del delito que el texto legal le atribuye, que nuestra decisión, ahora anulada, "no satisface el canon de motivación reforzada en los términos exigidos por nuestra doctrina, vulnerando el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva."

A este respecto, parte el Tribunal Constitucional de sus anteriores Sentencias 63/2005 y 29/2008 para recordar cómo ya proclamó la incorrección, a su juicio, de la doctrina de esta Sala sobre el mencionado artículo 132.2 (y del anterior 114 CP de 1973) pues esa interpretación "conforme a la cual la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE)", con lo que "genera indefensión e inseguridad jurídica en los querrelados.", puesto que "fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción el de la mera recepción por parte del órgano judicial de la noticia criminis supone atender a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y, por ello, inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica", máxime cuando "dicha interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi, puesto que -en el actual estado de la legislación- dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales."

De ahí que, según el Tribunal Constitucional, "resulta imprescin-

dible la existencia de algún acto de interposición judicial que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito; y que sin la intermediación del Juez no podría hablarse de un procedimiento jurisdiccional abierto o iniciado, ni dirigido contra nadie." Pero como quiera que en el caso que nos ocupa sí que existieron "actos de interposición judicial" anteriores al cumplimiento del término prescriptivo, en concreto una Resolución del Instructor inadmitiendo a trámite la Querrela y la posterior desestimando el correspondiente Recurso de Reforma, otra del Tribunal de Apelación anulando la primera por defectos formales, una más del Instructor, tras corregir aquellos vicios de forma, con nuevo pronunciamiento de inadmisión de la Querrela, confirmado a continuación con la desestimación del correspondiente Recurso de Reforma, y todo ello antes de la definitiva admisión a trámite acordada en Apelación, vencido ya el plazo de prescripción, la Sentencia anulatoria echa en falta el que esta Sala, empleando como "ratio decidendi" tan sólo "su propia doctrina en materia de prescripción (conforme a la cual la mera presentación de la querrela interrumpe la prescripción), una doctrina contraria a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conforme a la doctrina de este Tribunal Constitucional", no haya entrado a valorar la trascendencia de los anteriormente citados "actos de interposición judicial" efectivamente producidos en el procedimiento de referencia, con lo que, como ya antes se adelantó

"De todo ello no cabe sino concluir que la decisión adoptada por los órganos judiciales al rechazar la prescripción del delito no satisface el canon de motivación reforzada en los términos exigidos por nuestra doctrina, vulnerando el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva."

SEGUNDO.- Recordando ahora la motivación de nuestra anterior Resolución, que el Tribunal Constitucional considera insuficiente, siendo por ello merecedor de nulidad el pronunciamiento que la misma soporta, transcribamos la literalidad del Octavo de sus Fundamentos Jurídicos que decía así:

"Los condenados, que ya en su día plantearon la prescripción de sus responsabilidades penales en los hechos objeto de enjuiciamiento y que, como vimos, tan sólo fue apreciada por el Tribunal de instancia para la referida "operación CROESUS", pero no para la "operación INPACSA-ICSA", por la que fueron finalmente condenados, con motivo de la publicación de la STC 63/2005, de fecha 14 de marzo, relativa a la interpretación de la expresión "...cuando el procedimiento se dirija contra el culpable..." contenida en el artículo 132.2 del Código Penal de 1995, y

en su equivalente 114 del Código de 1973, para describir el momento interruptivo del plazo de prescripción, presentaron ante este Tribunal los correspondientes escritos en solicitud de la aplicación de la doctrina contenida en dicha Resolución que, a juicio de quienes la alegan, vendría a suponer la extinción de su responsabilidad en este caso por haber prescrito, conforme a ella, el delito enjuiciado.

Escritos que fueron en su momento proveídos en el sentido lógico de aplazar hasta el dictado de la presente Sentencia cualquier pronunciamiento al respecto de la cuestión planteada, obligatorio, por otra parte, dado el carácter de orden público que presenta el instituto de la prescripción.

En resumen, podemos decir que el Tribunal Constitucional, constituido en una de sus Secciones, viene a afirmar que para que pueda entenderse interrumpido el curso del término prescriptivo, es decir, para entender que, efectivamente, el procedimiento se ha "dirigido contra el culpable", no basta con el hecho de la mera presentación de la Denuncia o Querrela, como esta Sala venía proclamando, sino que se requiere, además, lo que aquel Tribunal califica como "acto de interposición judicial", sin precisar con mayor detalle cuál ha de ser la clase o el contenido de este "acto", pero en clara referencia, al menos, al pronunciamiento sobre la incoación del procedimiento o la admisión a trámite del escrito de Querrela.

En este sentido, el Pleno no jurisdiccional celebrado por esta Sala, el pasado día 25 de abril del presente año, adoptó los siguientes Acuerdos:

1º Que "El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los artículos 117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza, con plena jurisdicción, las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE."

2º "Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005." Ello significa que continúa vigente la doctrina jurisprudencial, contenida en numerosas SsTS, que interpreta que la mera presentación ante el Juzgado de la Querrela o Denuncia basta para producir los efectos interruptivos a los que se refiere el meritado artículo 132.2 del Código Penal.

La peculiaridad del caso que nos ocupa obliga, no obstante, a recordar las incidencias por las que transcurrió el inicio de las actuaciones hasta su definitiva admisión a trámite.

El proceso fue el siguiente: Los hechos denunciados presuntamente comenzaron a ejecutarse en 1988 y finalizaron su comisión, en cuanto al delito de Apropiación indebida cuya

prescripción se pretende, el 29 de noviembre de 1988.

- La Querrela del GRUPO TORRAS se presenta el 8 de enero de 1993 (no habiendo transcurrido aún el plazo de cinco años que, según la Audiencia, es el que aquí corresponde para la prescripción).

- El Instructor dicta Auto inadmitiendo a trámite la citada Querrela el día 26 de enero de 1993, y desestima Recurso de reforma el 16 de febrero siguiente.

- Los querellantes recurren esa inadmisión a trámite y el Tribunal de Apelación se pronuncia, por Auto de 21 de junio de 1993, en el sentido de anular la Resolución recurrida por razones de forma, al haberse acordado en el seno de unas "diligencias indeterminadas".

- Devuelta la causa al Juzgado de Instrucción, nuevamente se inadmite la Querrela, en fecha 9 de julio de 1993, y el Recurso de reforma contra esta decisión, el 27 de julio, cuando aún no se habían alcanzado los referidos cinco años para la prescripción.

- Y recurrida esta nueva inadmisión, finalmente se estima el Recurso y se admite a trámite la Querrela, el día 11 de febrero de 1994, habiéndose cumplido ya el plazo de prescripción de cinco años desde la comisión del ilícito que venció en noviembre de 1993.

Con todo, este Tribunal encargado del conocimiento del presente Recurso, por estricto respeto al Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala en la referida fecha, ha de concluir en que los delitos a los que se refiere la Resolución de instancia no deben considerarse prescritos pues para determinar la interrupción del plazo de prescripción rige, como se ha dicho y afirmado nuevamente en el referido Acuerdo y aunque ello no se comparta íntegramente por alguno de los integrantes de esta Sala, la fecha de presentación de la Querrela, fecha a la que, incluso, habría de retrotraerse la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando, resolviendo finalmente Recurso de Apelación contra la inadmisión a trámite de dicha Querrela dispuesta por el Juzgado Central de Instrucción, decidió admitirla, aún cuando en ese momento ya hubieran transcurrido los cinco años desde la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento.

Por tales razones, los argumentos expuestos en los referidos escritos y la pretensión que en ellos se deducían han de ser rechazados."

TERCERO.- Pues bien, como queda dicho, la Resolución que anula parcialmente la Sentencia de esta Sala que incorporaba las anteriores consideraciones para declarar la inexistencia de la prescripción del delito objeto de condena, desestimando en

este extremo el Recurso de quien ahora merece el amparo constitucional, consideró que, de conformidad con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de abril de 2006 ya transcrito, el mero hecho de que la Querella se presentase con anterioridad a la culminación del plazo prescriptivo era, de acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal y de las razones que la avalan, cuya cita por conocidas resulta aquí ociosa, razón suficiente para afirmar la interrupción de dicho término y, por ende, la improcedencia de la alegación del recurrente.

Insistamos en que el referido Acuerdo, además de proclamar el mantenimiento de “la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005”, previamente también afirmaba con igual firmeza que “El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los artículos 117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza, con plena jurisdicción, las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE. “Razón por la cual se consideró suficientemente motivado el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión del condenado con la sola referencia a tal doctrina, de acuerdo con los consolidados criterios de esta Sala al respecto.

Máxime cuando, atendiendo al caso concreto que nos ocupa y a la peculiaridad de la que le dota la sucesión de Resoluciones, a propósito del inicial pronunciamiento sobre la admisión a trámite de la Querella originaria, que ya hemos dejado suficientemente explicada y a la que se refiere el Tribunal Constitucional como base para su exigencia de una nueva “motivación reforzada”, ya dijimos al respecto, como se ha dejado constancia, que habrá de tenerse en cuenta para la interrupción de la prescripción: “la fecha de presentación de la Querella, fecha a la que, incluso, habría de retrotraerse la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando, resolviendo finalmente Recurso de Apelación contra la inadmisión a trámite de dicha Querella dispuesta por el Juzgado Central de Instrucción, decidió admitirla, aún cuando en ese momento ya hubieran transcurrido los cinco años desde la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento.”

Ahora bien, como quiera que en el ámbito de un concreto Recurso, de plena, indiscutible y estricta competencia del Tribunal Constitucional, éste ha decidido otorgar su amparo, en este punto concreto, a quien en su día fuera recurrente en Casación ante nosotros, aunque se advierta que lejos de aplicar directamente sus propias afirmaciones contenidas en anteriores Resoluciones, a la vista de la inexistencia en este caso de actos de “interposición judicial” de los “que pueda deducirse la voluntad de no

renunciar a la persecución y castigo del delito”, la decisión adoptada por el referido Tribunal es tan sólo la de anular por insuficiencia de motivación un aspecto de nuestra anterior Sentencia, no nos queda ya sino insistir ahora, con previa reproducción de todos los argumentos hasta aquí expuestos, en que, aún en el presente caso, el hecho de que existieran diversos actos de “interposición judicial” antes de alcanzar el término de prescripción del ilícito y cualquiera que fuere su sentido, no supone, desde los planteamientos de la doctrina jurisprudencial que defendemos, excepcionalidad alguna, habida cuenta de que todos ellos se producen con posterioridad al momento en el que para nosotros se interrumpió el curso del plazo prescriptivo, es decir, aquel en el que la Querella tuvo entrada en el órgano jurisdiccional.

Pero si lo anterior no se tuviera aún por suficiente para considerar adecuadamente motivado nuestro propio criterio, demos un paso más recordando cómo en el nuevo Proyecto de reforma del Código Penal, aprobado en fechas recientes por el Consejo de Ministros e iniciando ya hoy los correspondientes trámites parlamentarios, el texto que se propone para superar las dudas existentes acerca de la interpretación del vigente artículo 132.2 dice así: “La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1ª. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2ª. No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrelado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de

prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3ª. A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.” Propuesta de modificación legal que se justifica, a su vez, en la previa Exposición de Motivos del Proyecto diciendo: “En el ámbito de la prescripción del delito, las diferencias interpretativas en cuanto al momento de inicio de la interrupción de la prescripción o los efectos que en ésta puede tener la presentación de denuncias o querrelas han evidenciado la existencia de defectos normativos que han de ser subsanados. Por ello, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable.

Para entender que ello ocurre se requiere, cuanto menos, una actuación material del Juez Instructor. Del mismo modo, se ha considerado necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querrelas y para ello se opta por suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada.

Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querrelada, continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación. También continuara el cómputo si dentro de dichos plazos el juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas.” Precepto, en definitiva, que de ser aprobado finalmente en los términos propuestos por el Poder Ejecutivo, y salvo ulterior declaración de inconstitucionalidad por el Alto Tribunal competente

para ello, ampararía también nuestro actual criterio, toda vez que su aplicación llevaría, en el supuesto que nos ocupa, a la retroactividad de la decisión judicial definitiva de admisión a trámite de la Querella al momento de la presentación de ésta, con idéntica solución, por tanto, a la que ya sostuviéramos y explicáramos nosotros en la Resolución hoy anulada.

Ese fue precisamente nuestro fundamento “de cierre” para motivar, ante las peculiaridades del caso concreto, la procedencia de la aplicación de la doctrina de esta Sala y la explicación del por qué de la trascendencia que pudiera tener la presencia de actos de “interposición judicial” ulteriores a la interposición de la Querella, aunque ésta no fuera admitida hasta después de la finalización del tiempo inicialmente previsto para la prescripción, y no nos cabe sino reiterarnos en ella, ahora con el refuerzo que le otorgan los argumentos de “lege ferenda” que acabamos de exponer.

En definitiva, y con apoyo en la motivación que ha quedado expuesta, hemos de reiterar nuestro anterior criterio, contenido en la Resolución objeto de anulación parcial por el Tribunal Constitucional, en el sentido de la íntegra desestimación del Recurso interpuesto en su día por Juan José y, en concreto, la de su pretensión relativa a la prescripción del delito por el que fuera condenado por la Audiencia Nacional.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos la inexistencia de prescripción respecto del delito de apropiación indebida cometido por Juan José, manteniendo íntegramente, respecto de él, el pronunciamiento desestimatorio de su Recurso de Casación contenido en nuestra anterior Sentencia número 843/2006, de 24 de julio.

Póngase en conocimiento de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julián Sánchez Melgar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Enrique Bacigalupo Zapater.

#### VOTOS PARTICULARES

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. A la vista del contenido de la anterior Resolución y de nuevo con el máximo respeto que me merece el criterio recogido en la misma, por elemental coherencia con planteamientos expuestos con anterioridad me siento en la obligación de reiterar aquí los argumentos ya expuestos en

su día en el Voto Particular formulado con motivo de nuestra Sentencia parcialmente anulada por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que considero producida la prescripción del delito en el caso que nos ocupa, puesto que la expresión “dirigir el procedimiento contra el culpable”, contenida en el artículo 132.2 CP, además de desafortunada, equívoca y mercedora también de una urgente reforma legislativa, requiere, a mi juicio, un pronunciamiento positivo del órgano jurisdiccional, iniciando al menos las actuaciones judiciales derivadas de la presentación de la Denuncia o Querrela, para poder ostentar los efectos interruptivos del término de prescripción del delito que dicho precepto le atribuye.

Y todo ello sin perjuicio de mi expreso acatamiento, en cuanto que decisión adoptada al respecto por la mayoría de esta Sala, al Acuerdo del Pleno de 25 de abril de 2006, en el sentido de “Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005”.

Si bien, ante la decisión adoptada en esta ocasión por el TC, que en vez de aplicar directamente al caso de Autos su doctrina relativa al instituto de la prescripción interpretando como “actos de interposición judicial” no válidos para operar la interrupción de los plazos prescriptivos los que precisamente concluyeron en la, tanto explícita como implícita, negativa a dirigir el procedimiento contra los querrellados, se limita a anular nuestra anterior

Resolución a la espera de una “motivación reforzada” suficiente que, de alguna manera permita coherencia con la reiterada doctrina constitucional con un pronunciamiento finalmente condenatorio, he de insistir en algunas de las consideraciones que en el anterior Voto Particular ya efectuaba y que, a mi juicio, adquieren en este momento un significado aún mayor, como exponentes de un criterio hoy al parecer también discrepante de la interpretación que dicho TC efectúa de su propia doctrina.

En este sentido reproduzco aquellas consideraciones, que decían así: “En efecto, la propia dicción del precepto a interpretar: “...dirigir el procedimiento contra el culpable”, no permite, en mi opinión y teniendo aquí presentes los argumentos expuestos al respecto por el propio TC que suscribo en lo esencial, que la interrupción del plazo de prescripción se produzca con la mera presentación de la Denuncia o interposición de la Querrela, toda vez que no cabe afirmar, y menos aún con una aplicación normativa a mi juicio claramente “contra reo”, que es la parte la que tiene atribuida la función de “dirigir” el procedimiento penal, incluso contra el criterio expreso del propio órgano judicial que inadmite a trámite dicha Denuncia o Querrela.

Pues, de hecho, esto es lo que se evidencia palpablemente en el presente procedimiento en el que no una sino hasta tres veces, dos el Instructor y una la Sala, se pronunciaron, bien denegando la admisión a trámite de la Querrela, bien revocando esa decisión de inadmisión pero por motivos formales y con declaración de nulidad de lo actuado, sin pronunciarse propiamente en ese momento sobre si debía admitirse o no a trámite.

La pregunta entonces no es otra que la siguiente: ¿Es posible en tales circunstancias, cuando ha habido cuando menos dos pronunciamientos judiciales expresos de inadmisión de la Querrela, afirmar que se había dirigido ya el procedimiento contra los querrellados antes de la última decisión del Tribunal de Apelación admitiéndola? Creo que la única respuesta posible, y jurídicamente correcta, en este caso debería ser la negativa a la pretensión de que el procedimiento ha de entenderse dirigido contra los querrellados antes de ser admitida definitivamente a trámite la Querrela y a pesar de existir pronunciamientos jurisdiccionales expresos contrarios a esa admisión.

Sin embargo, no debe ocultarse tampoco cómo resulta, por otro lado, cuando menos curioso advertir que, con una interpretación literal de la STC 63/2005 podría incluso afirmarse que la prescripción, en las condiciones y circunstancias del presente caso precisamente, no se había producido, ya que “actos de interposición judicial”, dentro del plazo prescriptivo, sí que hubo, aún cuando como hemos visto fueran precisamente denegatorios de la pretensión de “dirigir el procedimiento” contra los querrellados, pues como la Resolución del TC adolece, a mi juicio, de una grave inconcreción, al no precisar a qué clase de “actuación” o “interposición” del Juez se refiere, para reconocerle efectos interruptivos de la prescripción, pudiera pensarse que cualquier intervención de la Autoridad judicial serviría para ello, lo cual representaría un evidente contrasentido.

Por ello, yo sería partidario no sólo de afirmar que es el órgano judicial, y no el denunciante o el querellante, quien tiene facultad para “dirigir”, propiamente, el procedimiento contra la persona del denunciado o del querrellado, sino, además, yendo un paso más allá que el TC en la concreción de la interpretación del artículo 132.2, de precisar la naturaleza de la actuación judicial a la que ha de atribuirse el efecto interruptivo, que podría ser la de la admisión a trámite de la Querrela o la incoación de las Diligencias correspondientes a la Denuncia, por tratarse de las primeras decisiones adoptadas por el órgano jurisdiccional y, por ende, las más fáciles e inmediatas en ser adoptadas, próximas a la recepción de la “notitia criminis” y más favorables

para las necesidades de la seguridad jurídica y de la tutela de los derechos de víctimas y perjudicados, si los hubiere.” Como ya adelanté, el TC en su Resolución otorgante del amparo no opta, al menos explícitamente, por este criterio, por lo que mi discrepancia se extiende ahora también al hecho de que se haya abierto la posibilidad a entender que puedan otorgárseles efectos interruptivos de la prescripción a las mencionadas decisiones jurisdiccionales, que no admitieron la Querrela, recaídas antes de la definitiva admisión a trámite de ésta, a la vista de que el TC en principio parece favorable a que puedan ser tenidas aquellas, con una “adecuada motivación” debidamente “reforzada”, como verdaderos “actos de interposición judicial” en el sentido y con los efectos a los que aludía con esa expresión en sus anteriores Resoluciones, en tanto que, por otro lado, mis compañeros no consideran necesario ni siquiera entrar a valorar el carácter de tales Resoluciones puesto que, en coherencia con nuestra conocida y reiterada Jurisprudencia, los tienen por irrelevantes una vez producida la presentación de la Querrela dentro del plazo de vigencia de la acción.

En definitiva, finalizo insistiendo una vez más en que la decisión más acorde con mi interpretación de la norma aplicable (art. 132.2 CP) no hubiera debido de ser otra, en la primera de nuestras Sentencias, en la que dictó el TC o, en todo caso, en ésta a la que se une el presente Voto Particular, que la de declarar la prescripción del delito de referencia.

José Manuel Maza Martín.

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 1329/2009, de 4 de diciembre, que resuelve el recurso de casación número 1014/2004.

Ya que se reitera el fallo y la ratio decidendi de los que me separé en su día, debo también reiterar mi discrepancia. Ésta se cifra en que concurdo con la interpretación del art. 132.2 Cpenal que el Tribunal Constitucional hace en su sentencia 63/2005, al exigir, la “interposición de una actuación judicial” para que pueda entenderse producido el efecto interruptivo de la prescripción que contempla el art. 132.2 Cpenal.

Tal interposición sólo puede consistir en un verdadero acto del juez abriendo ex novo la causa y orientando el proceso en una determinada dirección, o reabriendo, de idéntica forma y con la misma finalidad, la que estuviera provisionalmente sobreesfida.

Dirigir el procedimiento es tanto como investigar una notitia criminis. Es decir, dada ésta, indagar judicialmente en un sentido, a tenor de ciertos datos, para reconstruir el caso. O, lo que es lo mismo, operar efectivamente con una hipótesis de trabajo

que incluye alguna indicación atenuante -indicio- relativa al posible autor o autores del hecho.

No existirán indicaciones de este género en una resolución que acuerde la apertura por la mera constatación del hecho (del resultado de una acción, en apariencia, criminal) y el archivo inmediato por falta de datos aptos para la investigación. Pues en este caso sólo habría la iniciación de un procedimiento sin dirigirlo contra alguien.

Por tanto, para que exista interrupción de la prescripción ex art. 132.2 Cpenal es preciso que el juez cuente con una noticia de delito y con una hipótesis acerca de la misma que le ponga en la pista de alguien, con un mínimo grado de concreción.

Podría tratarse de un alguien individual, ya identificado, o por identificar a partir de algún vestigio que lo señale. O de un alguien plural: totalmente determinado en su composición, sólo parcialmente identificado, o que parezca prima facie identificable por lo que ya se sabe de él.

Si se imputa a una persona como posible autor de una acción de ejecución individual y, por tanto, el procedimiento se dirige exclusivamente contra él, mientras esto suceda, cualquier otro sujeto estará excluido de la persecución y, por tanto, beneficiándose de la prescripción.

En consecuencia, ha de considerarse afectado por la dirección del procedimiento a todo aquel del que pueda decirse con fundamento racional y alguna base empírica que está comprendido en la hipótesis manejada por el instructor.

Es patente que en el contexto normativo de referencia el término “culpable” no se usa en sentido técnico-jurídico. En efecto, no puede hablarse de “culpable” stricto sensu en esa fase preliminar del proceso, en la que apenas podría existir un apunte de imputación por verificar, provisional, por tanto.

Así, “culpable” a esos efectos será el que pudiera resultar en el curso de la investigación hecha posible por los datos que dan sustento a esa imputación inicial. Y en ningún caso podría serlo alguien por aparecer denotado como tal en un acto de parte, ya sea denuncia o querrela, cuya simple formulación o presentación carece de aptitud, a mi juicio, para interrumpir la prescripción. Más aún en supuestos como el de esta causa, en que incluso el instructor inadmitió a trámite la querrela.

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



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2820

Madrid, 20 de abril 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

2010/6372

TS Sala 1ª, Sentencia 13 enero 2010.  
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

### Cómputo del plazo de prescripción de la acción dirigida contra los administradores

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a los administradores demandados de la obligación de satisfacer solidariamente el crédito pretendido en la demanda, considerando que la acción ejercitada contra ellos había prescrito por haber transcurrido el plazo legal a computar desde la fecha en que se disolvió la sociedad y cesaron los demandados en sus cargos.

2009/265693

TS Sala 1ª, Sentencia 13 noviembre 2009.  
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

### Indemnización por incumplimiento de contratos de cesión y constitución de sociedad

El TS declara no haber lugar a los recursos de casación que dos de los demandados presentaron contra la sentencia de la AP, que había acogido parcialmente los recursos de apelación de ambas partes litigantes contra la de primera instancia, estimatoria parcial de la demanda sobre incumplimiento de contratos de cesión y constitución de sociedad e indemnización de daños y perjuicios.

Resuelve la Sala que la empresa demandada y recurrente se ha apartado de lo pactado al argumentar sus motivos de recurso pues no había una obligación de aportación alguna por los demandantes y los otros dos codemandados para poner en marcha el negocio sino a un mero reembolso de gastos, y la obligación de constituir una sociedad entre éstos nació de un pacto entre ellos distinto del perfeccionado con tal sociedad recurrente. En relación al otro recurrente, había un precontrato para la creación de una sociedad en el que se manifestaron todos los elementos necesarios para dicha creación,

como era el consentimiento para la creación, su objeto de explotación de negocio y la finalidad última de obtención de ganancias y su reparto.



TS  
PENAL

2009/276030

TS Sala 2ª, Sentencia 24 noviembre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

### Condición de cooperador necesario que tuvo cada acusado en la violación que ejecutó el otro

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de asesinato y violación. Afirma la Sala que no puede cuestionarse, ni mucho menos negarse, la respectiva condición de cooperador necesario que cada uno tuvo en la violación que ejecutó el otro, y por lo mismo, cada uno de los condenados es autor material de la agresión sexual consumada por él, y colaborador necesario de la consumada por el otro, porque existió una aportación objetiva, causal y eficaz de cada uno a que el otro consumase la violación.

2009/276033

TS Sala 2ª, Sentencia 6 noviembre 2009.  
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

### Absolución del delito contra la salud pública por falta de prueba

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, ya que existen indicios incriminatorios que revelan que se le han comunicado al acusado algunos datos relativos al momento en que se hallaba la operación que se estaba gestionando, pero ni evidencian la intervención del acusado en la misma y mucho menos su protagonismo. Se trata, pues, de datos insuficientes para considerar probada la autoría del acusado y enervado su derecho a la presunción de inocencia.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2009/327319

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 16 diciembre 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

### Delimitación del dominio público para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa

Se interpone por el Ayuntamiento de Cabañas (A Coruña) el presente recurso de casación contra sentencia que confirmó la Orden del Ministerio de Medio Ambiente por la que se aprobó el acta de deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre del tramo de costa que comprende la totalidad de la playa de la Magdalena.

El TS acoge el recurso en el particular relativo a la ausencia de pronunciamiento sobre la vulneración de la autonomía local deducida por la recurrente en la instancia, pero lo rechaza en todo lo demás, pues la conclusión de la Sala de instancia en el sentido de que no se ha acreditado la absoluta innecesidad de las dunas para la finalidad expresada, no se puede situar en el pretendido terreno de lo ilógico, irracional o arbitrario, pues de una u otra forma, más o menos directa, de su composición, configuración y estabilidad fácilmente puede deducirse que ha sido tal situación fáctica la que ha mantenido la estabilidad de la playa. Por ello, revisando, hasta donde se puede revisar, el proceso de valoración probatoria llevado a cabo por la Sala de instancia, se debe dejar constancia de la existencia de datos y circunstancias concretas que resultan un soporte razonable a las citadas conclusiones alcanzadas; esto es, la utilidad de la duna para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa.

2009/327320

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 30 diciembre 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

### Infracción por uso no autorizado de agua para riego llevado a cabo con aprovechamientos denegados

El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto con-

tra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se sacionó a la recurrente como autora de una infracción por uso no autorizado de agua para riego, pues aunque es en otro recurso de casación donde se ventila la superficie que la sociedad demandante tiene derecho a regar, no está demás consignar aquí que la ratificación pericial llevada a cabo en este recurso contencioso-administrativo no ha desvirtuado las conclusiones a que en aquel proceso llegó la Sala de instancia, pues esta Sala cree que esa prueba no ha demostrado el hecho cierto de que, a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, las 1.638 hectáreas de la finca "Hato Ratón" estuvieran en regadío.

Por tanto, dado que la sanción que aquí se impugna se refiere a riegos llevados a cabo al Sur del Caño de Guadamiar, y que, por tanto, exceden totalmente de las 500 hectáreas concedidas, y siendo el señalamiento administrativo de este límite de 500 hectáreas ajustado a derecho, procede sin más el rechazo de la pretensión, sin ni siquiera antes tener que estudiar el problema del precio del agua que ha sido tomado en cuenta en la resolución sancionadora impugnada, cuya cuestión no es específica de este recurso contencioso administrativo e independiente de aquel otro recurso de casación.



TS  
SOCIAL

2009/300322

TS Sala 4ª, Sentencia 10 noviembre 2009.  
Ponente: D. Rosa María Vicolés Piñol

### Improcedente cese de trabajador por jubilación no ligado a política de empleo

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante -personal laboral-, frente a sentencia que declaró procedente su cese basado en una finalidad de política de empleo.

La Sala señala, entre otras cosas, que la disp. adic. 10ª ET establece que la jubilación forzosa por edad ha de estar vinculada a objetivos de empleo expresados en el convenio colectivo, lo que quiere decir que la sujeción a políticas de empleo ha de ser expresa y no caben justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori; por ello, no cabe desligar la disp. trans. única de la Ley 14/2005 de dicho precepto y, teniendo en cuenta la evolución legal y jurisprudencial -también comunitaria- del objeto en litigio, se ha de declarar improcedente el cese del trabajador demandante por cumplimiento de la edad de jubilación al encontrarse totalmente desvinculado de objetivo de empleo alguno.