



# 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 XVI. Número 2737

Madrid, miércoles 23 de septiembre de 2009



2009/134669

TS Sala 1ª, Sentencia 30 junio 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

## Calificación de precario en cesión de vivienda a título gratuito

*El TS desestima el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, estimando la demanda, en la que el objeto del proceso versa acerca de si, en un supuesto de cesión de utilización de vivienda a título gratuito efectuada entre dos hermanas, nos hallamos ante la situación de un comodato con duración vitalicia de la comodataria o por el contrario sin plazo, ni uso específico -"concreto y determinado"-, aparte del genérico de vivienda propio de la cosa, dependiendo de una u otra apreciación la prosperabilidad de la pretensión restitutoria ejercitada por la hermana cedente.*

*Señala la Sala que la utilización de la finca no se cedió a la demandada con carácter vitalicio y que no se singularizó un uso específico que particularice el destino, para lo que no basta el genérico que pueda tener la cosa en sí misma considerada, -es decir, vivienda-, ya que la jurisprudencia habla de un "uso concreto y determinado", la idea de que en casos como el de autos lo racional es la previsión de una cierta temporalidad de la cesión tiene adecuada respuesta jurídica en la contemplación del tiempo pasado entre la cesión y la demanda de restitución, no justificándose dado el largo plazo transcurrido.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa acerca de si, en un supuesto de cesión de utilización de vivienda a título gratuito efectuada entre dos hermanas, nos hallamos ante la situación de un comodato con duración vitalicia de la comodataria (término incierto -en el "cuando"-), o por el contrario sin plazo, ni uso específico -"concreto y determinado"-, aparte del genérico de vivienda propio de la cosa, dependiendo de una u otra apreciación la prosperabilidad de la pretensión restitutoria ejercitada por la hermana cedente.

Por D. Calixto y Dª Valle se dedujo demanda ejercitando la acción prevista en el art. 41 LH contra Dª Maite en la que solicitan se condene a Dª Maite a cesar inmediatamente de todo acto de posesión en la finca sita en el

piso núm. 002 de la direccion000 núm. 000 de Girona, no perturbando por ningún concepto la plena eficacia del dominio inscrito, apercibiéndole de lanzamiento si no se desaloja el inmueble en el término de quince días.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Girona el 16 de septiembre de 2003, en los autos de juicio verbal núm. 318 de 2002, desestima la demanda, con base en los arts. 1749 y 1750 CC y en tres apreciaciones:

- a) El uso de la vivienda, propiedad de los actores, fue cedido en comodato a la demandada;
- b) la duración de la cesión se fijó en la vida de la demandada;
- c) Los actores no probaron la existencia de urgente necesidad que pu-

diera justificar la recuperación de la posesión inmediata de la finca.

La Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona el 3 de junio de 2004, en el Rollo núm. 152 de 2004, estima el recurso de apelación de los actores, revoca la resolución del Juzgado, y, con estimación de la demanda, condena a la demandada Dª Maite a cesar inmediatamente en todo acto de posesión de la vivienda sita en el piso núm. 002, del edificio sito en Girona calle direccion000, núm. 000, finca registral núm. 001, no perturbando la plena eficacia del dominio inscrito que ostentan los demandantes, apercibiéndole de lanzamiento si no desaloja la finca en el término de quince días.

La "ratio decidendi" de la Sentencia radica en que la cesión del uso de la vivienda por los actores a la demandada no tuvo lugar a título de comodato sino de precario.

Contra esta última sentencia se interpuso por Dª Maite recurso de casación articulado en dos motivos, en el primero de los cuales se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación y aplicación de los arts. 1740, 1749 y 1750 LEC, en tanto en el segundo se acusa la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. El recurso fue admitido por Auto de esta Sala de 2 de diciembre de 2008.

SEGUNDO.- En el enunciado del primero de los motivos del recurso se alega interpretación opuesta a la doctrina legal de la Sala 1ª del TS.

La cesión de un bien no fungible efectuada por una persona a otra para que pueda ser utilizado por el que lo recibe, a título gratuito -estos es, sin emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso-, se halla regulada como préstamo de uso con la denominación de comodato en los arts. 1740 y 1741 a 1752 CC. De la normativa legal de los arts. 1749 y 1750 resultan dos posibilidades con perspectivas diferentes en cuanto a la extinción. La primera se presenta cuando se pacta un plazo de duración (SS. 18 de junio de 1900, 16 de marzo de 2004), o bien un uso a que ha de destinarse la cosa cedida, pu-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Calificación de precario en cesión de vivienda a título gratuito 1

Nacimiento de la obligación de indemnizar en seguro de responsabilidad civil de arquitecto 2

#### PENAL

Inaplicación de subtipo agravado de "establecimiento público" en delito de drogas 4

#### ADMINISTRATIVO

Nulidad de la notificación de la liquidación del IRPF realizada al fallecido y no a los herederos 9

Limitación de las sentencias como documentos nuevos relevantes a efectos del recurso de revisión administrativo 11

#### SOCIAL

Derecho de empresa a ejercitar la acción declarativa de ilegalidad de una huelga 13

Libertad sindical ostentada únicamente por trabajadores 15

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

diendo éste resultar determinado por la costumbre.

En tal caso la especialidad radica en que el comodante solo puede reclamar la restitución de la cosa cuando haya terminado el plazo o el uso pactado, salvo que antes el comodante ejerciere la facultad de resolución unilateral lo que exige como presupuesto que concurra una urgente necesidad de utilizar la cosa.

La segunda posibilidad es que no haya plazo, ni uso en los términos expuestos, en cuyo caso puede el comodante reclamarla a su voluntad. La carga de la prueba de la existencia y duración del plazo o del uso incumbe al comodatario (art. 1750, párrafo segundo), y la carga de la prueba de la urgente necesidad, en el caso de que se pretenda la restitución anticipada, corresponde al comodante que es quien invoca el hecho constitutivo de su acción o excepción, y, asimismo, para quien se produce el efecto jurídico favorable de la realidad del dato fáctico que afirma (art. 217 LEC), lo que implica una cuestión de hecho, con independencia de que la calificación de unos hechos como de "urgente necesidad" pueda ostentar un cierto aspecto de "questio iuris" por tratarse de un concepto jurídico normativo indeterminado.

En la doctrina existen dos posturas respecto del segundo supuesto, pues en tanto para unos no es más que una modalidad de comodato, para otro sector (y algunas Sentencias de esta Sala también han mantenido este criterio) constituye una figura no plenamente incardinable en aquél que se denomina comodato-precario, y se aproxima al precario en sentido amplio, como omnicompresivo de las situaciones de posesión tolerada o sin título, y de las en que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución.

La diferencia entre comodato-precario y el precario radicaría en el origen contractual del primero. La disquisición carece, al menos en este proceso, de trascendencia práctica porque la jurisprudencia viene estimando (SS. 26 de diciembre de 2005, 2 de octubre de 2008, 13 de abril de 2009) que cuando cesa el uso que legitimaba la duración del comodato la situación de quien posee la cosa es la propia de una precarista.

La jurisprudencia actual de esta Sala, que es la que debe aplicar el Tribunal al tiempo de juzgar sobre el asunto en casación, representada por

las Sentencias, entre otras, de 26 de diciembre de 2005, 2, 23, 29 y 30 de octubre, 13 y 14 de noviembre, de 2008, y 13 de abril de 2009, establece:

a) Que en los casos en que una vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar (obviamente a falta de plazo) si fue cedida para un uso concreto y determinado, uso que ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, debiendo la relación jurídica constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes; y,

b) En los casos de reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges, es aplicable la doctrina jurisprudencial siguiente "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial".

Se ha transcrito la doctrina anterior para destacar no solo la jurisprudencia actual, sino también la existencia de una doctrina jurisprudencial específica, unificadora de la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, para los casos en que los padres de uno de los contrayentes en consideración al matrimonio del hijo, les ceden una vivienda para que establezcan el hogar conyugal y familiar, sucediendo que posteriormente se rompe la convivencia.

Las Sentencias que se citan en el recurso, de 2 de diciembre de 1992 y 31 de diciembre de 1994, se refieren a supuestos de los abarcados por dicha doctrina jurisprudencial específica, y, con independencia de que la que rige actualmente es la doctrina expuesta, el caso objeto del proceso no es de los comprendidos en la misma, al tratarse de una perspectiva ju-

rídica distinta y con circunstancias diferentes.

Por ello, la sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial; ni la alegada (la tercera Sentencia invocada en el motivo -31 de diciembre de 1999 - tampoco tiene nada que ver con el asunto), ni la general expuesta con anterioridad.

Consecuentemente, el motivo debe desestimarse por las razones siguientes:

A. Hay un desajuste entre el supuesto litigioso - cesión de utilización de vivienda entre hermanas, lo que tiene lugar porque la propietaria, por su profesión, no residía en el lugar en que está sito el bien inmueble y los contemplados en las sentencias de contraste.

B. La argumentación de la sentencia recurrida se acomoda a la doctrina general expuesta, tanto en lo que se refiere a las diferencias entre el comodato y el precario, como en la interpretación y alcance de los arts. 1749 y 1750 CC;

C. La respuesta judicial de la resolución de la Audiencia objeto del recurso en relación con la aplicación de la normativa legal y doctrina jurisprudencial resulta razonable, sin que quepa en casación analizar apreciaciones fácticas divergentes de las tomadas en cuenta por el juzgador "a quo".

Por lo demás, resultando incólume que la utilización de la finca no se cedió a la demandada con carácter vitalicio y que no se singularizó un uso específico que particularice el destino, para lo que no basta el genérico que pueda tener la cosa en sí misma considerada, -es decir, vivienda-, (la jurisprudencia habla de un "uso concreto y determinado"), la idea de que en casos como el de autos lo racional es la previsión de una cierta temporalidad de la cesión tiene adecuada respuesta jurídica en la contemplación del tiempo pasado entre la cesión y la demanda de restitución, no justificándose dado el largo plazo transcurrido uno mayor (SS. 15 de diciembre de 1984 -sobre largo lapso de tiempo en el plazo tácito-; 16 de marzo de 2004, y 15 de octubre de 2004, entre otras).

Por todo ello el motivo decae, y el mismo criterio desestimatorio es aplicable al motivo segundo porque la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales invocada se refiere a supuestos distintos del de

autos, y que además ya ha sido unificada por la doctrina de esta Sala a partir de la Sentencia de 26 de diciembre de 2005.

TERCERO.- La desestimación de los motivos conlleva la del recurso de casación y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas de conformidad con los arts. 487.3 "a contrario sensu", y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC.

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

## FALLO

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Maite contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona el 3 de junio de 2004, en el Rollo núm. 152 de 2004, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete.

2009/143735

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 3 julio 2009.

Ponente: D. Román García Varela

Referida al momento de acaecimiento del hecho dañoso

## Nacimiento de la obligación de indemnizar en seguro de responsabilidad civil de arquitecto

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, revocando en parte la de instancia, consideró que se había producido error en la valoración de la prueba al no de-*

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

terminar la fecha en la que se ocasionó el siniestro, y asumió que el hecho que causa el daño es determinante para la responsabilidad civil, refiriéndolo al momento de la asunción de la dirección facultativa por el arquitecto, cuando estaba en vigor la primera póliza, en la que todavía pudo evitarse la defectuosa cimentación del terreno que dio origen a los daños.

Concluye la Sala que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso, tesis que ha sido confirmada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en la medida que el art. 73 LCS presupone que se trata de una deuda indemnizatoria referida a unos daños y perjuicios, de modo que cuando se originen se va a producir, por regla general, como reacción frente a ellos, el deber de indemnizar. Así pues la obligación de indemnizar sobreviene desde que se detecta el acaecimiento de los hechos causantes de la responsabilidad y no desde el momento de la reclamación, porque la obligación del asegurado, y consiguientemente del asegurador, no depende de ésta, sino de que efectivamente exista o no una deuda de resarcimiento al reclamante a cargo del asegurado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Hugo demandó por los trámites del juicio ordinario a la entidad aseguradora "La Estrella, S.A.", e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

Por el demandante, Arquitecto, se ejercita acción para la declaración de que la póliza de seguros en vigor en el momento en que se produjo el siniestro es aquella en la que se efectúa la reclamación (30 de abril de 2001) identificando, conforme al clausulado particular (2.1), siniestro con reclamación, siendo la cantidad cubierta la de 300.000 euros.

En la contestación a la demanda, la aseguradora considera que el hecho que ha originado el daño, consistente en defectos en la construcción, se produce con la asunción de la dirección de la obra que tiene lugar el 4 de abril de 1997, fecha en la que estaba en vigor la póliza que cubría hasta 150.000 euros.

El Juzgado acogió en parte la demanda, si bien con una argumentación jurídica distinta a la mantenida por el demandante, y ha considerado que la póliza en vigor es la de 300.000 euros, firmada el 21 de abril de 1998, porque el hecho generador del daño, sin asumir, por tanto, la identificación entre hecho y reclamación, se produce con la actuación profesional negligente del Arquitecto, sin que pueda concretarse la fe-

cha, pero como la nueva póliza ha entrado en vigor durante su participación en la obra, concluye que ésta es la de aplicación; y su sentencia fue revocada en parte en grado de apelación por la de la Audiencia, la cual ha considerado que se ha producido error en la valoración de la prueba por la sentencia de primera instancia al no determinar la fecha en la que se ocasionó el siniestro, y asume que el hecho que causa el daño es determinante para la responsabilidad civil, y lo concreta en la asunción de la dirección facultativa por el Arquitecto el día 4 de abril de 1997, cuando estaba en vigor la primera póliza, en la que todavía pudo evitarse la defectuosa cimentación del terreno que dio origen a los daños.

D. Hugo ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.2 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 31 de julio de 2007, lo ha admitido.

SEGUNDO.- Los motivos primero y segundo del recurso -uno, acusa la infracción de los artículos 1258 del Código Civil y 1 de la Ley de Contrato de Seguro; y otro, denuncia la transgresión de los artículos 1255 del Código Civil y 73 de la Ley de Contrato de Seguro - se examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento.

El recurrente argumenta que la responsabilidad civil en este tipo de casos se puede identificar en la concreta póliza con tres momentos distintos: con la causa que genera el daño, con el resultado o con la reclamación dentro del período de la póliza (cláusulas "claims made"), y considera que el siniestro, conforme se establece en la cláusula 2.1 de la póliza, cubre las reclamaciones producidas dentro del período de vigencia de la misma, y, como ésta se produjo el 30 de abril de 2001, estaba en vigor la segunda póliza firmada el 21 de abril de 1998, pues este tipo de cláusulas están dentro de la libertad de pacto.

Los motivos plantean la cuestión jurídica siguiente: mediante la interpretación de la cláusula firmada por las partes (2.1), que identifica el siniestro con las "indemnizaciones exigibles en virtud de reclamaciones judiciales o extrajudiciales producidas durante el período estipulado de vigencia de la póliza o un año tras la pérdida de vigencia por negligencias ocurridas mientras la póliza está en vigor", cuestiona si el siniestro debe identificarse con la causa del daño, como sostiene la sentencia recurrida o con la reclamación como mantiene el recurrente.

En el supuesto del debate, como hechos no controvertidos, se señalan los siguientes:

a) la suscripción por el actor el 21 de abril de 1993 de una póliza que

garantizaba la responsabilidad civil en que pudiera incurrir en el desarrollo de su profesión, hasta un total de 25.000.000 de pesetas (50.253, 03 euros);

b) el aumento de la suma asegurada en fecha de 21 de abril de 1998 a 50.000.000 de pesetas (300.506,05 euros), considerando el condicionamiento de la póliza como siniestro amparado por ésta las indemnizaciones exigibles en virtud de reclamaciones judiciales o extrajudiciales formuladas en el período de vigencia de la póliza, motivadas por negligencia del asegurado mientras la póliza esté en vigor;

c) la suscripción de nueva póliza el 25 de enero de 1999, en la que se establece la cobertura de responsabilidad civil del asegurado derivada de daños que se produzcan durante la vigencia del seguro con la misma cobertura de 50.253,03 euros, y en cuyas Condiciones Generales se establece que los gastos y costas se abonarán en la proporción entre la cantidad a satisfacer por el asegurador de acuerdo con lo previsto en la póliza y el importe total de la responsabilidad del asegurado en el siniestro, y que contiene un pacto adicional aceptando las cláusulas limitativas de derechos destacadas en "negrita" en las Condiciones Generales;

d) el emplazamiento del demandado el 30 de abril de 2001 en autos de juicio ordinario número 330/2001 del Juzgado número 37 de Madrid y su condena solidaria con otras personas físicas y jurídicas en sentencia de 30 de enero de 2002 a la reparación de defectos constructivos, habiéndose iniciado proceso de ejecución en autos número 211/2002 de este mismo Juzgado;

e) el abono por el actor como consecuencia del procedimiento de 38.032,28 euros de honorarios de Abogado y Procurador y la prestación de un aval bancario por 90.000 euros;

f) la asunción por el actor de la dirección facultativa de las obras el 4 de abril de 1997 y la emisión el 6 de mayo de 1997 del certificado final de la obra de cimentación declarada ruinógena en la sentencia del Juzgado número 37.

En su fundamento de derecho tercero, la sentencia recurrida contiene la siguiente argumentación:

" (...) Aplicando las anteriores afirmaciones al supuesto de autos, ha de llegarse a la conclusión de que, siguiendo en gran medida los razonamientos del apelante, la pretensión rectora de autos no puede prosperar, y ello porque siendo un hecho indiscutido que el primer contrato de seguro estuvo en vigor durante el período comprendido entre el 21 de abril de 1993, hasta el 21 de abril de 1998, y el segundo contrato desde

esta fecha, hasta el 25 de enero de 1999, por lo que puede aceptarse, como propugna la recurrente, que el hecho motivador del siniestro se produjo estando en vigor el primer contrato.

Efectivamente, ubicados los daños en varios chalets, siendo la causa de los mismos una serie de deficiencias en la construcción atribuidas, entre otros, al Arquitecto demandante-apelado, que dirigió la obra en su conjunto, comprendiendo la cimentación del terreno y la edificación, no puede aceptarse que el siniestro se haya generado vigente el contrato de seguro como se concluye en la sentencia recurrida, y ello pese a que se formularan reclamaciones contra los responsables con posterioridad al 21 de abril de 1998, teniendo en cuenta que la obligación de indemnizar es exigible desde que se detecta el acaecimiento de los hechos causantes de la responsabilidad, y no desde el momento de la reclamación, según consolidada doctrina jurisprudencial, resumida en la STS de 14 de junio de 2002, que se cita en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, no debiendo identificar, a la hora de fechar el siniestro, su producción con su comunicación, ampliando más allá de su propio contenido y efectos, con olvido de la conceptualización jurisprudencial del siniestro, que se ha tenido en cuenta para propugnar la acción aquí debatida, siendo claro, a la vista de que los desperfectos en cuestión se pudieron prevenir desde un principio, por la defectuosa compactación del terreno, esto es mucho antes de la concertación de la segunda póliza del seguro, sin que el incremento del resultado dañoso, por la falta de reparación en su momento de su causa, suponga un cambio de fecha en la datación del siniestro; todo lo cual comporta, en conclusión, la estimación del presente motivo del recurso y la revocación en este aspecto de la sentencia de instancia". (Sic).

Destacada doctrina científica ha declarado que, con seguimiento de la posición de la responsabilidad civil, relativa a que el nacimiento de la deuda de indemnización se produce de forma inmediata cuando se verifica el hecho dañoso del que deriva, de forma que el mismo es la causa del siniestro que se encuentra precisamente en el origen de la obligación derivada de la responsabilidad civil, habremos de admitir que es a partir del momento en que se ha producido cuando surge el débito de responsabilidad y el patrimonio del asegurado se ve gravado por dicha adeudo generado por el hecho dañoso, y desde esta óptica, ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso, tesis que ha sido confirmada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, la cual ha manifestado que "el legislador español en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de indemni-

zación de su hecho motivador, de la reclamación o de ambos, ha optado simplemente por el hecho motivador, que en esencia es el riesgo de su nacimiento" (STS de 20 de marzo de 1991 y, en idéntico sentido, SSTs de 12 de julio y 3 de noviembre de 1997, 28 de enero 17 de septiembre, 3 de octubre y 7 de diciembre de 1998, 22 de enero, 24 de febrero y 18 de septiembre de 1999, 9 de marzo de 2000, 14 de junio de 2002, 19 de septiembre, 14 de julio y 16 de octubre de 2003).

Una parte de la doctrina científica ha examinado la circunstancia de la reclamación del tercero perjudicado con la conclusión de que, si la misma no se ejercita, no puede hablarse de siniestro; sin embargo, esta orientación no es aceptada por el sector referido en el párrafo precedente, el cual precisa que confunde el hecho de la iniciación del ejercicio del derecho, que compete al perjudicado para la reparación del daño con fundamento en la responsabilidad civil del asegurado, con el nacimiento a cargo de éste de ese derecho; la ausencia de reclamación por quién sea acreedor del asegurado puede llevar a la extinción de su derecho con el transcurso del tiempo en algunos casos por caducidad y en otros por prescripción; la reclamación de un tercero no implica de por sí un daño patrimonial para el asegurado, sino que este daño viene dado por el efectivo nacimiento de una deuda de resarcimiento que incrementa el pasivo del asegurado.

Esta Sala comparte la opinión jurídica contraria a los efectos del hecho de la reclamación del tercero perjudicado recién expuesta, por cuanto que el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro presupone que se trata de una deuda indemnizatoria referida a unos daños y perjuicios, de modo que cuando se originen se va a producir, por regla general, como reacción frente a ellos, el deber de indemnizar.

En el presente caso, en las Condiciones Generales del contrato celebrado entre las partes el 21 de abril de 1998, en el apartado "SINIESTROS", cláusula 2.1, se dice literalmente lo siguiente:

"Tendrán la consideración de siniestros amparados por la póliza exclusivamente, las indemnizaciones exigibles en virtud de reclamaciones judiciales o extrajudiciales fehacientes formuladas por terceras personas durante el período estipulado como de vigencia de la póliza o durante el plazo de un año posterior a la pérdida de vigencia de la misma, motivadas en negligencias del Asegurado ocurridas mientras la póliza esté en vigor".

Al constituir hechos indiscutidos que el primer contrato de seguro mantuvo su vigencia durante el período de tiempo comprendido entre 21 de abril de 1993 hasta el 21 de abril

de 1998, y el segundo contrato desde esta fecha hasta el 25 de enero de 1999, procede sentar que el hecho dañoso tuvo lugar durante la vigencia del primer contrato, toda vez que la negligencia profesional del demandante se remonta a una fecha determinada, cuyas consecuencias ruinosas, declaradas judicialmente, y concernientes a varios chalets, se originan con la defectuosa cimentación del terreno, y se fijan en el día 4 de abril de 1997, con la asunción de la dirección facultativa de la obra por D. Hugo, quién la dirigió en su conjunto, sin que el segundo contrato de seguro se hubiera celebrado, aunque fueran esgrimidas reclamaciones contra los responsables después del 21 de abril de 1998, habida cuenta de que la obligación de indemnizar sobreviene desde que se detecta el acaecimiento de los hechos causantes de la responsabilidad y no desde el momento de la reclamación, porque la obligación del asegurado, y consiguientemente del asegurador, no depende de ésta, sino de que efectivamente exista o no una deuda de resarcimiento al reclamante a cargo del asegurado.

Por último, el incremento del resultado dañoso, debido a la omisión de reparación de las deficiencias desde el primer momento, por la deficiente compactación del terreno, no altera la fecha declarada judicialmente de la efectividad del siniestro.

TERCERO.- El motivo tercero del recurso reprocha la existencia de error en la apreciación de la prueba y la infracción de los artículos 1254 del Código Civil y 1, 3 y 73 de la Ley de Contrato de Seguro, con carácter subsidiario a los motivos anteriores.

El recurrente ha alegado que, aun con la admisión de que el hecho generador del daño sea el que determina la responsabilidad civil, éste ha de fijarse bajo la vigencia de la segunda póliza, de conformidad con lo declarado por la sentencia de primera instancia respecto a la fecha del certificado final de obra (24 de septiembre de 1998) o al momento en que le fue entregado el proyecto de cimentación (6 de mayo de 1998).

En este motivo se hace supuesto de la cuestión al sentarse por la Sala de instancia el nacimiento de la responsabilidad civil en el momento en que se produce el daño, que fue determinado en fecha de 4 de abril de 1997, cuando la dirección facultativa de la obra fue aceptada por el recurrente; en efecto, se soslayan los hechos probados, y a partir de una construcción propia y unilateral de la parte recurrente, se extraen consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con la prueba.

CUARTO.- Por lo explicado, procede la desestimación del recurso de casación con la condena a la parte recurrente de las costas causadas en

este recurso (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Hugo contra la sentencia dictada por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de ocho de octubre de dos mil cuatro.

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas por este recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con

devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.

Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Román García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/120230

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

## Inaplicación de subtipo agravado de "establecimiento público" en delito de drogas

*Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, deja sin efecto el subtipo agravado que le había sido aplicado al recurrente, pues en los hechos probados de la sentencia recurrida no consta que fuera responsable o empleado del bar, y sólo aparece como mediador en la adquisición de la dosis de cocaína, y nada más hay al respecto, por lo que nos hallamos ante un tipo simple del delito del art. 368 CP 95 en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a Lidia y a Leandro por haber vendido cocaína en el bar Emy's, abierto al público en la calle Caballería núm. 35 de Valladolid, del que era ella titular y a cuya actividad se dice que ayudaba él.

Se aplicaron los arts. 368 y 369.1.4ª y 369.2 CP. A Leandro, por ser reincidente, se le impusieron las penas de 11 años y 3 meses de prisión y 2.500 euros de multa; mientras que Lidia, al no concurrir circunstancias modificativas, fue sancionada con 9 años y 1 día de prisión, dos multas de 1587 euros, una por el art. 369.1 y otra por el 369.2, y además la medida de clausura de dicho bar por dos años (art. 369.2.2ª). También se acordó el comiso del dinero ocupado en el registro del bar realizado por la policía

por estimarse que procedía de la venta de la droga.

Contra dichas condenas recurren en casación Lidia por cuatro motivos y Leandro por once.

Recurso de Lidia.

SEGUNDO.- 1. Comenzamos con el examen del motivo 4º, dado que en el mismo, si bien por un cauce procesal equivocado, el del art. 849.2º LECr, se alega una infracción de orden procesal que habría de producir los mismos efectos de un quebrantamiento de forma, a resolver antes de aquellos que se refieren al fondo del asunto, por lo dispuesto en los arts. 901 bis a) y 901 bis b) LECr.

Decimos que se utilizó un cauce procesal inadecuado, porque tal art. 849.2º LECr, se refiere a algo -error

en la apreciación de la prueba- que nada tiene que ver con lo que luego se expone. Ello nos obliga a contestar conforme a lo en realidad alegado, aunque sea solo para su rechazo.

Se queja la recurrente en este motivo 4º de haber sido introducido en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida un párrafo, el relativo a lo sucedido el 29.5.2007, que no fue objeto del auto de procesamiento. Y ello es cierto como podemos comprobar con el examen de esta resolución (folios 142 a 144 del sumario).

2. Lo que sucedió en esa fecha fue lo siguiente:

“ El día 29-5-2007 sobre las 20:00 horas un vehículo ocupado por dos personas toxicómanas llegó a las inmediaciones del bar, introduciéndose uno de ellos en su interior por breve espacio de tiempo y al salir miraba y manipulaba un pequeño objeto que portaba en la mano, subiéndose al vehículo abandonando el lugar, si bien a los pocos metros fue interceptado por agentes del dispositivo, quienes comprobaron que lo que manipulaba era una “papelina con sustancia blanquecina”, al parecer cocaína - corroborado por el sujeto que la portaba-, que no intervinieron para no frustrar la investigación.”

Así lo relata el capítulo de hechos probados de la sentencia recurrida y así antes lo había recogido el Ministerio Fiscal en la primera de sus conclusiones provisionales (folio 46 del rollo de la Audiencia Provincial), luego elevadas a definitivas en el acto del juicio oral.

Entendemos que en la narración de lo ocurrido el Ministerio Fiscal no ha de sujetarse al auto de procesamiento salvo caso de modificación esencial. Aquí se trataba de añadir un hecho (de escasa significación como veremos después) relativo a la dedicación al tráfico de Lidia con ayuda de Leandro, como un episodio concreto de esa dedicación que aparece en tal conclusión provisional primera en su párrafo inicial.

Parece como sí en este motivo 4º de su recurso, la defensa de Lidia quisiera llevar las exigencias del principio acusatorio - relativas a la no inclusión en la sentencia de hechos importantes no incluidos antes en la acusación- hasta el auto de procesamiento. Este principio, fundamental en el sistema procesal acogido en nuestras leyes, vincula la sentencia a la acusación, no al auto de procesamiento.

Desestimamos este motivo 4º.

TERCERO.- Ahora pasamos a examinar el motivo 1º, por referirse a cuestiones de hecho, previas lógicamente a las de derecho, como lo son las relativas a la calificación jurídica.

Al amparo de los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ, se alega infracción de precepto constitucional, con referencia expresa al derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Se dice que no hubo actividad probatoria bastante, practicada en la forma legalmente exigible, que pudiera justificar la condena de Lidia.

Este motivo ha de rechazarse.

Mediante el examen de la grabación del juicio oral hemos comprobado que existió amplia prueba testifical que sirve para respaldar la condena de Lidia.

La propia sentencia recurrida -pagina 6- nos habla, y lo califica con razón de infrecuente, de la declaración de Carlos José que indicó con claridad cómo, a sabiendas de que en ese establecimiento podía obtener cocaína, se acercó al mismo, y al observar la presencia de Leandro se dirigió a este y le pidió por favor y por ser ambos gitanos que le proporcionara una papelina de cocaína. La grabación examinada, como es habitual, es más detallada: manifestó Carlos José que dio a Leandro 30 ó 35 euros, que este entró, salió, me trajo la papelina, añadiendo que después le paró la policía en las inmediaciones. A preguntas del letrado Vázquez (el de Lidia), con exhibición del folio 15 del sumario (acta de aprehensión), reconoció su firma.

Declararon en el juicio oral, entre otros varios, los dos policías que aparecen como aprehensores de la droga en esa diligencia del folio 15, los números NUM002 y NUM003, quienes manifestaron haberle seguido (a Carlos José), que este al percatarse de su presencia tiró la papelina al suelo, que uno la recogió y se la dio al otro que la llevó a comisaría. También aparece en el reverso del acta de aprehensión (f. 15 vto.) la designación de otro funcionario policial (núm. NUM004) que reconoció su firma como la del centro de las tres existentes en dicho reverso, quien en el juicio oral ratificó esa diligencia concretando que vio cómo se encontraron los dos ( Leandro y Carlos José) en las inmediaciones del bar Emy's.

Reviste singular importancia la declaración del primero de los policías que la prestó en el acto del juicio oral a continuación del mencionado Carlos José, el núm. NUM001 que actuó como instructor del atestado levantado en esa fecha de 7.6.2007 (folios 2 y ss. del sumario). Dijo este funcionario que por las vigilancias previas de sus compañeros sabían que en el bar Emy's, del que era titular Lidia, salían y entraban muchos conocidos toxicómanos. Concretamente en ese día 7.6.2007 vio desde fuera del bar llegar a un chaval joven, que habló brevemente con Leandro, dio algo a este que lo llevaba en la mano, viéndole entrar y luego entregar lo que llevaba en la mano a Lidia. Este policía testigo lo vio des-

de fuera del bar porque estaba pegado en la cristallera y veía lo que ocurría. Añadió “a la altura de mis ojos yo veía lo que había dentro”, y que creía que había unos cristales traslúcidos; lo que repitió después a preguntas de uno de los abogados. En tal momento del interrogatorio precisó que vio los billetes que Leandro le dio a ella y que ella le dio a cambio de algo que cogió de abajo, añadiendo que él se va enseguida y se lo da al joven que le estaba esperando.

Este mismo policía instructor del atestado practicó con otros compañeros el registro del bar que tuvo lugar una vez que ya había sido aprehendida la papelina que llevaba Carlos José. Nos dice que al comenzar tal diligencia vio cómo Lidia empujaba hacia dentro una cajetilla de tabaco, quedando allí la cajetilla. Tardó en llegar el perro que luego detectó la cocaína que había dentro de esa cajetilla, en total 18 papelinas, aparte de la que acababa de ser vendida a Carlos José. A preguntas del presidente dice que no le consta que Leandro fuera trabajador de Lidia. Se le exhiben los folios 20 y 21 y dice que los 18 envoltorios fueron entregados al Área de Sanidad de Valladolid para su análisis, y el otro fue remitido, vía aparte, al mismo destino para sanción administrativa. Decimos nosotros aquí que cuando esta primera sesión del juicio oral fue suspendida, el Tribunal acordó, conforme al art. 729.2º LECr, que se pidiera el resultado de la analítica de la papelina intervenida a Carlos José, siendo la propia policía (folio 133) quien remitió el informe del Área de Sanidad (folio 134) relativo a esta última papelina.

También declaró como testigo en el juicio oral el funcionario núm. NUM000, el que llegó con el perro, animal que señaló dentro de la barra del bar y marcó el mencionado paquete de tabaco que tenía dentro las referidas papelinas, en el mismo lugar donde había también un cenicero con hachís.

Otro testigo policía, núm. NUM005, nos dice que el perro, dando zarpazos, señaló el lugar donde estaban las papelinas dentro del referido paquete de tabaco, diciendo también que allí estaba el cenicero con el hachís.

Hay en el atestado (folios 16, 17 y 18) tres diligencias de aprehensión de sendos trozos de pasta compacta, al parecer hachís, hallados en poder de tres clientes del bar Emy's que se encontraban allí cuando se practicó el registro policial el 7.6.2007. Dos de los firmantes de dos de esas tres actas de aprehensión, los policías NUM006 y NUM007, declararon en el juicio oral haber recogido del poder de dos de esos clientes unos trozos de sustancia parduzca que les pareció hachís, habiendo afirmado uno de ellos (el NUM007) que era similar a la que antes habían aprehendido en el registro del establecimiento.

Hay que añadir aquí que todos los datos o indicios a los que se refiere la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 1º (págs. 5 y 6), unos ciertamente con mayor fuerza probatoria que otros, solo tienen una eficacia corroboradora respecto de la prueba testifical a la que acabamos de referirnos.

Desestimamos el motivo 1º de Lidia.

CUARTO.- 1. En el motivo 2º, por el cauce procesal del art. 849.2º LECr, se impugna el pronunciamiento relativo al comiso del dinero hallado en el registro del establecimiento, un total de 4.086 euros.

Se dice en los hechos probados (p. 4, sentencia recurrida) que en tal registro se encontró:

“La cantidad total de 4086 euros distribuidos en billetes de 50, 20, 10 y 5 euros procedentes de la venta al menudeo de la sustancia.”

Luego en el fundamento de derecho 1º (p. 5), para explicar uno de los datos o indicios del delito por el que se condena a Lidia, se dice así:

“El dinero en metálico incautado y su distribución, un total de 4.086 euros, en billetes de 50, 20, 10 y 5 euros, y en distintos lugares del establecimiento que Lidia no ha justificado, no ha acreditado que fueran destinados para pagar la hipoteca, por más que Caja Laboral abra por las tardes, no ha presentado, pudiendo hacerlo, documento alguno donde se acredite la realidad de dicha carga; no siendo frecuente, por otra parte, que los proveedores acudan por las tardes a tales establecimientos a cobrar, sino que lo habitual es que dichas operaciones se realicen por la mañana.”

2. No es correcto el escrito de recurso en cuanto que se interpone por el art. 849.2º LECr, por dos razones:

1ª. Porque se dice que se basa en una prueba documental que se afirma aportada mediante escrito de 13 de junio de 2007, añadiendo más abajo que por error material se hizo constar la fecha de 9 de junio.

Pues bien hemos examinado las actuaciones de la instancia (sumario y rollo de la Audiencia Provincial) y no hemos hallado tal documental.

2ª. Porque se dice que esa prueba consistía en documentos bancarios que acreditaban la realidad de un crédito de Caja Laboral así como los pagos periódicos efectuados. Pero, cualquiera que fuera el destino de ese dinero, ello no podría acreditar lo que aquí se pretende: que hubo error en los hechos probados cuando se afirma que ese dinero procedía de la venta de drogas.

3. Pero entendemos nosotros que ese párrafo de la página 5 de la sentencia recurrida vulnera el derecho a

la presunción de inocencia de Lidia. Aparece redactado como si esta acusada tuviera la carga de acreditar la procedencia de ese dinero, cuando sabido es que precisamente el efecto característico de este derecho fundamental de orden procesal consiste en que es la parte acusadora la que soporta esa carga probatoria: tenía que haberse acreditado por el Ministerio Fiscal que efectivamente ese dinero procedía de esta actividad delictiva. Algo, por otra parte, prácticamente imposible de acreditar cuando como aquí se trata del total de una cantidad de dinero que se encuentra en el registro de un bar abierto al público y con varios clientes allí consumiendo la mercancía propia del lugar, cuyos nombres incluso figuran en el atestado inicial (págs. 5 y 6) en número de diez. Algo habrían abonado por esas consumiciones estos clientes y otros que hubieran concurrido en horas e incluso días anteriores.

4. Esto, sin duda, nos obliga a pronunciarnos en el sentido de que la medida de comiso de esos 4.086 euros no está justificada; aunque este pronunciamiento ha de tener escasa relevancia práctica para la recurrente, pues ese dinero habrá de quedar embargado para garantizar el pago de las responsabilidades pecuniarias derivadas del presente procedimiento, concretamente esas dos multas de 1587,5 euros y la mitad de las costas devengadas en la instancia.

En los términos que acabamos de señalar hemos de estimar este motivo 2º de Lidia.

QUINTO. - En el motivo 3º de este recurso de casación de Lidia, único que nos queda por examinar, con base procesal en el núm. 1º del art. 849 LECr, se plantean dos temas que hemos de tratar por separado, pues se afirma una doble infracción de ley, con referencia al art. 368 y también al 369.1.4º:

A) Se alega primero aplicación indebida del art. 368 por cuestiones relativas a la prueba de que realmente fuera cocaína lo que se vendió a Carlos José el 7.6.2007, ello en relación con el art. 729.2º LECr, utilizado por el tribunal para acordar la traída al procedimiento del informe pericial que luego ocupó el folio 134 del rollo de la Audiencia Provincial. Pero este tema no tiene encaje correcto en este motivo 3º relativo a infracción de ley. Lo trataremos después a propósito del recurso de Leandro.

Asimismo se alega aquí que fue mal aplicado al caso ese art. 368 con referencia a la doctrina de esta sala relativa a la llamada dosis mínima psicoactiva. Dijimos en el fundamento de derecho 3º de nuestra sentencia 366/2008, de 19 de junio, lo siguiente:

En esta materia, en aplicación del principio de insignificancia, esta sala venía acordando absoluciones de modo excepcional en casos de venta

de dosis de sustancia estupefaciente cuando, por la poca presencia del principio activo de la correspondiente droga tóxica, se entendía que no había antijuricidad material en el hecho en consideración al nulo efecto que el consumo de tal sustancia podía producir en la persona que lo consumiera.

Esta doctrina llevaba consigo cierta inseguridad jurídica, en determinados casos límites, porque no había cifras objetivas, relativas a cada clase de droga, por bajo de las cuales hubiera de considerarse la existencia de la mencionada insignificancia. Y esta fue la razón por la que esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acordó solicitar al Instituto Nacional de Toxicología un informe sobre la mencionada cuestión, informe que se emitió con fecha 22.12.2003, en el que, entre otras cosas, se determinó la llamada dosis mínima psicoactiva para cada una de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que en resumen fueron las siguientes en cuanto a las de más frecuente uso: 0,66 miligramos para la heroína, 50 miligramos para la cocaína, 10 miligramos para el hachís, 2 miligramos para la morfina, 20 miligramos para el MDMA (éxtasis) y 20 microgramos (0,000002 gramos) para el LSD.

A partir de tal fecha (22.12.2003) son numerosas las sentencias de esta sala que han aplicado tal concepto de dosis mínima psicoactiva para absolver en caso de no alcanzarse tal dosis y para condenar en caso contrario, con la particularidad de que, si existe duda, lo que es frecuente cuando no se conoce el grado concreto de pureza, ha de aplicarse el principio "in dubio pro reo" con el consiguiente pronunciamiento absolutorio, en su caso. Véanse, entre otras, las siguientes sentencias de esta Sala 29.12.2003, 29.1.04, 28.1.04, 3.3.04, 26.3.04, 30.3.04, 6.5.04 (dos de esta misma fecha), 10.5.04, 21.5.04, 28.5.04, 18.6.04, 25.6.04, 95/2005, 893/2005, 1034/2006 y 936/2007, entre otras muchas.

Recordamos aquí que, con fecha 3.2.2005, en una reunión de pleno no jurisdiccional esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo adoptó el siguiente acuerdo: "Continuar manteniendo el criterio relativo a las dosis mínimas psicoactivas hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa".

Pero esta doctrina no es aplicable al caso presente, pues, aunque no consta la pureza con relación a la dosis ocupada a Carlos José (único acto de venta de cocaína acreditado como realizado en el bar Emy's -folio 134 que, acabamos de citar-), consideramos razonable lo que nos dice la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 1º, casi al final de su página 6, cuando afirma que esa dosis aprehendida a Carlos José provenía de la misma remesa que se encontraba dentro del paquete de tabaco donde se hallaron las otras 18

que sí fueron analizadas y donde consta acreditada su riqueza en cocaína del 34,10 % (folio 88 del sumario).

B) En una segunda parte de este motivo 3º se aduce de nuevo infracción de ley, ahora por aplicación indebida del art. 369.1 que prevé, como circunstancia agravatoria específica, la siguiente:

"4ª. Los hechos fueron realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos".

Son dos los requisitos necesarios para la aplicación de esta norma penal, los cuales concurren en la persona de Lidia:

1º. Relativo al lugar en que los hechos se produzcan: ha de tratarse de un establecimiento abierto al público, como lo era el bar Emy's que no solo estaba abierto, sino que en el momento del registro que practicó la policía inmediatamente después de la venta realizada en el propio local el 7.6.2007 había allí diez clientes cuyos datos personales aparecen consignados en el atestado, como ya se ha dicho.

2º. Relativo al sujeto activo del delito: ha de ser el responsable del establecimiento o un empleado del mismo. Ella era la persona que allí había al frente del bar, como dijo y repitió en sus propias manifestaciones.

Así pues, al concurrir estos dos requisitos, los únicos necesarios para la aplicación de esta disposición de nuestro CP, hay que rechazar esta pretensión de la recurrente.

Recurso de Leandro.

SEXTO.- Como ya hemos dicho este recurso de casación se halla integrado por diez motivos.

En el motivo 1º, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECr se denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión al haber alcanzado el tribunal de instancia la convicción de la existencia de un acuerdo entre los dos procesados para la venta de droga en el mencionado bar regentado por Lidia, todo ello sin motivación.

Hemos de rechazar este motivo simplemente porque en ningún apartado de la sentencia recurrida se habla de la existencia de ese acuerdo entre los dos acusados.

Hay un error en este punto por parte del recurrente derivado de que en el párrafo primero del relato de hechos probados se dice, a guisa de encabezamiento de lo que después se narra como sucedido, que como consecuencia de las sospechas policiales de que Lidia y Leandro estuvieran concertados para la venta de drogas en el referido bar Emy's se procedió a montar un dispositivo de vigilancia

en dicho establecimiento con el resultado que después se explica. Así pues, no se afirma como hechos probados que tal concierto o acuerdo de los dos existiera, sino solo "sospechas policiales" al respecto.

SÉPTIMO.- El motivo 4º se refiere a este mismo tema. Se acoge al inciso primero del art. 851.1º diciendo que hubo falta de claridad en los hechos probados, precisamente porque en ese párrafo primero que acabamos de mencionar se habla de sospechas policiales como origen de ese concierto entre los dos procesados.

Ciertamente no hay falta de claridad, tal y como hemos explicado; repetimos: en ese párrafo inicial del capítulo de los hechos probados se habla, no de que hubiera un concierto entre los dos procesados para vender droga en el bar, sino de que la policía sospechaba al respecto y por ello montó un servicio de vigilancia con el resultado de lo que se narra después.

OCTAVO.- En el motivo 6º, ahora por el cauce procesal del art. 849.2º LECr, se alega error en la apreciación de la prueba en cuanto que la sustancia intervenida a Carlos José no se corresponde con la que se dice analizada en el folio 134, por lo que no se ha acreditado que tal sustancia fuera cocaína ignorándose su grado de pureza.

Se señalan como documentos acreditativos de tal error los siguientes:

1) Folio 6 vuelto del Sumario: "El envoltorio de plástico conteniendo sustancia pulverulenta de color blanco.....intervenido a Carlos José ha arrojado un peso bruto de 0,6 grs....."

2) Folio 134 del Rollo: "PESO/GRS. MUESTRA RECIBIDA P.B. 0,47".

3) Folio 6 del Sumario: "La sustancia estupefaciente intervenida que ha reaccionado positivamente al test de cocaína, ha arrojado un peso NETO de 8,25 grs".

4) Folio 21 del Sumario: "núm. de unidades 18; Tipo de envases. Envoltorios plástico termosellados con polvo blanco. Peso neto en gramos 8,25".

5) Folio 88 del Sumario: "PESO/GRS. MUESTRA RECIBIDA P.N. 8,25". DESCRIPCION MUESTRA envoltorios con polvo blanco".

De todos estos cinco pretendidos documentos solo decimos aquí, a fin de hacer más sencillo nuestro razonamiento, que lo que en los mismos se expresa, con una excepción, aparece recogido en el relato de hechos probados, con lo que no cabe hablar de existencia de error en la apreciación de la prueba.



La mencionada excepción se encuentra en el apartado 2 de los 5 que acabamos de transcribir.

Se dice aquí, y es cierto, que en el folio 134 a propósito del peso bruto de la papelina intervenida a Carlos José consta la cifra de 0,47 gramos. Cifra que no se corresponde con la de 0,6 gramos que aparece en el relato de hechos probados (al comienzo de la pág. 4 de la sentencia recurrida).

Se alega que tal discordancia revela que el resultado del análisis de ese folio 134 no se refiere a la papelina ocupada al mencionado Carlos José.

Rechazamos tal alegación.

Ocurrió que los efectos a analizar llegaron al Área de Sanidad por dos caminos distintos:

Uno, el propio del posible delito cometido, con remisión de las 18 papelines que contenía el paquete de tabaco (cocaína), 2 trozos de sustancia vegetal compacta, otros 2 trozos más de la misma sustancia y otro trozo más (en total 5 trozos de hachís) y las dos navajas con restos de esta última clase de droga. El resultado de los análisis aparece en el informe del folio 88 del sumario, remitido al Juzgado de Instrucción mediante oficio de la citada Área de Sanidad del folio 87.

Otro, el correspondiente a la posible infracción administrativa para sancionar por esta vía al poseedor a quien se le ocupó cuando la tenía para su propio consumo. Así lo manifestó el policía que actuó como instructor del atestado, el núm. NUM001, al final de su larga declaración como testigo en el acto del juicio oral. Llegó el resultado de los análisis de esta dosis de cocaína al rollo de la Audiencia Provincial mediante oficio de comisaría (folio 133). Estimamos que el contenido de este último oficio y los datos que en el mismo constan, así como lo que aparece en el mencionado folio 134, acreditan suficientemente, a nuestro juicio, que este resultado (positivo de cocaína) se corresponde con la dosis aprehendida a Carlos José. La circunstancia de que no haya coincidencia en la cifra del peso bruto no basta para justificar un juicio contrario: 0,60 gramos constan en el folio 6 vto., cantidad que pasó a los hechos probados de la sentencia recurrida; y 0,47 gramos aparecen en el resultado del análisis del folio 134. No conocemos la razón de esta pequeña diferencia (0,13 gramos), pese a lo cual la valoramos aquí como un dato que no basta para que pudiera decirse que la de tal folio 134 no es la pequeña dosis de cocaína que fue aprehendida a Carlos José el 7.6.2007. Por otro lado, esa cantidad de 0,47 gramos del folio 134 es muy próxima a la que resulta de dividir los 8,25 gramos por el número de 18 papelines que tenía el paquete de tabaco: 0,45 gramos. Los 8,25 gramos aparecen en los fo-

lios 6, 21 y 88 del sumario citados como documentos en este motivo 6º.

Hay que rechazar este motivo 6º.

NOVENO.- Ahora pasamos al motivo 2º donde se trata del mismo tema que acabamos de examinar.

Se alega aquí, otra vez por el cauce de los arts. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, infracción de precepto constitucional, ahora con referencia al art. 24.2 CE en su apartado relativo al derecho a la presunción de inocencia.

Comienza este motivo con una referencia a la doctrina de la dosis mínima psicoactiva ya tratada antes en el apartado A) del fundamento de derecho 5º a propósito del motivo 3º del recurso de Lidia.

Luego hace aquí las mismas alegaciones del motivo 6º que hemos rebatido en el anterior fundamento de derecho de esta misma resolución.

Para contestar a lo que en este motivo segundo específicamente se alega, hemos de añadir, que consideramos correctamente aportado al procedimiento ese análisis del folio 134 ya mencionado.

A la vista de lo manifestado por el citado funcionario de la policía NUM001, el instructor del atestado, y siendo necesario suspender el juicio oral para su continuación en una segunda sesión en razón a una prueba cuya práctica se acordó a petición de parte, que estaba pendiente de recibirse del Instituto Nacional de Toxicología, el tribunal de instancia hizo uso de las facultades que le reconoce el art. 729.2º LECr para recabar la incorporación al procedimiento de ese informe del Área de Sanidad de Valladolid sobre el análisis de aquella otra papelina que, por el otro camino antes mencionado, tendría que haber llegado al mencionado órgano administrativo, siendo la propia policía la que se encargó de traer a la Audiencia Provincial el tan repetido resultado del análisis de la pequeña dosis intervenida a Carlos José (folios 133 y 134).

Repetimos que, a nuestro juicio, esto fue un modo de aportación válido al presente proceso del resultado del análisis de la mencionada papelina de cocaína aprehendida a Carlos José en esa tarde del 7.6.2007.

Con lo que hemos dicho en este fundamento de derecho y en el anterior rechazamos este motivo 2º, y también el 9º, en el cual se plantea la misma cuestión, aunque por la vía del art. 849.1º LECr, denunciando infracción de ley por aplicación indebida del art. 368 CP.

DÉCIMO.- En el motivo 3º, de nuevo con base en los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr, se vuelve a alegar infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Se

dice que no hay prueba alguna que pudiera acreditar la relación laboral que pudiera existir entre Lidia y Leandro, reconociendo que lo único que hizo fue entrar en el tan repetido bar Emy's donde compró una papelina con el dinero que recibió de Carlos José, papelina que a este último entregó en la calle.

Ha de rechazarse porque la sentencia recurrida no nos dice que tal relación laboral existiera, sino que se limita a narrar la intervención del

■

*"...concorre aquí el referido requisito 1º: ciertamente el hecho de la venta de la papeleta de cocaína (...) fue realizado en un bar que se hallaba abierto al público. Pero falta el 2º: en los hechos probados de la sentencia recurrida no consta que Leandro fuera responsable o empleado de dicho bar Emy's. Solo aparece este como mediador en la adquisición de la dosis de cocaína (...). Nos hallamos ante un tipo simple del delito del art. 368 en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, pero sin aplicación del mencionado art. 369.1.4ª..."*

■

procesado en los mismos términos que acabamos de exponer: los que aquí admite como realmente producidos el propio Leandro.

El derecho a la presunción de inocencia fue respetado.

Este motivo tercero ha de desestimarse.

UNDÉCIMO.- Pasamos ahora al motivo 10º en el que se aborda el mismo problema que en el 3º que acabamos de examinar, aunque aquí

(motivo 10º) denunciando por la vía del núm. 1º del art. 849 la infracción de ley consistente en la aplicación indebida de la agravación específica 4ª del art. 369.1 CP, a la que ya nos hemos referido a propósito del motivo 3º (2ª parte) del recurso de Lidia (fundamento de derecho 5º, apartado B) de la presente resolución).

En ese fundamento de derecho 5º dijimos que son dos los requisitos necesarios para la apreciación de tal agravación 4ª del art. 369.1:

1º. Que el hecho delictivo sea realizado en establecimiento abierto al público.

2º. Que el delito sea cometido por el responsable o empleado de tal establecimiento.

Desde luego concorre aquí el referido requisito 1º: ciertamente el hecho de la venta de la papeleta de cocaína para Carlos José en el que intervino Leandro fue realizado en un bar que se hallaba abierto al público.

Pero falta el 2º: en los hechos probados de la sentencia recurrida no consta que Leandro fuera responsable o empleado de dicho bar Emy's. Solo aparece este como mediador en la adquisición de la dosis de cocaína a ruegos de Carlos José y que le entregó Lidia, hechos ocurridos en la tarde del 7.6.2007. Y nada más hay al respecto. Nos hallamos ante un tipo simple del delito del art. 368 en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, pero sin aplicación del mencionado art. 369.1.4ª, por lo que se refiere a la responsabilidad criminal de dicho Leandro.

Hay que estimar este motivo 10º de este recurso.

DUODÉCIMO.- Nos queda por resolver los motivos 5º, 7º, 8º y 11º, en los que, por diferentes vías procesales, se impugna la sentencia recurrida por no haber apreciado atenuante alguna en relación con la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del acusado Leandro.

Entendemos que la cuestión fue bien resuelta en la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 3º, concretamente en sus dos últimos párrafos, donde nos dice, en síntesis, que el único dato objetivo acreditado que existe respecto de la pretendida imputabilidad disminuida consiste en la circunstancia de que el procesado al ser detenido vomitó; añadiendo a continuación que esto pudo producirse por muy diferentes causas, incluido un consumo reciente de alguna o algunas drogas, lo que en modo alguno puede justificar esa pretendida disminución de su capacidad de culpabilidad, disminución que debe quedar tan probada como el hecho mismo del delito.

Luego ese fundamento de derecho 3º se refiere a una prueba pericial

practicada por el Instituto Nacional de Toxicología que lo único que revela es un consumo anterior en 6 ó 7 meses a la fecha de la recogida de las muestras, lo que de nada sirve para acreditar tal imputabilidad disminuida.

**DECIMOTERCERO.-** En el motivo 5º se alega quebrantamiento de forma al amparo del núm. 3º del art. 851 LECr. Se dice que no se pronunció la sentencia recurrida sobre el tema de la embriaguez alegado por la defensa de Leandro en el escrito de conclusiones provisionales elevado luego a definitivas.

Se dice que en tal escrito se afirmaba que este procesado se encontraba en estado de intoxicación plena debido al consumo de alcohol y drogas.

Es cierto que nada dice la resolución de la Audiencia Provincial de Valladolid concretamente sobre la embriaguez; pero ello no puede calificarse de incongruencia omisiva porque, como acabamos de decir en el fundamento de derecho anterior, la cuestión de la imputabilidad disminuida por toxifrenia quedó respondida en el fundamento de derecho 3º de la sentencia recurrida.

Recordamos que el alcohol es un tóxico de uso permitido que produce efectos semejantes al de otras drogas prohibidas.

Rechazamos este motivo 5º.

**DECIMOCUARTO.-** En el motivo 7º se utiliza la vía procesal del art. 849.2º LECr para alegar error en la apreciación de la prueba.

Se alega como documento para acreditar ese pretendido error la declaración de un policía nacional, el núm. NUM001.

Sabido es cómo, según reiterada doctrina de esta sala, las declaraciones de los testigos, como también las de los acusados, son pruebas de carácter personal, totalmente ajenas al concepto de documento, esencial para la aplicación de este art. 849.2º de nuestra ley procesal

Desestimamos este motivo 7º.

**DECIMOQUINTO.-** En el motivo 8º, por el mismo cauce del art. 849.2º, se vuelve a alegar error en la apreciación de la prueba, porque el tribunal de instancia no recogió en su sentencia que Leandro era toxicómano.

Es cierto que, como dice el escrito de recurso, en el informe médico forense de los folios 139 a 144 del rollo de la Audiencia Provincial aparece al folio 141 las siguientes conclusiones:

“...2ª) Constan antecedentes de tratamiento hospitalario del 27/4/02 a 3/5/02 en el servicio de medicina In-

terna del hospital Clínico de Valladolid por cuadro neurológico derivado de intoxicación por drogas de abuso, alcohol, benzodiacepinas, cannabis y drogas de diseño.

3ª) Constan antecedentes de tratamiento para deshabituación en Cruz Roja, desde 21/junio/2005 hasta 11/junio/2007 (ingreso en prisión), manteniéndose desde esa fecha abstinentes a sustancias psicotrópicas con la excepción de cannabis.”

Pero también es cierto que a continuación en ese mismo informe se hace constar como otras conclusiones:

“4ª. El análisis realizado (heroína, cocaína y metabolitos, derivados anfetamínicos y cannabinoides) a la muestra de cabello cortado el 7/abril/08 da como resultado: que ha habido un consumo repetido de cannabis en, al menos, los 6-7 meses anteriores al corte del citado mechón.

5ª) Actualmente no se aprecian trastornos psicopatológicos que modifiquen sus capacidades cognitivolitivas, considerándolo imputable.”

Es claro que, conforme al mencionado informe pericial, así completado, no puede entenderse acreditado que Leandro en esa fecha de 7.6.2007 tenía disminuidas sus facultades mental.

Recordemos aquí que lo único que interesa a estos efectos de medir la imputabilidad de un partícipe en una infracción penal, como bien nos dice la sentencia recurrida en el citado fundamento de derecho 3º, es la situación del sujeto en el momento de cometer el delito o falta. Y recordamos también que su modo de comportarse en esa tan repetida tarde del 7.6.2007 en absoluto revela que pudiera existir ni alcohol ni droga que pudiera afectarle en su capacidad de culpabilidad. Estimamos acertada la explicación que nos ofrece la Audiencia Provincial en relación con la circunstancia de que Leandro vomitara al ser detenido por la policía en la mencionada ocasión.

También rechazamos este motivo 8º.

**DECIMOSEXTO.-** En el motivo 11º, único que nos queda por examinar, con base procesal en el art. 849.1º LECr, se alega infracción de ley por no aplicación de los arts. 20.1º, 21.1º y 2º CP en relación con los arts. 66.7ª y 68 CP.

Aparece en realidad como una consecuencia de la estimación de alguno de los dos motivos fundados en el mencionado art. 849.2º (motivo 7º y 8º). Si se hubiera acogido alguno de estos motivos, habría tenido que agregarse a los hechos probados de la sentencia recurrida esa afectación de Leandro por su adicción a alguna clase de sustancias tóxicas.

El rechazo de tales dos motivos 7º y 8º obliga asimismo a rechazar este motivo 11º.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Por lo dispuesto en el art. 901 LECr, procede declarar de oficio las costas de ambos recursos.

## FALLO

**HA LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por Lidia y por Leandro, por estimación parcial del motivo segundo del recurso de ella relativo a infracción de precepto constitucional y estimación total del noveno del recurso de él referido a infracción de ley, y en consecuencia anulamos la sentencia que a los dos condenó por delito contra la salud pública referido a tráfico de drogas, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid con fecha ocho de octubre de dos mil ocho, declarando de oficio las costas de tales dos recursos y procediendo a continuación a dictar segunda sentencia en sustitución de la anulada.

Dada la situación de prisión en que al parecer se encuentran dichos condenados, comuníquese por fax el contenido del presente fallo y del que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos. En su día se devolverá la causa con certificación de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz Andres Martinez Arrieta Perfecto Andres Ibañez Luciano Varela Castro Joaquin Delgado Garcia

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de mayo de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 4 de Valladolid, con el núm. 3/07 y seguida ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esa misma Capital que ha dictado sentencia condenatoria por delito contra la salud pública contra los acusados Lidia y Leandro, sentencia que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente Joaquin Delgado Garcia. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de dichos acusados que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

### I. ANTECEDENTES

Los de la sentencia recurrida y anulada, incluso su relato de hechos probados, sin otra modificación que la de eliminar de su página 4 la siguiente expresión: “precedentes de

la venta al menudeo de la sustancia”, referida al dinero ocupado en el registro del bar Emy’s.

Así como los antecedentes de la anterior sentencia de casación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los de la mencionada sentencia recurrida y anulada, con la salvedad de que, por lo expresado en el fundamento de derecho 11º de la anterior sentencia de casación, hay que excluir respecto de Leandro la agravación específica prevista en el núm. 4º del art. 369.1 CP, para condenarle solo con arreglo al tipo básico del art. 368, si bien con la aplicación del inciso 1º relativo a sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud y con la circunstancia agravante de reincidencia, 8ª del art. 22, aplicada por la Audiencia Provincial y no discutida en el presente recurso de casación.

**SEGUNDO.-** Los demás fundamentos de derecho de la anterior sentencia de casación.

**TERCERO.-** En cuanto a la pena de prisión aplicable a Leandro, acordamos imponerla en el mínimo legalmente permitido, 6 años y 1 día de prisión, que es el límite inferior de la mitad superior de la pena del tipo básico que abarca de 3 años a 9 años, aplicando la regla 3ª del art. 66.1 CP al concurrir la mencionada circunstancia agravante de reincidencia. Acordamos imponer la multa de 30 euros, valor en el mercado ilícito de esa papelina en cuya venta participó Leandro, único episodio en el que intervino este último según los hechos probados de la sentencia recurrida.

**CUARTO.-** Conforme ya se ha razonado en el fundamento de derecho 4º de la anterior sentencia de casación, hay que sustituir el comiso del dinero (4086 euros) por su embargo para garantizar las responsabilidades pecuniarias de Lidia derivadas del presente procedimiento (arts. 589 y ss. LECr).

## III. FALLO

**CONDENAMOS A Leandro,** como autor de un delito básico contra la salud pública relativo a tráfico de sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud con la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas de seis años y un día de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo y a una multa de treinta euros.

Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada, salvo que el comiso del dinero acordado contra Lidia queda sustituido por su embargo para garantizar las responsabilidades pecuniarias derivadas del presente procedimiento.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz Andres Martínez Arrieta Perfecto Andres Ibañez Luciano Varela Castro Joaquín Delgado García

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

mismo acuerdo se consignaba, se dictaron providencias de apremio individuales a nombre de los herederos (entre los que se encontraban los ahora recurrentes), siendo notificadas en los domicilios respectivos de cada uno de ellos, con fecha 10 de mayo de 2000.

amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA, en adelante), y los dos siguientes al amparo del artículo 88.1.d).

En el primer motivo de casación se invoca, de una parte, incongruencia omisiva de la sentencia impugnada por haber dejado de considerar y resolver una cuestión que se considera esencial, como es que la notificación de la liquidación no se pudo hacer a nombre del fallecido, porque otras personas se habían subrogado en la posición del causante, basándose en la Administración indebidamente en el artículo 15 del Real Decreto 1684/1990, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación puesto que dicho precepto se refiere a la sucesión en las deudas liquidadas respecto de las que se ha iniciado ya una gestión recaudatoria con quien fallece, lo que no ocurre aquí, ya que la deuda surgió después de que la persona hubiera fallecido, haciendo aplicable el artículo 10 de dicha norma que se refiere a la subrogación de la posición del obligado tributario.

Por otra parte, considera que la sentencia incurre en incongruencia "extra petitum", porque hace declaraciones que no vienen al caso ni se ajustan a las alegaciones efectuadas en la instancia, al señalar en el Fundamento Jurídico Cuarto que un elemental principio de seguridad jurídica impide debatir indefinidamente las discrepancias que pudieran suscitarse entre los sujetos de la relación tributaria y que no pueden trasladarse a dicha fase ejecutiva las cuestiones que debieron solventarse en la declarativa, por lo que el administrador no puede oponer frente a la correspondiente providencia de apremio motivos de nulidad afectantes a la propia liquidación practicada.

El segundo motivo de casación alude a que la sentencia no ha hecho una debida aplicación de las normas reguladoras de las notificaciones de los actos administrativos ni de los preceptos que regulan la prescripción, por lo que considera infringidos los artículos 124.1, de la Ley General Tributaria y 10.4 del Reglamento de Recaudación de 1990 de un lado, y, de otro, los artículos 64, 66 de la citada Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, en relación con el art. 138.1 de la misma.

En desarrollo de este motivo considera que la notificación de la liquidación aprobada por el Inspector jefe no es eficaz y no debe surtir ningún efecto jurídico, ya que se hizo a nombre de una persona fallecida, lo que motiva que no pueda presuponerse de los herederos han tenido conocimiento de la misma.

Como prueba de lo anterior se alega que cuando se dictaron las providencias de apremio se efectuaron a nombre de cada uno de los herederos

6.- Interpuestos recursos de reposición contra las providencias de apremio, en las que se invocó falta de notificación de la liquidación, fueron desestimadas por la Dependencia de Recaudación de la Delegación Especial de la AEAT, en resolución de 4 de septiembre de 2000.

7.- Promovidas reclamaciones económico-administrativas por los ahora recurrentes ante el TEAR de Andalucía, fueron desestimadas también en fecha 22 marzo 2002, siendo las resoluciones confirmadas en alzada por el TEAC en 13 de mayo de 2004.

8.- Interpuestos recursos contencioso-administrativos contra la resolución del TEAC de 13 mayo 2004, tras la acumulación, la Sala dictó sentencia desestimatoria, rechazando las alegaciones relativas a la falta de notificación de la liquidación apremiada, a la existencia de prescripción, y a la concurrencia de caducidad.

En relación con la falta de notificación de la liquidación a los herederos, que fue dirigida al domicilio del fallecido y a su nombre, entendió la Sala que los recurrentes confirieron representación a otra persona para comparecer ante la Inspección, siendo recibida por la viuda del sujeto pasivo en el domicilio de éste y domicilio designado por los recurrentes.

Respecto a la prescripción también alegada, con base en el transcurso de más de cinco años desde la declaración del Impuesto del ejercicio de 1991, en junio de 1992, hasta la notificación practicada en 1997, argumentó la Sala que se habían practicado actuaciones plenamente justificadas, como los requerimientos efectuados a los herederos para comparecer ante la Inspección de los Tributos y designación de un representante, y para la aportación de documentación, lo que determinaba la interrupción del periodo prescriptivo.

Finalmente, en cuanto a la caducidad por el retraso de más de un mes en la resolución, la Sala señaló que no se contemplaba en las normas tributarias como causa de terminación de los procedimientos administrativos, y que la consecuencia del transcurso del tiempo, unido a una inactividad injustificada de la actuación inspectora, según el art. 31.4 del Reglamento, era la no interrupción del cómputo de la prescripción.

SEGUNDO.- Se formulan tres motivos de casación, el primero al

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/134736

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 17 junio 2009. Ponente: D. Emilio Frias Ponce

Deudas liquidadas después del fallecimiento del sujeto pasivo

### Nulidad de la notificación de la liquidación del IRPF realizada al fallecido y no a los herederos

*El TS casa la SAN, estima el recurso contencioso administrativo y anula la resolución del TEAC que había rechazado las pretensiones de los recurrentes sobre las alegaciones relativas a la falta de notificación de la liquidación apremiada, a la existencia de prescripción, y a la concurrencia de caducidad. La Sala estima el motivo en el que se alegaba que la notificación de la liquidación del IRPF aprobada por el inspector jefe no es eficaz y no debe surtir ningún efecto jurídico, ya que se hizo a nombre de una persona fallecida, pues aunque la necesidad de notificar la liquidación a los herederos de forma personal no se contemplaba en la Ley, esta exigencia resultaba de la normativa general, que venía establecida en los art. 105 y 124 LGT, lo que conlleva reconocer la existencia de la prescripción del derecho a liquidar por el transcurso de más de cinco años desde la finalización del plazo voluntario, y sin que la notificación realizada a la viuda, por ser defectuosa, tenga entidad suficiente para interrumpir el plazo establecido.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la comprensión de los motivos invocados conviene tener en cuenta los siguientes antecedentes:

1.- La Inspección de los Tributos de Cádiz, con fecha 20 de septiembre de 1996, acordó iniciar actuaciones inspectoras relativas al IRPF y otros impuestos, de los años 1991 a 1995, a D. Basilio y a su cónyuge Dª Carlota.

La citación para que comparecieran en las oficinas de la Inspección se hizo el 8 de octubre de 1996, en el domicilio familiar, compareciendo, tras solicitar un aplazamiento, D. Felipe, manifestando que D. Basilio había fallecido el 6 de octubre de 1994 y que él se presentaba como representante de su cónyuge.

2.- Con fecha 9 de mayo de 1997 se citó a los herederos de D. Basilio, que eran sus cinco hijos, D. Carlos Miguel, Dª Alejandra, Dª Gregoria, D. Luis Andrés y Dª Carlota, para que comparecieran el día 23 de mayo de 1997, lo que hicieron a tra-

vés de D. Jesús Manuel, en virtud de la representación otorgada.

3.- La Inspección se desarrolló con dichos representantes y culminó con Acta tributaria de disconformidad, de 6 de junio de 1997, donde se practicaba una liquidación a nombre del obligado tributario D. Basilio, por el concepto de IRPF 1991, por un importe total de 185.294.349 pesetas, de las que correspondían a cuota 116.928.195 pesetas y a intereses de demora 68.366.154 pesetas, como consecuencia de la venta realizada el 16 de enero de 1991 de las acciones de la sociedad Cruz de Campo, S.A., a la mercantil Melgarejo e Hijos, S.L., con un pago aplazado en 12 anualidades sucesivas.

4.- Aprobada la propuesta por el Inspector Jefe en 4 de agosto de 1997 fue notificada la liquidación girada a nombre del fallecido en el domicilio designado el 24 de septiembre de 1997 (siendo recibida, según consta en la firma de la diligencia de recepción, por la esposa Dª Carlota.

5.- No satisfecha la deuda en el plazo voluntario de pago que en el

ros, lo que evidencia que la Administración tributaria era consciente de que no podía notificarse una liquidación tributaria a nombre de una persona fallecida. Estas providencias de apremio sí fueron debidamente notificadas, por lo que las mismas fueron recurridas en reposición y son las que, en último término, se están cuestionando en este recurso de casación.

La consecuencia de todo ello, según los recurrentes, es la prescripción de la acción para liquidar la deuda, porque una notificación dirigida a una persona fallecida nunca puede ser eficaz.

Finalmente, en el tercer motivo de casación, se insiste en la prescripción, pero desde otra perspectiva, al alegarse que la sentencia recurrida no aplica debidamente la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre la duración de las actuaciones inspectoras (sentencia de 28 de febrero de 1996 y otras), con lo que, a su juicio, se contravienen los artículos 64 y 67 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.

A estos efectos, mantiene que la liquidación es extemporánea pues se practica en septiembre de 1997, esto es, más de cinco años después de que concluyera el plazo de autoliquidación puesto que se refiere al IRPF del ejercicio de 1991. Afirma que la iniciación de la actuación inspectora no puede considerarse un hito que permitiera prolongar cinco años más el desarrollo de la prescripción.

**TERCERO.-** Para dilucidar la existencia del vicio invocado en el primer motivo, conviene recordar que, conforme viene señalando el Tribunal Constitucional, “el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurre la controversia procesal” (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2).

Por otra parte, dentro de la incongruencia, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio “se produce cuando el órgano judicial deja sin constatar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las

alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales” (STC 44/2008, cit., FJ 2).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que “es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del art. 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva” (SSTC 167/2007, cit., FJ 2; 176/2007, de 23 de julio, FJ 2; y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 2).

En suma, “la falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, que se produce cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita” (STC 180/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; en el mismo sentido, STC 138/2007, de 4 de junio, FJ 2).

En esta línea se ha pronunciado, asimismo, este Tribunal en numerosas Sentencias (entre las últimas, la de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 9 de octubre de 2008, rec. cas. núm. 2886/2006, FD Segundo), así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en las Sentencias de 9 de diciembre de 1994 (asunto *Hiro Balani c. España*), §§ 27 y 28, y de 9 de diciembre de 1994 (asunto *Ruiz Torrija c. España*), §§ 29 y 30.

En este caso, no puede compartirse que la omisión denunciada sea suficiente como para caracterizarse como incongruencia omisiva, pues la Sala dio una respuesta a la cuestión planteada, sin dar relevancia al destinatario de la notificación. Problema distinto es la conformidad o no a Derecho de la desestimación acordada, lo que es objeto del segundo motivo de casación.

Por otro lado, tampoco puede admitirse que se haya producido incongruencia “extra petitum”, porque la Sentencia haga determinadas declaraciones “obiter dicta”, que no son más que la expresión de los criterios jurídicos que rigen cuando se impugnan actos del procedimiento ejecutivo, donde no se pueden hacer valer motivos o consideraciones del procedimiento principal en la medida que la propia Ley (artículo 138 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria) establece que contra

la procedencia de la vía de apremio solo pueden oponerse determinados motivos tasados de oposición.

**CUARTO.-** En el segundo motivo se cuestiona, en primer lugar, la validez de la notificación de la liquidación practicada, en cuanto iba dirigida a nombre del fallecido.

Los recurrentes sostienen que la Administración actuó bien cuando, al tener conocimiento del fallecimiento del obligado tributario, D. Basilio, indagó la identificación de los herederos, siguiendo luego las actuaciones inspectoras con los mismos, pero entienden que la notificación de la liquidación, como consecuencia del acta levantada con intervención del representante designado por ellos, debió hacerse, no al fallecido, sino a los herederos, como deuda propia, sin que la circunstancia de que fuera realizada en el domicilio designado para oír las notificaciones, que coincidía con el domicilio de sus padres, con recepción por la viuda y madre de los recurrentes, pueda subsanar el defecto.

El art. 89.3 de la antigua Ley General Tributaria solo establecía que “a la muerte de los sujetos infractores, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos o legatarios, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia.

En ningún caso serán transmisibles las sanciones”. En la actualidad, el art. 39 mantiene la regla de transmisión a los herederos de las obligaciones tributarias pendientes, pero además aclara que no se perderá la condición de sucesor por el hecho de que la deuda tributaria no se encuentre liquidada a la fecha de la muerte del causante, precisando que en este caso las actuaciones se entenderán con cualquiera de los sucesores, y que la notificación de la liquidación debe hacerse a todos los interesados que consten en el expediente.

Aunque la necesidad de notificar la liquidación a los herederos de forma personal no se contemplaba en la Ley, esta exigencia resultaba de la normativa general, que venía establecida en los art. 105 y 124 de la Ley General Tributaria, según redacción dada por la Ley 66/1997, todo ello en relación con la Ley 30/92, pues parece evidente que la notificación, en cuanto comunicación destinada a trasladar el conocimiento de un acto para que éste pueda ser cumplido o para facilitar la posibilidad de entablar contra el mismo recurso, debe dirigirse a quien tenga la obligación de proceder a ese cumplimiento.

El art. 58.1 de la Ley 30/92 dispone que la notificación se hará a los interesados, entendiendo el art. 31.1 por tales a quienes promuevan el procedimiento administrativo como titulares de derechos o intereses legítimos

individuales o colectivos o los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión.

También son interesados, según el art. 31.1c) “aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.

Otra solución podría colocar a los herederos en una posición de indefensión, como ocurrió en este caso, en cuanto se les privó de la posibilidad de los recursos, al no existir constancia de que la esposa del fallecido comunicase a sus hijos la liquidación recibida a nombre de su marido.

En el presente supuesto, además se da la circunstancia de que, con independencia del acta levantada al causante, la Inspección giró liquidaciones similares en cuanto a cada uno de los hijos, en cuanto ellos habían vendido acciones también en la misma operación colectiva que originó la regularización tributaria, siendo estas liquidaciones objeto de reclamación económico-administrativa y recayendo, finalmente, sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de julio de 2004, que quedaron firmes, ante la inadmisión, por razón de la cuantía, del recurso de casación núm. 9292/04 interpuesto.

Obviamente, si se les hubiera dado traslado de la liquidación finalmente girada en relación a la deuda de su padre, hubieran recurrido también la misma, en cuanto les afectaba.

Por otra parte, llama la atención el distinto proceder de la Administración en la fase de recaudación, pues en ésta la notificación del apremio se hizo a nombre de cada heredero.

Por todo ello, procede estimar el motivo, por falta de notificación de la liquidación, lo que obliga a aceptar asimismo su consecuencia, que es la existencia de la prescripción del derecho a liquidar por el transcurso de más de cinco años desde la finalización del plazo voluntario en junio de 1992, al no haberse practicado válidamente la notificación, sin que la realizada a la viuda, por ser defectuosa, tenga entidad suficiente para interrumpir el plazo establecido, ante lo que disponía el art. 66.1a) de la antigua Ley General Tributaria.

**QUINTO.-** Por las razones expuestas y sin necesidad de examinar el tercer motivo, procede estimar el presente recurso de casación, así como el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con anulación de la sentencia recurrida, y de la resolución que confirma, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas en la instancia, al no concurrir la circunstancia que señala el art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no procediendo tampoco hacerlo en el

recurso de casación, al haberse estimado.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

### FALLO

**PRIMERO.-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Luis Andrés, D<sup>a</sup> Alejandra y D<sup>a</sup> Gregoria contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2006, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que se casa y anula.

**SEGUNDO.-** Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida representación procesal contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 13 de mayo de 2004, con anulación de la misma.

**TERCERO.-** No hacer imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frías Ponce.- Ángel Aguillo Avilés.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Emilio Frías Ponce, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

2009/134779

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 4, Sentencia 17 junio 2009. Ponente: D. Celsa Pico Lorenzo

## Limitación de las sentencias como documentos nuevos relevantes a efectos del recurso de revisión administrativo

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Cataluña que confirmó la resolución desestimatoria presunta del recurso de revisión, posteriormente ampliado a la resolución expresa que lo inadmitió, formulado contra la resolución que a su vez desestimó el recurso de alzada, interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona, por el que se denegó la apertura de una oficina de farmacia en el área*

*básica de salud Gavà-1. La recurrente aporta como documento nuevo de valor esencial del art. 118, 2 Ley 30/1992 una sentencia, rechazando la Sala el motivo, pues las sentencias que meramente interpretan el ordenamiento jurídico aplicado no se pueden incluir entre los documentos que fundamentan el recurso extraordinario de revisión, asimismo, se rechaza el motivo alegado sobre vulneración del principio de igualdad, ya que no se enjuicia si una determinada concesión de autorización de oficina de farmacia era o no ajustada a derecho, sino la resolución que inadmitió a trámite un recurso extraordinario de revisión.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación de D. Apolonio interpone recurso de casación 4846/07 contra la sentencia desestimatoria de fecha 27 de junio de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña, Sección Quinta, en el recurso núm. 899/03, deducido por aquel contra la resolución desestimatoria presunta por silencio administrativo del recurso de revisión formulado por el actor contra la resolución de 12 de enero de 1998 del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña, que a su vez desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona de 10 de diciembre de 1996, por el que se denegó la apertura de una oficina de farmacia en el área básica de salud Gavà-1.

Posteriormente el recurso fue ampliado posteriormente a la resolución de 20 de mayo de 2004 de la Sra. Consejera de Sanidad y Seguridad Social, que inadmitió a trámite el citado recurso extraordinario de revisión.

Identifica la sentencia el acto impugnado en su primer fundamento mientras en el segundo recoge el argumento actor acerca de que la Sentencia de 25 de julio de 2002 de la Sección cuarta constituye documento de valor esencial para la resolución del asunto que evidencia error de la resolución denegatoria de su petición, habida cuenta que aquélla ha computado la farmacia de la Sra. Azucena en el área básica de salud Gavà-2, en tanto que la resolución impugnada de 12 de enero de 1998 la había incluido en el área básica Gavà-1.

Ya en el tercero recoge la doctrina esencial de este Tribunal acerca del recurso de revisión conforme al art. 118.1. de la Ley 30/1992, así como parte del contenido de la Sentencia de 12 de noviembre de 2001.

Finalmente en el cuarto dice que "En el caso que ahora se examina,

bastaría para desestimar de plano el recurso formulado por el actor la constatación de que no es firme la sentencia de 25 de julio de 2002, que se aporta como documento de valor esencial para la resolución del asunto, según se desprende del testimonio de la misma incorporado a los presentes autos, de modo que no se ha establecido aún de forma definitiva la situación jurídica controvertida y, en consecuencia, no cabe considerar que ha quedado evidenciado el hipotético error en que incurre la resolución administrativa impugnada en revisión, como lo exige el artículo 118.1.2 de la Ley 30/1992.

Además, con el razonamiento aparentemente simple de que la farmacia objeto de traslado no puede ser computada de forma simultánea en dos áreas básicas de salud distintas, el recurrente pretende extrapolar al supuesto de autos la doctrina establecida para un caso distinto, en el que se pretende abrir una oficina de farmacia en una área básica a la que ya se ha autorizado el traslado de otra, aunque éste aún no se ha materializado.

Por el contrario, los hechos que se hallan en la base de este proceso consisten en la apertura de una oficina de farmacia solicitada cuando aún se halla abierta la oficina de farmacia que finalmente será objeto de traslado.

La propia sentencia que el actor invoca como documento esencial distingue ambos casos, al establecer que "no es trasladable a este supuesto de hecho la interpretación realizada para el caso de cierre de oficinas de farmacia; esta interpretación que se recoge en la resolución recurrida y también en las STS de 18 de febrero de 1995 y en la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2000, parte de un supuesto de hecho distinto: la oficina que tiene autorizado el traslado presta la atención farmacéutica en el ABS hasta el momento en que se materializa el cierre, de manera que no puede autorizarse una nueva apertura hasta tanto no se produzca el cierre efectivo, momento en el cual se produce la falta de asistencia farmacéutica que es el supuesto de hecho contemplado por la norma.

Sin embargo, desde el punto de vista de la apertura de la oficina trasladada no podemos utilizar los mismos argumentos, puesto que la materialización del traslado de la oficina es la que satisface la asistencia farmacéutica del área en cuestión, de manera que una ulterior autorización de apertura posterior, en base al mismo supuesto de hecho, supondría la quiebra de la proporción habitantes/oficina establecida en la Ley".

Como se desprende del propio tenor de la sentencia referida, no cabe autorizar una nueva oficina de farmacia hasta que se produzca el cierre efectivo de la farmacia que ha de ser

objeto de traslado a otra área básica de salud.

Así ha ocurrido en este caso, en que el actor solicitó la apertura de un establecimiento en el área básica de Gavà-1 cuando aún estaban en funcionamiento otras ocho farmacias, puesto que aún no se había procedido al cierre y traslado de la oficina de D<sup>a</sup> Azucena, por lo que resultaba improcedente autorizar la apertura de la nueva farmacia solicitada por el recurrente.

En consecuencia, la sentencia invocada por el actor de 25 de julio de 2002 no sólo no evidencia un error en las resoluciones administrativas impugnadas en revisión, sino que reafirma plenamente el criterio seguido por aquéllas, en la medida en que considera improcedente la autorización de una nueva oficina de farmacia hasta que se materialice el cierre efectivo de la que ha de ser trasladada a otra área básica de salud."

**SEGUNDO.-** 1. Un primer motivo, al amparo del art. 88.1.d) LJCA, aduce infracción del art. 118.1.2 LR-JAPAC.

Tras exponer la redacción inicial del precepto en la versión de 1992 así como la interpretación jurisprudencial de los arts. 127 y 128 LPA 1958 insiste en que la Sala ha interpretado incorrectamente el precepto por cuanto la sentencia aportada es un documento que demuestra un error en la resolución.

1.1. Arguye en primer lugar la administración que solo puede ser objeto de examen la cuestión relativa a la procedencia o no de la revisión y no el fondo del asunto sobre el que argumenta la parte contraria de forma prolija.

Respecto al motivo dice debe ser desestimado al ajustarse la sentencia de instancia a la doctrina de este Tribunal.

2. Un segundo motivo ser articula con base en el art. 88.1.d) LJCA y sostiene lesión de los arts. 1.6 C. Civil y 217.2 y 281 LEC.

Considera que ha acreditado la existencia de la sentencia que se alega como contradictoria y que, además era firme, pues el TS en su sentencia de 23 de marzo de 2005 la confirmó, lo cual era consultable en cualquier base de datos, recurso de casación 7173/2002.

2.1. Rechaza el argumento la administración autonómica. Objeta que la STJC de 25 de julio de 2002 no se aportó como mera jurisprudencia sino como claro fundamento del recurso a la vista del art. 118.1. LJCA.

3. Un tercer motivo se ampara también en el art. 88.1.d) LJCA por quebranto del art. 14 CE.

Procede a exponer prolijamente la esencia de la Sentencia del TSJC de

25 de julio de 2002 y las solicitudes en el ABS Gavà 1 y ABS Gavà 2 por cuanto con la solución dada por la Administración y refrendada por la sentencia hoy recurrida, desde el cierre efectivo de la farmacia trasladada hasta la apertura de una nueva, se produce una falta de atención del servicio considerable, por cuanto las nuevas solicitudes no podrán presentarse hasta el cierre efectivo de la oficina trasladada.

Concluye peticionando se dicte una sentencia sobre la imposibilidad de contar la misma oficina de farmacia en dos ABS diferentes por el perjuicio que esto conlleva a los terceros interesados en la apertura de nuevas oficinas de farmacia y, en consecuencia, se reconozca el derecho del recurrente a la apertura de una nueva oficina de farmacia en el Área Básico de Salud Gavà-1 descrita en los antecedentes.

3.1. Defiende la administración que no se ha vulnerado el art. 14 CE en relación con las autorizaciones de oficina de farmacia si bien previamente insiste en que no procede el examen del fondo del asunto sino si el documento esgrimido es clave o no a efectos del art. 118.1. LRJAPAC.

TERCERO.- Examinado el primer motivo no se percibe la lesión por la Sala de instancia del apartado segundo del inciso primero del art. 118 LRJAPAC cuyo tenor literal expresa "que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error en la resolución recurrida".

Argumenta la Sala de instancia que "el documento nuevo" en que se apoya el recurrente para interesar el procedimiento de revisión de oficio no puede incardinarse en el supuesto esgrimido.

Y tal razonamiento es compartido por este Tribunal que en el FJ 3º de su sentencia de 24 de junio de 2008, rec. casación 3681/2005 dice:

"F.J Tercero.- Lógicamente, la primera y más importante de las cuestiones que suscita un supuesto como el que enjuicamos, es si sentencias como aquellas en que se sustentan los recursos extraordinarios de revisión pueden ser incluidas entre los "documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida" a que se refiere la causa 2ª del número 1 del repetido artículo 118 de la Ley 30/1992. La respuesta, como vamos a razonar, debe ser negativa.

Esta Ley, modificando la redacción que entonces tenía la correlativa causa 2ª del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que fue interpretada en el sentido de referirse sólo a documentos anteriores a la resolución objeto de

revisión, permite ahora incluir en tal causa, también, los documentos posteriores.

Pero esos documentos, aunque sean posteriores, han de ser, como dice el artículo 118 y decía el artículo 127, "de valor esencial para la resolución del asunto"; y han de ser unos que "evidencien el error de la resolución recurrida". Estos términos, estas frases, apuntan ya a la idea de que los documentos susceptibles de incluirse en la repetida causa 2ª, aunque sean posteriores, han de ser unos que pongan de relieve, que hagan aflorar, la realidad de una situación que ya era la existente al tiempo de dictarse esa resolución, o que ya era la que hubiera debido considerarse como tal en ese momento; y, además, que tengan valor esencial para resolver el asunto por tenerlo para dicha resolución la situación que ponen de relieve o que hacen aflorar.

Son documentos que, por ello, han de poner de relieve un error en el presupuesto que tomó en consideración o del que partió aquella resolución. En este sentido, sí es posible que sentencias judiciales que hagan aflorar la realidad de tales situaciones lleguen a ser incluidas entre los documentos a que se refiere la causa 2ª.

Pero lo que no cabe incluir son sentencias que meramente interpretan el ordenamiento jurídico aplicado por esa resolución de modo distinto a como ella lo hizo.

Ni tan siquiera aunque se trate de sentencias dictadas en litigios idénticos o que guarden entre sí íntima conexión.

No cabe, porque entonces el recurso extraordinario de revisión, apartándose de su específica naturaleza y finalidad, se transformaría contra la armonía del sistema en una especie de instrumento hábil para extender los efectos de esas sentencias más allá del ámbito subjetivo a que se refiere el artículo 72 de la Ley de la Jurisdicción en sus números 2 y 3.

.../...

Por fin, otra de las razones que abona la conclusión de que en la causa 2ª del número 1 del artículo 118 de la Ley 30/1992 no deben incluirse las sentencias que meramente interpretan el ordenamiento jurídico de modo distinto a como lo hizo la resolución administrativa objeto de revisión, incluso aunque se trate de sentencias dictadas en litigios idénticos o que guarden entre sí íntima conexión, es el régimen dispuesto para la extensión de efectos de las sentencias en los artículos 110 y 111 de la Ley de la Jurisdicción.

En efecto, estos artículos, a pesar de requerir como punto de partida que los interesados en la extensión se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el

fallo (artículo 110.1.a)), o que los recursos distintos a los fallados tengan idéntico objeto que éstos (artículo 111, en conexión con el artículo 37.2), ordenan que no procederá la extensión de efectos si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo (artículo 110.5.c), al que también se remite el artículo 111).

La conclusión que alcanzamos y no la contraria es, además, la que cabe deducir de algunas sentencias este Tribunal Supremo dictadas después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992.

Así y como más significativas, se desprende del estudio de las de 10 de mayo de 1999, 12 de noviembre de 2001, 30 de septiembre de 2002 y 19 de febrero de 2003, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 664/1995, 6752/1997, 9417/1998 y 5409/1999".

Lo que acabamos de reproducir es perfectamente extrapolable al supuesto de autos lo que conduce a la desestimación del primer motivo. Pues, al amparo de un pronunciamiento judicial dictado en un proceso concreto se pretende la reapertura de otro distinto.

CUARTO.- Tampoco prospera el segundo motivo.

Olvida el recurrente que nos desenvolvemos en el ámbito de un recurso administrativo de revisión regulado en el art. 118. LRJAPAC. Carecen, pues, de relevancia la invocación de preceptos sobre la carga de la prueba procesal, art. 217 y 281. LEC.

No incumbía, por tanto, al Tribunal de instancia conocer o no la firmeza de la sentencia del TSJC esgrimida como causa de revisión ya que su aportación se realizó en su condición de documento. Y, a mayor abundamiento, su firmeza tampoco proyectaba los efectos pretendidos tal cual hemos expuesto en el razonamiento jurídico precedente al no acoger el primer motivo de casación.

QUINTO.- Finalmente el tercer motivo alega infracción del art. 14 CE.

El art. 14 de la vigente Constitución prohíbe las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios o juicios de valor generalmente aceptados y como insiste la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas la STC 33/2006, de 13 de febrero FJ3, con cita de otras anteriores) "las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deban ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos".

Pero, además, de la igualdad ante la ley, se protege la igualdad en la aplicación de la ley exigiendo un amplio conjunto de requisitos para entenderla producida (STC 2/2007, de 15 de enero FJ2).

Y entre los citados presupuestos se encuentra la existencia de un término de comparación, dado que el juicio de igualdad solo puede realizarse comparando, bien resoluciones judiciales, STC 130/2007, de 4 de junio, FJ3, bien aplicaciones distintas de las normas por los órganos administrativos no valoradas por los órganos judiciales.

Aquí el recurrente realiza prolijas argumentaciones acerca del distinto resultado derivado en las solicitudes del ABS Gavà y ABS Gavà 2.

Más con los antedichos razonamientos olvida que no estamos enjuiciando una sentencia que examinara a su vez si una determinada concesión de autorización de oficina de farmacia era o no ajustada a derecho.

No debe olvidarse que el recurso de casación lo es contra una sentencia que declara ajustada a derecho la resolución administrativa que inadmitió a trámite un recurso extraordinario de revisión amparo en la pretendida existencia de documentos nuevos de valor esencial que evidencian el error en la resolución recurrida.

Y, en cambio, los argumentos que se traen a la presente causa se refieren al fondo del asunto que tanto la sentencia de instancia, como esta nuestra al rechazar el primer motivo de casación, ha reputado ajustado a derecho.

Tampoco prospera el tercer motivo.

SEXTO.- Procede hacer expresa imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 LJCA y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima por honorarios del Letrado, sin perjuicio de la posible reclamación, en su caso, del cliente de la cantidad que se estime procedente.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

## FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de D. Apolonio contra la sentencia desestimatoria de fecha 27 de junio de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña, Sección Quinta, en el recurso núm. 899/03, deducido por aquel contra la resolución desestimatoria presunta por silencio administrativo del recurso de revisión.

sión formulado por el actor contra la resolución de 12 de enero de 1998 del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña, que a su vez desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona de 10 de diciembre de 1996, por el que se denegó la apertura de una oficina de farmacia en el área básica de salud Gavà-1.

Posteriormente el recurso fue ampliado posteriormente a la resolución de 20 de mayo de 2004 de la Sra. Consejera de Sanidad y Seguridad Social, que inadmitió a trámite el citado recurso extraordinario de revisión. Sentencia que se declara firme

con expresa imposición de costas en los términos reflejados en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Celsa Pico Lorenzo.- Antonio Martí García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, D<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certificado.

ral según lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la LPL.

En el presente supuesto, en el momento de la conciliación judicial, la Sala advirtió a la demandante de la satisfacción de su interés mediante el acuerdo ratificado por ambas partes y que supuso la desconvocatoria de la huelga que pretende que se declare ilegal.

La demandante se ratificó en la demanda por lo que el juicio se celebró. Ello no obsta para que debamos desestimar la demanda por considerar que el interés tutelable no existe una vez firmado el acuerdo de 31 de octubre de 2007 entre la demandante y la demandada y que el mismo día desconvocó la huelga comunicada el 14 de septiembre.

La demanda es contraria a la doctrina de los actos propios, puesto que la demandante aceptó el acuerdo transaccional y lo ratificó con su firma". Y en atención a tales argumentos desestimó la demanda.

Frente a dicha sentencia interpuso la empresa demandante el recurso de casación ordinario o tradicional que se examina articulado en tres motivos, amparados todos ellos en el art. 205. e) de la Ley de Procedimiento Laboral. Denuncia en el primero la infracción de los arts. 22 LEC y 17.2 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 8 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

En el segundo la de los artículos 11 y 17.2 del Real Decreto-Ley que acabamos de citar. Y en el tercero la del art. 24 de la Constitución.

SEGUNDO.- Como hemos dicho, la recurrente Renfe-Operadora denuncia en el primer motivo del recurso, la infracción del art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a cuyo tenor:

"1. Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvencción, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconveniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia al tribunal y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará, mediante auto, la terminación del proceso.

2. Si alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocésal a sus pretensiones o con otros argumentos, el tribunal convocará a las partes a una comparecencia sobre ese único objeto, en el plazo de diez días.

Terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio, im-

niéndose las costas de estas actuaciones a quien viere rechazada su pretensión".

E invoca igualmente como infringido el art. 17.2 del RD-Ley 17/1977 de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo que prescribe que " Cuando los trabajadores utilicen el procedimiento de conflicto colectivo de trabajo no podrán ejercer el derecho de huelga ".

Con apoyo en ambos preceptos sostiene que el hecho de haber llegado a un acuerdo con los convocantes de la huelga que puso fin a la misma, en nada afecta a su interés en que se declare su ilegalidad, por contraria a lo establecido en el RD-Ley citado y al principio de la buena fe.

La CGT, haciendo suyos los argumentos de la sentencia recurrida, se opuso en su escrito de impugnación a este primer motivo del recurso, alegando, en síntesis, que Renfe-Operadora carece de acción para pedir tal declaración porque su posible interés había desaparecido con anterioridad, incluso, a la fecha de la interposición de la demanda, al firmar el acuerdo con el que se puso fin a la huelga, con lo que actúa contra sus propios actos.

Por su parte el Ministerio Fiscal ha emitido informe en el sentido de considerar que si existe para la empresa un interés que merece ser tutelado judicialmente por lo que el recurso debe ser estimado, si bien no con un pronunciamiento de fondo, como se interesa en el recurso, sino con remisión de las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para que resuelva sobre el fondo de asunto.

TERCERO.- La secuencia de los hechos que son de interés para resolver la cuestión planteada en el primer motivo del recurso fue la siguiente:

a) El 1 de agosto de 2007 Renfe-Operadora y el Comité General de la empresa suscribieron un preacuerdo con el que pusieron fin a varios conflictos planteados por los colectivos de Mandos Intermedios, Maquinistas Jefes de Tren y Supervisores de Servicios a Bordo; en él acordaron "la apertura de un proceso de movilidad geográfica dentro de las citadas categorías", así como que "en el caso de ser necesarios recursos adicionales, las plazas correspondientes se proveerán de forma acordada teniendo en cuenta la Norma Marco de Movilidad".

Y el 3 siguiente la empresa y los sindicatos con presencia en el Comité General suscribieron un documento de desarrollo del preacuerdo anterior, en el que fijaron los pasos temporales a seguir en el proceso de movilidad geográfica y, en caso de ser éste insuficiente, la aplicación de la Norma marzo de Movilidad".



TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 14 mayo 2009. Ponente: D. Joaquín Samper Juan

Pese a haber sido desconvocada

## Derecho de empresa a ejercitar la acción declarativa de ilegalidad de una huelga

*Estima parcialmente el TS el recurso de casación interpuesto por la demandante Renfe Operadora declarando que la misma tiene un interés real y actual para ejercitar la acción declarativa de ilegalidad de la huelga convocada.*

*Según la Sala, la desconvocatoria de la huelga en el momento de interposición de la demanda de conflicto colectivo, por satisfacción extraprocésal del interés del sindicato convocante mediante el acuerdo ratificado por ambas partes, no implica una carencia sobrevenida del objeto del proceso, pues el objeto no era obtener el cese de la huelga sino su declaración de ilegalidad, y este interés persiste aun cuando se desconvocó la huelga por el acuerdo alcanzado. De admitir que una vez desconvocada la huelga ya no cabe interponer demanda para la declaración de su ilegalidad, sería tanto como despojar a la empresa de ese derecho y dejar su ejercicio al arbitrio del comité de huelga, que podría impedir su calificación judicial y cercenar el derecho de la empresa con solo desconvocar la huelga.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa "Renfe-Operadora" presentó el 22 de noviembre de 2007 demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y contra el "Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo" (en adelante CGT) y su Comité de Huelga en petición de que "se declare ilegal la huelga convocada por los demandados" el 14 de septiembre anterior, dado que el citado Sindicato había planteado demanda de conflicto colectivo el día 10 de

septiembre y el art. 17.2 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 8 de marzo prohíbe, en tal caso, ejercitar el derecho de huelga.

La sentencia de 22 de mayo de 2008 (autos 210/2007) de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, al examinar la posible existencia de un interés tutelable de la empresa demandante en el momento de presentar la demanda para que se declarase la ilegalidad de la huelga, señala en síntesis, "que debemos tener en cuenta lo dispuesto en el art. 22 de la LEC, de aplicación al proceso labo-



b) El 10 de septiembre la CGT interpuso demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional relativo a "las convocatorias sobre movilidad geográfica" que fueron pactadas el 1 de agosto anterior entre la empresa y su Comité General".

c) El 12 de diciembre la CGT presentó la papeleta de conciliación de dicho conflicto colectivo. Y El 24 siguiente se celebró, sin avenencia, la conciliación ante el SMAC.

d) El 14 de septiembre la CGT comunicó a la empresa la convocatoria de una huelga de 24 horas para los días 28 y 30 de septiembre, desde las 6,30 a las 9,30 y desde las 18,30 hasta las 21,30 para el 29 de septiembre; y a partir del día 1 de octubre, inclusive todos los días y de forma indefinida de 1 a 4, de 6,30 a 9,30 y de 16,30 a 21,30, con el objetivo de lograr una convocatoria de "movilidad funcional" para las categorías ya mencionadas en el apartado a) anterior.

e) El 3 de octubre Renfe-Operadora presenta papeleta de conciliación ante el SMAC previa a conflicto colectivo para que se declarara la ilegalidad de la huelga. El acto de conciliación, celebrado sin avenencia, tuvo lugar el día 17 de octubre.

f) El día 31 de octubre, la empresa y el Comité de Huelga de la CGT llegaron a diversos acuerdos respecto de las categorías antes indicadas. Y ese mismo día el Comité de huelga da por superado el conflicto y desconvoca la huelga indefinida.

g) El 22 de noviembre la empresa presentó la demanda origen de este procedimiento. Y el 11 de diciembre la CGT presentó ante la Audiencia Nacional escrito por el que desistió del conflicto colectivo al que se ha hecho mención en el apartados b) y c) anteriores.

CUARTO.- Ya hemos dicho en ocasiones anteriores que "la doctrina científica y judicial mayoritaria considera el derecho de acción, como el derecho a acudir a los órganos judiciales y obtener en el proceso un pronunciamiento de fondo sobre los derechos sustantivos de los que el accionante afirma ser titular o tener un interés legítimo respecto de ellos.

Ahora bien, ese pronunciamiento de fondo puede no llegar producirse si se alega por la contraparte la denominada, en la praxis, excepción de "falta de acción" y se prueba la inexistencia de la titularidad o de la posición de interés legítimo que en relación con el derecho sustantivo esgrime el accionante para recabar su tutela. Cabe pues afirmar que la excepción sólo puede ser acogida frente a quien no es titular o carece de dicho interés". (s. de 18-7-02 (rcud. 1289/01), por todas).

Y es también doctrina reiterada de esta Sala que "para el ejercicio de acciones declarativas resulta necesario que el titular acredite una lesión actual de su propio interés, lo que presupone la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción.

No pueden pues plantearse al Juez cuestiones futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses de la parte demandante, ni cabe solicitarle una mera opinión o consejo.

De modo que solo allá donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá un correlativo derecho a obtenerla de los Jueces y Tribunales. Pero si concurre, habrá de admitirse la demanda y resolver el fondo de la correspondiente acción" (ss. de 18-7-02 (rcud. 1289/01) y 20-9-06 (rec.81/05) entre otras).

QUINTO.- En el caso, resulta evidente que la demandante "Renfe-Operadora", como empresa que soportó la huelga convocada por la CGT y las consecuencias que de ella se derivaron, es titular de un interés legítimo que le permitía, ex. art.17.1 LPL, ejercitar una acción de conflicto colectivo ante los tribunales del orden social para que se declarara su ilegalidad.

Y tanto es así que ese interés, al menos en su existencia inicial, no ha sido cuestionado ni por los codemandados ni por la sentencia que se recurre.

Lo que se puso en cuestión por los primeros y se aceptó por la resolución judicial recurrida es que ese interés, que era evidente en la fecha de la presentación de la papeleta de conciliación (en que la situación de huelga se mantenía), había desaparecido en el momento de la interposición de la demanda al haber logrado la empresa "la satisfacción (extraprocesal) de su interés mediante el acuerdo ratificado por ambas partes y que supuso la desconvocatoria de la huelga que pretende sea declarada ilegal", con la consiguiente carencia sobrevenida del objeto del proceso.

SEXTO.- No es esa, sin embargo, la conclusión a la que llega la Sala. El objeto de este proceso, no es obtener el cese de la situación de huelga, sino la declaración de su ilegalidad, única pretensión de la demanda y del recurso de casación.

Y es claro que ese interés legítimo de la empresa recurrente persiste aun cuando la huelga fuera desconvocada en virtud del acuerdo alcanzado.

Pues como ya señalamos en la sentencia de 22-11-00 (rcud. 1368/00), dictada precisamente en relación con una huelga también finalizada en la fecha de interposición

de la demanda, "la declaración como ilegal de una huelga encierra en sí misma ese interés actual digno de tutela que la jurisprudencia exige, cual esta Sala ha tenido ya ocasión de reconocer en reiteradas ocasiones, como puede apreciarse en las sentencias de 5-10-1998 (rcud. 254/98) y 17-12-1999 (rcud. 3163/98).....

Pues en tales situaciones ha de admitirse, al decir de la sentencia últimamente citada "un interés legítimo" en deshacer la incertidumbre jurídica sobre la licitud o ilicitud de las medidas de conflicto o prácticas huelguísticas que constituyen el objeto del proceso", teniendo en cuenta, añadiríamos aquí, no solo los efectos directos sino los efectos colaterales que una declaración de licitud o ilicitud de la huelga produce no solo en el ámbito de las relaciones colectivas entre el Sindicato convocante y la empresa, sino incluso en el de las relaciones individuales de trabajo, lo que indudablemente se traduce en la constatación de un interés efectivo y actual justificativo de la aceptación de tales acciones".

El simple hecho de que la huelga fuera desconvocada antes de la interposición de la demanda, no provocó la pérdida de ese interés actual y real de la empresa, que sigue vivo pese a la desconvocatoria; pues una cosa es el desarrollo de la huelga y negociar su conclusión, y otra muy distinta obtener una calificación jurídica que puede condicionar futuras actuaciones tanto empresariales como sindicales.

De ahí que el interés por la declaración de ilegalidad, trascienda al hecho mismo de la huelga y se mantenga vivo aun después de ser ésta desconvocada.

Además, aceptar la tesis que sostienen los recurridos de que finalizada la huelga ya no cabe interponer demanda para que se declare su ilegalidad, sería tanto como despojar a la empresa de ese derecho y dejar su ejercicio al arbitrio del comité de huelga, que podría impedir su calificación judicial y cercenar el derecho de la empresa con solo desconvocar la huelga.

SEPTIMO.- Tampoco cabe hablar de una carencia sobrevenida del objeto del proceso. Esta solo se hubiera producido si los convocantes de la huelga hubieran reconocido expresamente su ilegalidad y la empresa se hubiese dado por satisfecha con ese solo reconocimiento y renunciado al ejercicio de la acción de conflicto colectivo.

Pero ocurre, de un lado, que la papeleta de conciliación la presentó la empresa el 3 de octubre, cuando ya existía situación de huelga y el acto se celebró el 17 siguiente, como da cuenta el hecho probado decimotercero, sin avenencia al oponerse a la

pretensión de Renfe tanto la CGT como su Comité de Huelga.

Y de otro, que la lectura del documento suscrito por las partes el 31 de octubre de 2007 (expresamente invocado en el hecho probado décimo de la sentencia recurrida) pone de manifiesto que los únicos acuerdos que se alcanzaron en dicha fecha son los que literalmente se recogen en el décimo de los hechos probados de la sentencia recurrida, y aparecen transcritos en los antecedentes de esta resolución; y todos ellos se refieren a medidas a adoptar en relación con el colectivo de conducción, sin incluir pacto o acuerdo alguno sobre la calificación de la huelga como legal o ilegal, ni ningún compromiso por parte de la empresa de renunciar a la interposición del conflicto colectivo ya anunciado.

La empresa se limitó, por tanto, a poner en juego todos los medios a su alcance, pactos incluidos, por conseguir poner fin a la huelga y a los indudables perjuicios que ella le ocasionaba, pero sin renunciar a su legítimo derecho a obtener una calificación judicial de aquella, por lo que al interponer la demanda origen de este procedimiento y sostener luego su pretensión, no ha incurrido en ninguna conducta que fuera contraria a sus actos anteriores.

No existe norma legal alguna que condicione el ejercicio de la acción declarativa de ilegalidad de la huelga a que la empresa que la padece no alcance acuerdos para ponerle fin.

OCTAVO.- La conclusión de lo hasta ahora razonado es que no fue acertada la decisión de la sentencia recurrida de dejar imprejuizado el fondo de la cuestión que planteaba la demanda. Procede, por tanto, la estimación del primer motivo del recurso interpuesto por Renfe-Operadora si bien con las consecuencias que señala el Ministerio Fiscal de casar y anular la sentencia recurrida, pero no para resolver la cuestión de fondo como pretende la recurrente, sino para devolver los autos a la Sala de procedencia para que se pronuncie, con plena libertad de criterio, sobre dicha cuestión. Lo que hace innecesario resolver los restantes motivos del recurso. Sin costas (art. 233.2 LPL).

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

#### FALLO

Estimamos en parte el recurso de casación interpuesto por Renfe-Operadora frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el día 22 de mayo de 2008 (autos 210/2007). Declaramos que la recurrente tiene un interés real y actual para ejercitar la acción declarativa de ilegalidad de la



huelga. Casamos y anulamos dicha sentencia.

Y acordamos devolver las actuaciones a la referida Sala de lo Social para que dicte una nueva sentencia en la que resuelva sobre el fondo de la cuestión planteada, con la más absoluta libertad de criterio. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Luis Fernando De Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- José Luis Gilolmo López.- Joaquín Samper Juan.

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

2009/134886

TS Sala 4ª, Sentencia 1 junio 2009. Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

## Libertad sindical ostentada únicamente por trabajadores

*Frente a sentencia que no declaró vulnerado su derecho a la libertad sindical, recurre en casación la confederación empresarial demandante, siendo desestimado el recurso por el TS.*

*Entiende la Sala que, tanto de la CE como de la LOLS, se deriva que el derecho de sindicación lo ostentan sólo los trabajadores y que la constitucionalidad de esta limitación legal ha sido puesta de manifiesto por el TC.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, desestimó la demanda presentada en nombre y representación de la Confederación de Empresarios de Aragón (CEMCA), frente a la Unión General de Trabajadores de Aragón y la Asociación de Autónomos de Aragón (UPTA), absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra en los autos, de que se declare la nulidad del acto de constitución de la Federación de Asociaciones de Comercio de Aragón, por entender violaba su derecho a la libertad sindical.

La demanda se había planteado por el cauce de defensa de los derechos de libertad sindical, invocándose, en sus fundamentos de derecho, los art. 177 a 180 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La Sala de instancia afirma que el derecho de libertad sindical es ajeno a una asociación empresarial, por lo que, siendo una de ellas la Confederación actora carecía de tal derecho, y procedía la desestimación de la demanda, sin necesidad de estudiar las excepciones procesales opuestas por los demandados.

La Confederación empresarial demandante ha formalizado el presente recurso de casación común que articula en dos motivos. El primero, al amparo del art. 205 d) de la Ley procesal para modificar el relato de hechos probados.

El segundo efectúa la denuncia respecto a la cuestión de fondo, en los términos que se verán.

SEGUNDO.- El primer motivo pretende la incorporación de nuevos apartados al relato de hechos probados de la recurrida, pretensión que ha de ser desestimada por la siguientes razones:

a) No precisa la recurrente cuales puedan haber sido los supuestos errores en la apreciación de la prueba en que hubiera incurrido la sentencia recurrida.

b) No precisa los documentos de los que se deduzca, de manera clara, los nuevos hechos cuya incorporación pretende haciendo referencia a extensos grupos de documentos.

c) Se pretende introducir en el apartado de hechos probados afirmaciones que implican calificación jurídica, acorde con los intereses de la recurrente, tales como que los hechos constituyen conducta antisindical de las demandadas.

d) Finalmente, despojados los relatos que se postulan de las calificaciones jurídicas que contienen, son absolutamente irrelevantes para el fallo del litigio.

TERCERO.- En el segundo motivo denuncia la recurrente la infracción de los art. 7 y 28.1 de la Constitución; art. 13 y Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical; art. 1.3 de la Ley 19/1977 y de los "Convenios Internacionales ratificados por España aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate" (sin precisar cuales sean tales instrumentos internacionales).

La censura no merece favorable acogida. Aunque el art. 28 de la Constitución establezca que "todos tienen derecho a sindicarse", en el propio texto constitucional se evidencia que el derecho de sindicación lo ostentan solo los trabajadores, así

se deduce del propio párrafo 2 del mismo precepto.

El art. 7 enumera a los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, como entes diferenciados. Por su parte el art. 1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, establece con claridad que todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

Y la constitucionalidad de esta limitación legal ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en sentencias de 8 de abril, 14 de mayo de 1992 y 21 de marzo de 1994, donde se afirma que "las organizaciones empresariales no son en todo caso equiparables a los sindicatos de trabajadores. Por más que la Constitución les atribuya análoga relevancia a unas y otros (art. 7), el asociacionismo empresarial no se encuentra tutelado por el específico derecho reconocido en el art. 28.1 CE que se refiere sólo a los sindicatos de trabajadores, como ha de deducirse de la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 28.

Esta es, por lo demás, la interpretación que este Tribunal ha realizado en ocasiones anteriores (ATC 113/1984 y recientemente, STC 52/1992).

Ello no quiere decir, sin embargo, que el tratamiento jurídico de las organizaciones empresariales no tenga condicionantes constitucionales. Por el contrario, la Constitución impone que su creación y funcionamiento sean libres (art. 7) y ello lo garantiza al máximo nivel, si no en virtud del art. 28.1, sí en aplicación de la más genérica libertad de asociación protegida en el art. 22.

En aplicación de los arts. 7 y 22 CE, es preciso concluir que la Constitución garantiza a las organizaciones empresariales un ámbito de inmunidad frente a la actuación de los poderes públicos que se asemeja enormemente a las facultades organizativas de la libertad sindical de los trabajadores, dada la asimilación de unas y otras organizaciones en los instrumentos internacionales ratificados por España e, incluso, a ciertos efectos, en la Disposición derogatoria de la Ley Orgánica de Libertad Sindical".

Tesis la expuesta que fue recibida por esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de julio de 1999 (recurso 5038/19998), donde afirmábamos que "el proceso de tutela de la libertad sindical (apartado k) está reservado al trabajador o sindicato que considera lesionados sus "derechos de libertad sindical", cosa impensable respecto de los miembros de una asociación profesional en cuanto tal, o sea, sometida a la Ley 19/1977, porque entre ambos, que son las partes en

conflicto, no corre cabalmente una vinculación de esa clase, sino otra meramente asociativa; por lo que carece de sentido pedir aquí protección judicial a los Tribunales de trabajo".

Tesis que fue reiterada en la posterior de 10 de diciembre de 1999 (recurso 1188/1999).

El régimen jurídico de las Asociaciones empresariales aparece regulado, fuera de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en la Ley de 1 de abril de 1977 y el RD 873/1977, de 22 de abril, disposiciones que se mantienen expresamente en vigor por la Disposición derogatoria de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Esa exclusión de las asociaciones empresariales del ámbito de la libertad sindical, ha llevado a la doctrina científica a su exclusión de la reserva de ley orgánica (art. 81 CE) y del recurso de amparo (art. 53.2 CE).

Implica lo expuesto que, de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal, hayamos de desestimar el recurso, con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de Confederación De Empresarios De Comercio De Aragón (CEMCA), contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 28 de abril de 2008, recaída en autos número 189/2008, promovidos por la misma parte frente a UGT Aragón Y Asociación Autónomos Aragón Upta, sobre Tutela Libertad Sindical. Con condena en costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Milagros Calvo Ibarlucea.- José Luis Gilolmo López.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Luis Ramón Martínez Garrido.

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



## RESEÑA

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



TS  
CIVIL

2009/72800

TS Sala 1ª, Sentencia 20 abril 2009.

Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Inaplicación de cláusula excluyente de daños corporales al ser limitativa de los derechos del asegurado

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que, ratificando la del juzgado, entendió que no era aplicable la cláusula del contrato de seguro de accidentes concertado entre el actor y la aseguradora demandada, en virtud de la cual se excluían los daños corporales que se determinaran una vez transcurrido un año desde la fecha del siniestro. Considera el TS que las secuelas derivadas de la intervención a la que tuvo que someterse el actor tras el accidente de tráfico aparecen probadas de modo cierto por lo que se podían haber fijado dentro del plazo de un año desde el accidente, pero además añade que, aunque no se hubieran podido determinar dentro del mencionado plazo, no sería aplicable dicha cláusula por ser limitativa de los derechos del asegurado y no haber sido aceptada de forma expresa por el actor ya que se incluyó dentro de las condiciones generales de la póliza.

2009/82784

TS Sala 1ª, Sentencia 30 abril 2009.

Ponente: D. Antonio Salas Carceller

### Improcedente división ante la indivisibilidad jurídica de monumento artístico

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la recurrente contra la sentencia de la AP, casa y anula la resolución, confirmando en su integridad la sentencia dictada por el órgano de instancia, en relación a la demanda sobre división de cosa común. El Tribunal considera, que debe ser acogida la pretensión de la parte recurrente, al acoger el recurso interpuesto, en la medida que de las circunstancias que rodean al bien se desprende una situación de indivisibi-

lidad jurídica, por tratarse de un monumento artístico del siglo XVII con propiedad única a lo largo de su historia, considerándose el conjunto monumental como una unidad en lo que afecta al terreno y a la edificación; siendo necesaria una calificación del bien como indivisible, la solución ha de venir dada por el mantenimiento íntegro del conjunto y que la división de la comunidad -no del bien- se lleve a efecto mediante la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.



TS  
PENAL

2009/101673

TS Sala 2ª, Sentencia 12 mayo 2009.

Ponente: D. José Manuel Maza Martín

### Inexistencia de eximente de legítima defensa en riña mutuamente aceptada

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por sendos delito de lesiones. El TS viene a rechazar la existencia de una situación de legítima defensa, al hallarnos ante una riña, no sólo aceptada por ambos contendientes, sino planteada en términos de equivalencia de recíprocas agresiones, en la que, si el peor parado resultó quien aquí recurre, tan sólo lo fue por el hecho de que su contrincante hiciera uso de un instrumento aún más peligroso que el taburete aludido, al tratarse de un puñal, navaja o arma punzante y cortante, de características similares a aquellas.

2009/101676

TS Sala 2ª, Sentencia 20 mayo 2009.

Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

### Entrada y registro domiciliario en delito de tráfico de drogas

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delito de tráfico de drogas. El TS considera que el juez tuvo a su disposición en el momento de acordar la entrada y registro en el domicilio, datos objetivos suficientes que demostraban la necesidad de tal medida, y aunque no es una forma correcta de proceder, pues debe extremarse el

cuidado en comprobar el contenido de la resolución judicial por parte de quien la dicta, en el caso no trasciende hasta el extremo de anular la decisión, pues el contenido del oficio policial, que se integra en la resolución, es suficientemente expresivo en los aspectos fácticos que incorpora, con los que lógicamente se ha de relacionar la decisión judicial.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2009/171718

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 30 junio 2009.

Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

### Aplicación del régimen de recursos previsto en la disp. trans. 1ª Ley 29/1998

El TS declara la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la STSJ de Galicia que desestimó el recurso contencioso administrativo formulado contra la desestimación presunta por el Ayuntamiento de Vigo de la petición formulada con el objeto de que se reconociera el derecho exclusivo para realizar los tráficos de transporte regular de viajeros por carretera entre Vigo ciudad y el Campus Universitario de Vigo. La Sala aplica la doctrina relativa a la aplicación del régimen de recursos establecido en la disposición transitoria 1ª, 2 Ley 29/1998, a las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional en asuntos que son de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que impide, en estos casos, el acceso al recurso de casación ya que éste sólo procede contra las sentencias recaídas en única instancia.

2009/101703

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 21 mayo 2009.

Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

### Incorporar a la marca la silueta de un toro negro igual que el de Osborne

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercan-

til contra la STSJ de Madrid que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas, en cuya virtud fue inscrita la marca mixta "Cortijo La Doctora", con gráfico, para distinguir productos de la clase 43 del Nomenclátor Internacional. La Sala concluye que siendo cierto que no sería procedente inscribir en el Registro de la Propiedad Industrial marcas que, efectivamente, incorporaran sin más la silueta de un toro negro igual que el de Osborne, también lo es que en este caso el signo a cuya inscripción se accedió bien puede considerarse diferente, en su conjunto, de las marcas prioritarias opuestas por quien hoy es recurrente. No es en absoluto irrazonable concluir, como hace el tribunal sentenciador, que los animales de la nueva marca difieren en parte del "toro de Osborne" y que, además y sobre todo, el resto de los elementos propios de aquella la configuran como objetivamente distinta de las opuestas.



TS  
SOCIAL

2009/112236

TS Sala 4ª, Sentencia 5 mayo 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

### Retribución variable devengable en función del tiempo trabajado y el objetivo conseguido

El TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada frente a sentencia que la condenó al abono de la cantidad reclamada en concepto de retribución variable por parte de la trabajadora que causó baja voluntaria en la empresa. La Sala señala que la retribución variable objeto de debate no requiere para su devengo el cumplimiento total de los objetivos estipulados, sino que es posible su devengo en proporción a los objetivos logrados y ello porque la propia denominación del complemento indica de salida que tiene una cuantía variable, lo que evidencia que su devengo no requiere el cumplimiento íntegro de los objetivos; además, al decirse que "se satisfará en función del cumplimiento de los objetivos fijados" se está indicando que la intención de las partes es que el logro total o parcial del objetivo determine la cuantía del complemento y, por último, porque en el presente caso, el propio contrato, al disponer que en el primer año de servicio la cuantía del complemento variable se fijaría en proporción al tiempo trabajado, muestra que fue la intención de los contratantes que el bono se devengaría en proporción a los objetivos conseguidos cada año, por lo que, el actora tiene derecho a la cantidad reclamada.