



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVII. Número 2784

Madrid, lunes 25 de enero de 2010

TS SOCIAL

2009/251616

TS Sala 4ª, Sentencia 23 septiembre 2009. Ponente: D. Joaquín Samper Juan

Exclusión expresa de la póliza

Inexistente derecho a mejora voluntaria de trabajadora que no formaba parte de la plantilla

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa codemandada frente a sentencia que la condenó solidariamente al abono de la cantidad reclamada en concepto de mejora voluntaria en caso de IPA. La Sala señala que hay que estar a la regulación específica de la mejora voluntaria para determinar el momento de inicio de la cobertura y, en este caso, la póliza garantizaba únicamente las contingencias producidas durante la vigencia del contrato de trabajo por lo que su cobertura no es aplicable a quien ya no presta servicios en la empresa, como es el caso de la demandante; por tanto, si la fecha del hecho causante es la fijada como de efectos económicos en la sentencia que declaró la invalidez y, en dicha fecha la trabajadora ya había sido despedida y no formaba parte de la plantilla de la empresa, no puede beneficiarse de una póliza de la que está expresamente excluida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se debate en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la póliza del seguro colectivo de grupo suscrito en beneficio de su personal por la empresa "Bristol Myers Squibb S.L." con la aseguradora "Casser, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A." cubre la incapacidad permanente absoluta por enfermedad común reconocida a la actora de este procedimiento, dadas las circunstancias en que se produjo dicho reconocimiento; y en su caso, las consecuencias que de ello se derivarían para las recurrentes.

La narración histórica de la sentencia que recayó en el Juzgado y que se mantuvo inalterada en suplicación, tiene por probados, entre

otros que no son de interés para el debate, los siguientes hechos:

A/. La actora de este proceso, Sra. Sonsoles, prestaba servicios para la referida empresa cuando el 23 de julio de 2002 inició situación de incapacidad temporal por enfermedad común y causó alta con propuesta de invalidez el 1 de agosto de 2003; tramitado expediente de invalidez, el INSS dictó el 2-10-2003 resolución denegatoria.

B/. El 5 de noviembre de 2003 la actora fue despedida por la empresa, que reconoció la improcedencia del despido en conciliación administrativa celebrada el 24 de noviembre siguiente.

C/. Por resolución de 23 de abril de 2004 el Juzgado de lo Social declaró a la actora en situación de in-

capacidad permanente absoluta con efectos de 3 de diciembre de 2003; la sentencia fue confirmada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en la suya de 13-12-2004.

D/. La empresa tenía suscrita desde el 1 de enero de 2002 una póliza de grupo que cubre la invalidez permanente absoluta por enfermedad común. (Dicha póliza obra unida a los folios 353 a 387 de los autos).

E/. Su Anexo núm. 3 (que la sentencia recurrida tiene expresamente por reproducido en el hecho probado séptimo) está redactado en los siguientes términos: Dado el carácter de mejora voluntaria de las prestaciones de la Seguridad Social que la presente póliza tiene, será vinculante tanto para la Aseguradora como para el Tomador y Asegurados, para la determinación del grado de Invalidez o Incapacidad Permanente la decisión firme de los Órganos Competentes de la Seguridad Social o de los Tribunales, sobre el grado de invalidez por hechos cubiertos por esta póliza.

Así mismo, sin perjuicio de las exclusiones contenidas en el anexo primero a la presente póliza, se entenderá como fecha del hecho causante de las prestaciones de Invalidez dimanantes de esta póliza la fecha de efectos económicos determinada por el Organismo Competente de la Seguridad Social o en su caso el Órgano Jurisdiccional oportuno, sin que en ningún caso se cubran los siniestros cuya fecha de efectos económicos así determinada sea posterior a la fecha de cancelación de la póliza o de la salida del grupo asegurado de cada uno de los Asegurados, con independencia de que la declaración de Incapacidad Permanente traiga causa de cualquier enfermedad o accidente originados durante la vigencia del seguro".

F/. Con fecha 24-10-2005 la actora solicitó a la Aseguradora el pago de la indemnización prevista en la póliza para la invalidez permanente que tiene reconocida, siéndole denegada en 12-12-2005.

SEGUNDO.- La demanda de la trabajadora reclamando el abono de la mencionada indemnización fue desestimada en la instancia. Interpuso la actora recurso de suplicación

SUMARIO

TS

CIVIL

Inexistente vulneración del derecho al honor y a la propia imagen **4**

Intromisión ilegítima en el honor de la SGAE por la Asociación de Internautas **6**

PENAL

Delito de falsedad en documento mercantil en concurso con estafa en grado de tentativa **8**

Concurso medial entre falsedad tentativa de estafa **9**

ADMINISTRATIVO

Carácter prevalente del plan de ordenación de recursos naturales sobre la planificación urbanística **12**

Requerimiento por la Comunidad Autónoma al Estado de copia de autorización de contratación de un servicio de vigilancia con arma **14**

SOCIAL

Inexistente derecho a mejora voluntaria de trabajadora que no formaba parte de la plantilla **1**

Recolocación en puesto adecuado a su capacidad de personal laboral declarado en IPT **3**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

que fue estimado por la sentencia que dictó Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 11 de febrero de 2008 (rec. 4263/2007).

Razona dicha sentencia, en síntesis, que “la situación de incapacidad permanente absoluta en que se encuentra la demandante podría decirse sin incurrir en exageración alguna que, efectivamente, empezó el día 23-07-2002, en que fue dada de baja médica, iniciando el periodo de incapacidad temporal por la misma enfermedad que motivó, finalmente, su incapacidad permanente”; que ese día debe considerarse fecha real del hecho causante; y que en esa fecha la actora pertenecía a la plantilla de la empresa y estaba incluida entre los beneficiarios de la póliza. Y en su parte dispositiva estima el recurso, declara el derecho de la actora a percibir la suma de 48.596,16 euros, y condena solidariamente a la empresa y a la aseguradora a abonarle la citada cantidad, incrementada en el 20% a contar desde la fecha de notificación de dicha sentencia.

Tanto la empresa como la aseguradora han interpuesto contra esta sentencia recurso de casación para la unificación de doctrina, y han impugnado a su vez el formalizado de contrario. El Ministerio Fiscal ha emitido su preceptivo informe. La parte actora se personó ante este Tribunal el 19 de junio de 2009, dos días después de que se dictara la providencia acordado pasar las actuaciones la Ministerio Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 224.2 LPL, por lo que se la tuvo por personada, pero sin retrotraer el curso de las actuaciones.

TERCERO.- La empresa plantea dos motivos de contradicción en su recurso.

Con el primero sostiene que la demanda debe ser desestimada puesto que la póliza, de acuerdo con su Anexo 3º (transcrito en el fundamento primero), no cubre situaciones como la que es objeto de debate, en que la sentencia que reconoció la invalidez permanente a la trabajadora fijó como fecha de efectos económicos el 3 de diciembre de 2003 (fecha ésta que consta expresamente en el relato de hechos probados y en la sentencia obrante a los folios 121 a 125 de los autos y no ha sido cuestionada en ningún momento) y ese día la trabajadora ya no formaba parte de su plantilla al haber sido despedida el 5 de noviembre de 2003. E invoca como sentencia referencial la dictada

el 4 de julio de 2007 en el recurso 1909 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada.

En el relato fáctico de esta sentencia constan, entre otros datos que no son de interés, los siguientes:

A) La empresa tenía concertada póliza de seguros para cubrir la obligación dimanante del Convenio Colectivo de asegurar la incapacidad permanente absoluta por enfermedad común.

B) En las condiciones particulares de la póliza se especificaba que “la calificación de incapacidad permanente absoluta del asegurado corresponderá a las Comisiones Técnicas Calificadoras del INSS, siendo la fecha de ocurrencia del siniestro la indicada en la resolución del INSS como la de efectos económicos”.

C) El trabajador fue despedido el día 2 de abril de 2003.

D) Solicitó pensión de incapacidad permanente el día 7 de noviembre de 2003 y el Instituto Nacional de la Seguridad Social le declaró en situación de incapacidad permanente total por resolución de 19 de enero de 2004 y con efectos económicos iniciales del día 2 de diciembre de 2003 fecha del dictamen del EVI.

E) Por sentencia firme del Juzgado de lo Social de 7 de febrero de 2005 fue declarado afecto de una invalidez permanente absoluta, con la misma fecha de efectos económicos.

CUARTO.- El actor de aquel proceso dedujo demanda frente a la empresa y la compañía aseguradora en reclamación de la indemnización prevista en el Convenio Colectivo para la incapacidad permanente absoluta; y sostuvo que las dolencias que padecía eran anteriores a la fecha de extinción de su contrato de trabajo ya que había estado dado de baja en el 2003 por incapacidad temporal derivada de enfermedad común desde el 17 de enero al 17 de febrero y desde el 3 de marzo al 20 de marzo; y que, por consiguiente, era la fecha de inicio de esa IT la que debía tomarse como fecha del hecho causante.

La sentencia del Juzgado desestimó su pretensión. Recurrió el trabajador en suplicación y la sentencia referencial, que transcribe literalmente gran parte del contenido de la sentencia de esta Sala IV de 28-4-04 (rcud. 2346/2003), desestimó el re-

curso. A tal fin razonó que, de acuerdo con la doctrina unificada hay que estar a las disposiciones de la póliza de seguros que “fijan de manera clara y patente cual es la fecha de efectos”; y en esa fecha el actor ya no tenía la consideración de trabajador de la demandada, por lo que no le eran aplicables las previsiones del Convenio Colectivo.

QUINTO.- Las sentencias sometidas al juicio de comparación son claramente contradictorias. En ambas, los trabajadores demandantes interesan el abono de una indemnización pactada como mejora voluntaria como consecuencia de haber sido declarados inválidos permanentes por enfermedad común, después de pasar previamente por periodo de incapacidad temporal; el contenido de las respectivas pólizas de seguros, en lo que ahora interesa, es prácticamente idéntico pues ambas fijan como fecha del hecho causante la de efectos económicos de la resolución que reconozca la invalidez; y los dos trabajadores fueron despedidos en fecha anterior a la fijada como de efectos económicos en la resolución que les reconoció la invalidez. Sin embargo, mientras que la sentencia referencial desestima el recurso y la demanda por entender que debe prevalecer lo establecido en la póliza, la recurrida ignora su contenido y condena al pago de la indemnización por considerar que no es vinculante la previsión de la póliza.

Es cierto que los supuestos comparados presentan evidentes diferencias:

1ª) En la referencial la póliza se suscribió para cubrir las previsiones de un Convenio Colectivo, mientras que en la recurrida la suscripción de la póliza no es exigencia de un pacto colectivo, sino fruto de una decisión voluntaria de la empresa.

2ª) En la póliza de la sentencia referencial solo se refiere a la resolución del INSS, mientras que la de la recurrida prevé también que la resolución de la Entidad Gestora sea negativa y remite, en tal caso, a la del “Órgano Jurisdiccional oportuno”.

3ª) En el caso de la referencial la póliza no contiene una condición específica similar a la de este caso, que no cubre “los siniestros cuya fecha de efectos económicos así determinada sea posterior a la fecha la salida del grupo asegurado de cada uno de los Asegurados”.

Pero tales diferencias en lugar de eliminar la contradicción la refuer-

zan. Pues es claro que si la referencial exoneró del pago de la indemnización pese a que la póliza se suscribió en cumplimiento de la obligación impuesta por el Convenio Colectivo, con mayor razón habría llegado al mismo resultado en este caso en que la empresa no está constreñida por ninguna obligación semejante y pactó la póliza libre y voluntariamente.

Otro tanto cabe afirmar de la segunda diferencia apreciada, pues la ausencia de remisión al Órgano Judicial en la póliza de la referencial, no enerva su sustancial semejanza con la de la recurrida, puesto que es idéntica la previsión de fijar como fecha del hecho causante la de efectos económicos que establezca la resolución que reconozca la situación de invalidez y no ninguna otra. Finalmente, es igualmente evidente que la conclusión a la que llegó la sentencia referencial, lógica en puros términos de derechos laborales, de liberar del pago por el hecho de haber sido despedido el trabajador en fecha anterior a la de su declaración de invalidez, se habría visto reforzada de haber contado con una estipulación análoga a la que contiene la póliza que es objeto de atención en este proceso, que expresamente exonera de pago cuando en la fecha del hecho causante el trabajador ya ha salido del grupo asegurado al haber dejado de pertenecer a la plantilla de la empresa.

Acreditado el presupuesto de la contradicción que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede pasar a resolver la cuestión planteada por la empresa.

SEXTO.- Sostiene la empresa recurrente que la sentencia recurrida al fijar una fecha de efectos distinta de la prevista en la póliza ha infringido lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, el art. 1.255 del Código Civil en relación con el 1.280 y siguientes, así como la doctrina de este Tribunal Supremo fijada en las sentencias de 26-2-03 y 24-04-04.

La cuestión planteada ha sido ya resuelta por esta Sala IV, a la luz de los preceptos que invoca la recurrente, en sus sentencias, entre otras, de 26-6-03 (rcud. 4518/02), 20-11-03 (rcud 3238/03), 19-1-04 (rcud 2807/02), 28-4-04 (rcud 2346/03), 23-12-04 (rcud 3356/03), 24-5-06 (rcud. 210/05) y 30-4-2007 (rcud. 618/06), estableciendo en ellas doctrina unificada que puede resumirse así:

A/. Las definiciones de los riesgos y contingencias en las mejoras de Seguridad Social instrumentadas como seguros de grupo han de ser, en principio, las precisadas en estos últimos.

B/. Cuando se trata de una mejora voluntaria que, como aquí ocurre, contiene una regulación específica en orden a fijar el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen aplicable, tal regulación tiene que prevalecer en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango. Y a tal solución ha de estarse, pues, aunque pudiera considerarse inconveniente de acuerdo con criterios técnicos de protección, lo cierto es que ésta es la regla que han establecido las partes, y tal opción no vulnera ninguna norma imperativa, no es contraria a al moral y tampoco se opone al orden público, si por él entendemos, como hace la doctrina científica, el constituido por los principios básicos y fundamentales de la organización de la comunidad; ni tampoco supone, en general, la infracción de alguno de los otros límites de la autonomía de la voluntad a que se refiere el artículo 1255 del Código Civil, especialmente teniendo en cuenta que se trata además de una materia esencialmente disponible como la relativa a las mejoras voluntarias.

C/. Si la póliza garantiza únicamente las contingencias producidas durante la vigencia del contrato de trabajo, su cobertura no es aplicable a quien ya no presta servicios en la empresa en la fecha en que la póliza fija como de nacimiento de la protección.

D/. En el caso de que la póliza no contenga una regulación concreta en relación con los riesgos cubiertos o con el momento en que nace la cobertura, o cuando sus términos sean tan imprecisos, oscuros o equívocos que impidan determinar cual fue la voluntad concorde de las partes, la cuestión habrá de resolverse aplicando las reglas y criterios propios de las prestaciones de Seguridad social.

A la vista de la anterior doctrina, resulta evidente que fue la sentencia referencial y no la recurrida la que la aplicó correctamente. Los términos de la póliza que contempla la recurrida son claros e inequívocos, lo que impedía desconocer sus previsiones y acudir a criterios específicos de prestaciones de S. Social para fijar como fecha del hecho causante una distinta de la que pactaron las partes. En el caso, la fecha del hecho causante no puede ser otra que la fijada como de efectos económicos en la sentencia que declaró la invalidez; y como quiera que en esa fecha la trabajadora ya había sido despedida y no formaba parte de la plantilla de la empresa, no puede beneficiarse de una póliza de la que está expresamente excluida.

SÉPTIMO.- La estimación del primer motivo del recurso de la empresa y la declaración de la inexistencia del derecho a la indemnización que reclamaba la actora, conduce necesariamente a su absolución, sin necesidad de examinar el segundo de los motivos que la empresa planteaba con carácter subsidiario y solo para el caso de que no prosperara el primero.

Tal pronunciamiento exige igualmente a la Sala de entrar a resolver el recurso planteado por la compañía aseguradora con el mismo objetivo de que se declarara la inexistencia del derecho a la indemnización por falta de cobertura, pues aun en el caso de que el recurso no pudiera prosperar por una eventual falta de contradicción, la absolución de dicha recurrente sería obligada dado el carácter solidario con que han sido condenadas la empresa y a aseguradora.

Y ello porque es jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo, tanto de la Sala I (sentencias de 13-2-93 (rec. 2450/90), 29-12-2000 (rec. 3445/95) y 18-4-02 (rec. 3401/96) entre otras), como de esta Sala IV (sentencias de 15-6-88, 8-4-1991 (rcud. 1308/1990) y 21-12-00 (rcud. 4383/1999) entre otras) que cuando la estimación del recurso interpuesto por uno de los condenados solidariamente se funda, no en causas subjetivas que solo le afecten a él, sino en la inexistencia del presupuesto que exige la norma jurídica para producir su efecto, el éxito de la actuación procesal de uno de los condenados, alcanza a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta; pues es de toda lógica que la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios al pago, por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que con él fueron solidariamente condenados, ya que otra cosa iría contra la naturaleza y conexidad del vínculo solidario proclamado en los arts. 1.141, 1.148 y concordantes del Código Civil.

Procede en consecuencia con todo lo razonado que la Sala, con estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "Bristol Myers Squibb S.L." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 11 de febrero de 2008 (rec. 4263/2007), case y anule la sentencia recurrida y resuelva el debate de suplicación en términos ajustados a la doctrina unificada expuesta. Lo que comporta la desestimación del recurso de tal clase interpuesto en su día por la actora de este procedimiento, Sra. Sonsoles, y la confirmación de la sentencia de instancia que desestimó la demanda que ésta formuló contra la referida empresa y la aseguradora "Casser, Compañía de

Seguros y Reaseguros S.A." en reclamación de indemnización.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "Bristol Myers Squibb S.L." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 11 de febrero de 2008 (rec. 4263/2007), casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación se desestima el recurso de tal clase interpuesto en su día por la actora de este procedimiento, Sra. Sonsoles, y se confirma la sentencia de instancia que desestimó la demanda que ésta formuló contra la referida empresa y la aseguradora "Casser, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A." en reclamación de indemnización.

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. Gonzalo Moliner Tamboero.- Aurelio Desdentado Bonete.- María Luisa Segoviano Astaburua.- José Manuel López García de la Serrana.- 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.

2009/251615

TS Sala 4ª, Sentencia 16 septiembre 2009. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

Quando exista vacante Recolocación en puesto adecuado a su capacidad de personal laboral declarado en IPT

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del art. 65 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración del Estado, regulador de la movilidad funcional en casos de IP.

La Sala señala, siguiendo doctrina unificada, que la recoloca-

ción del incapaz permanente total se condiciona a la existencia de vacante adecuada a sus condiciones; así pues, en tanto tienen lugar las gestiones pertinentes de recolocación y en tanto se produzca la vacante adecuada, la situación del trabajador de la Administración del Estado declarado IPT es de suspensión de su contrato de trabajo por fuerza mayor temporal, de forma que tanto él como el empresario están exonerados de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa por demora, que aquí no ha lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, versa sobre la interpretación del art. 65 del Convenio Colectivo (único) del personal laboral de la Administración General del Estado (2002), que reconoce a los trabajadores comprendidos en su campo de aplicación el derecho a la "movilidad funcional por incapacidad laboral" del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total. En concreto, se trata de determinar el momento en que tal derecho y el correspondiente deber de la Administración empleadora han de hacerse efectivos, así como las eventuales consecuencias que derivarían de la demora en el cumplimiento de la reincorporación por cambio de puesto de trabajo que establece dicha norma convencional.

Conviene reproducir la disposición citada para un mejor entendimiento de esta sentencia.

Art. 65. Movilidad funcional por incapacidad laboral.- En el caso de declaración de una incapacidad permanente total, la Administración procederá, a petición del trabajador y previas las actuaciones y con las garantías establecidas en el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al cambio de puesto de trabajo por otro más adecuado a la situación del trabajador dando lugar con ello a una novación del contrato. Dicho cambio se comunicará a los representantes de los trabajadores. Los complementos de puesto y aquellos otros que retribuyan una mayor cantidad o calidad en el trabajo, se percibirán de conformidad con las retribuciones que correspondan al nuevo puesto de trabajo, sin perjuicio del mantenimiento en cómputo anual de las retribuciones básicas y, si existe, el complemento personal de unificación, percibiendo en su caso un complemento personal. Si el trabajador no hubiese ejercitado este derecho, mediante la correspondiente solicitud, en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución del Instituto Nacional de la

Seguridad Social por la que se le declara en situación de incapacidad permanente total, se extinguirá la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores “.

En el caso que debemos resolver ahora, una empleada con categoría de cuidadora del IMSERSO, declarada en situación de incapacidad permanente total mediante sentencia judicial, solicitó en octubre de 2002 la recolocación en un nuevo puesto de trabajo al amparo del precepto reproducido. En un primer momento, en febrero de 2004, la Administración, tras diversas gestiones y consultas, le comunicó la inexistencia de plaza vacante.

Poco después, tras reclamar jurisdiccionalmente un puesto de trabajo adecuado a su situación de incapacidad permanente total, la Administración fue condenada a ofertárselo por sentencia de 14 de julio de 2004, lo que se verificó a renglón seguido el 19 de agosto del mismo año, mediante la adjudicación de una plaza de ordenanza en la dirección provincial del Servicio Público de Empleo Estatal en Albacete.

Lo que pide ahora la demandante es la condena a la Administración General del Estado a la reparación de daños y perjuicios por el retraso; el período de demora en que, según la parte, ha incurrido la Administración se inicia el 26 de marzo de 2002, una vez declarada por sentencia su situación de incapacidad permanente total, hasta el 19 de agosto de 2004, fecha de la adjudicación de la plaza por movilidad funcional.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida ha confirmado la sentencia de instancia, que había desestimado la demanda de daños y perjuicios de la actora. Entiende la Sala que la adjudicación de plaza por movilidad funcional prevista en el art. 65 de Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración del Estado ha de esperar hasta la existencia de plaza vacante adecuada, por lo que, al no haberse demostrado en el caso que tal puesto de trabajo existiera, no se ha generado la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de incumplimiento de tal precepto. Una tesis de distinto signo había sostenido la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en sentencia de 11 de noviembre de 2004, aportada y analizada para el juicio de contradicción, por lo que corresponde entrar en el fondo de la cuestión planteada.

TERCERO.- Nuestras sentencias de 4 de abril de 2006 (rec. 310/05) y de 1 de julio de 2009 (rec. 2816/08) han sentado ya doctrina unificada sobre la interpretación del punto controvertido del art. 65 de Convenio Colectivo (único) de la Administración del Estado. De acuerdo con ella, y en los términos del epígrafe de esta

última, la “recolocación del incapaz permanente total se condiciona a la existencia de vacante adecuada a sus condiciones” y mientras tanto “éste no tiene derecho a percibir indemnización alguna por la pérdida de los salarios”.

Las razones a favor de la tesis de nuestras sentencias precedentes, que mantenemos en esta resolución, se pueden resumir en los siguientes puntos:

1) El ejercicio del derecho de movilidad funcional presupone siempre “la existencia de una vacante y la cualificación del trabajador que se destina a cubrirla”.

2) El art. 65 del vigente Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración del Estado “reconoce el derecho del empleado a pedir su recolocación, pero no obliga a la demandada a crear un puesto de trabajo adecuado a sus circunstancias personales, sino solamente a facilitarle uno ajustado a su situación cuando quede vacante”.

3) No generándose de manera automática el deber de reincorporación del trabajador incapacitado a otro puesto de trabajo, la responsabilidad de la Administración por mora sólo se produce a partir del momento en que dispone de vacante adecuada, y no la asigna al trabajador con derecho a ella; lo que, según razona la sentencia impugnada, no ha ocurrido en el caso.

En suma, en tanto tienen lugar las “actuaciones” y gestiones pertinentes de recolocación y en tanto se produzca la vacante adecuada, la situación del contrato de trabajo del trabajador de la Administración del Estado en incapacidad permanente total que solicita la novación de su contrato por reincorporación a otro puesto de trabajo, como apunta la propia sentencia recurrida, es de suspensión del contrato de trabajo; la causa concreta de suspensión a la que se podría asimilar, dentro de la lista legal, es la “ fuerza mayor temporal “ (art. 45.1.i) del Estatuto de los Trabajadores (ET)).

Como tal situación de suspensión, durante ella trabajador y empresario están exonerados “de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”, sin perjuicio de la referida responsabilidad administrativa por demora, que aquí no ha lugar.

CUARTO.- Siendo ajustada a derecho la sentencia recurrida, la conclusión de nuestro razonamiento es que el recurso debe ser desestimado.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina

interpuesto por D^a Mariola, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 17 de junio de 2008, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 18 de octubre de 2006 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete, en autos seguidos a instancia de dicha recurrente, contra el Ministerio de Administraciones Públicas, sobre reclamación de cantidad.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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. Antonio Martín Valverde.- Jesús Gullón Rodríguez.- José Luis Gilolmo López.- María Lourdes Arastey Sahun.- Juan Francisco García Sánchez.

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



2009/158036

TS Sala I^a, Sentencia 6 julio 2009. Ponente: D. José Almagro Nosete

Por publicación de fotografía de funcionario desarrollando su actividad

Inexistente vulneración del derecho al honor y a la propia imagen

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que declaró que no había sido vulnerado el derecho a la propia imagen del actor ya que, partiendo de la existencia de proyección pública del recurrente en su condición de aparejador municipal así como del lugar donde fue tomada la fotografía -las escaleras del ayuntamiento-, y teniendo en cuenta que la imagen se limita a acompañar a las informaciones escritas, tratándose además de una imagen inocua de la que en modo alguno se deriva intención insultante o propósito de mofa, cabe concluir que la publicación por fotografía de la imagen del recurrente no ha vulnerado su derecho a la propia imagen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene su origen en la demanda interpuesta por D. Hermenegildo, ahora recurrente, frente a los ahora recurridos, D. Norberto y “La Opinión de Tenerife S.L, Sociedad Unipersonal”, así como frente a D. Primitivo, a raíz de una serie de informaciones publicadas por el citado periódico en sus ediciones correspondientes a los días 17 a 22, 24, 28 y 29 de noviembre de 2003, 1 y 10 de diciembre de 2003 y 23 de enero de 2004, referidas a la presunta existencia de corrupción urbanística debida a diversas irregularidades que se afirmaban cometidas, entre otros, por el recurrente en su condición de Aparejador Municipal del Ayuntamiento de Arona (Tenerife) con ocasión del ejercicio de sus funciones; informaciones que, junto a la publicación de varias fotografías del actor en algunas de las ediciones, y las manifestaciones que se hacían sobre su mujer e hijo, suponían, en opinión del aho-

ra recurrente, una vulneración ilegítima de sus derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por lo que solicitaba que se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en tales derechos, así como la condena de los demandados a publicar la sentencia en doce ediciones del periódico en la misma forma que las noticias litigiosas, y la condena de los codemandados a indemnizar al actor con la cantidad de 30.000euros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Concretamente, en relación a la colisión entre la libertad de información y el derecho al honor, la Sentencia analiza los requisitos que debe reunir la información para no vulnerar dicho derecho, y recuerda, en este sentido y tras descartar que nos encontremos ante la figura del “reportaje neutral”, que aquélla ha de ser veraz entendida como diligencia del profesional en la comprobación de la noticia, y que el contenido de ésta sea de inte-

res público, requisitos que estima concurrentes en el supuesto enjuiciado por cuanto la información hacía referencia a actividades del actor en su condición de Aparejador del Ayuntamiento de Arona y a otras externas a la misma, pero directamente relacionadas con aquella, desarrolladas a través de entidades mercantiles en las que el actor tenía algún tipo de participación, si no directa, sí a través de familiares, considerando que, aún sin ser propiamente cargo público, sí se puede considerar al actor "personaje público" con deber de soportar las informaciones que sobre sus actividades públicas y privadas se realizaran en la medida en que guardaban relación con el trabajo desarrollado como funcionario público; en cuanto a la veracidad, la Sentencia estima que dicho requisito concurre en el caso concreto por cuanto el periodista se basó en las conversaciones mantenidas con un sobrino del actor y en toda una serie de documentos que reforzaban lo que aquél le transmitía, sin que se pueda exigir mayor diligencia en la averiguación de la verdad, teniendo en cuenta el carácter oculto con el que se suelen producir las tramas de corrupción urbanística, y sin que ello se vea contrarrestado por los testimonios aportados por la parte actora, al provenir estos de personas que podrían estar directamente implicadas en dicha trama.

Es por ello por lo que la Sentencia considera que no se vulnera el derecho al honor del recurrente como tampoco el derecho a la intimidad tomando en consideración el interés público del asunto sobre el que se informaba. Por lo que se refiere al derecho a la propia imagen que el actor estima vulnerado por la publicación de diversas fotografías del mismo tomadas con teleobjetivo a la salida del Ayuntamiento, y que acompañaban a alguna de las publicaciones, la Sentencia declara que no existe vulneración de ese derecho conforme al art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, cuando la fotografía se publique a efectos de mera información y no con fines publicitarios, sino porque exista un interés relevante.

Finalmente, en relación con la vulneración de su derecho a la intimidad familiar, la Sentencia estima que las referencias efectuadas a la mujer y al hijo del actor eran aisladas y se hacían únicamente para poner de manifiesto la existencia de un importante patrimonio que podía tener su origen en las actividades imputadas al actor, sin que en momento alguno se identificara a aquéllos y sin implicarles en la actividad denunciada.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor y ello por cuanto, si bien en lo que se refiere al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad del apelante, acoge los argumentos de la Sentencia de primera instancia, sin embargo se aparta de

ella en lo referido a la vulneración de la intimidad personal y familiar del actor al entender la Audiencia que las referencias efectuadas al patrimonio del actor así como al lugar de residencia de su hija, el lugar donde habían estudiado sus nietos, o la existencia de joyas y pieles en sus casas además de la alusión a la ciudad en que el actor y su familia realizaban sus revisiones médicas, carecían de relevancia pública y no guardaban relación alguna con el grueso de la información transmitida, a diferencia de las referencias a las sociedades en que los familiares participaban, que sí estaban directamente conectadas con la información publicada.

Por ello, en relación a esos datos personales que la Audiencia considera irrelevantes, declara la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del actor y reconoce a este una indemnización de mil quinientos euros atendiendo a la escasa gravedad de la lesión y al total interesado en su demanda por el actor, condenando a los demandados a abonar solidariamente dicha cantidad y a publicar en el periódico el encabezamiento y fallo de la Sentencia.

SEGUNDO.- Recurre en casación frente a la anterior Sentencia el actor y apelante Sr. D. Hermenegildo, articulando su recurso en dos motivos, ambos por el cauce adecuado del ordinal 1º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el motivo primero se denuncia la vulneración de su derecho al honor con infracción del art. 7.7º de la L.O. 1/1982 en relación con el artículo 18.1 de la Constitución Española y ello por cuanto:

a) las informaciones publicadas suponen la imputación de una serie de hechos delictivos que menoscaban su fama y atentan contra su estimación personal y profesional, sin que se den los requisitos para que prevalezca la libertad de información por cuanto el recurrente no es personaje público en la medida en que no administra poder público;

y b) la noticia no es veraz al basarse en una única fuente que mantiene enemistad con el actor y no haber sido objeto de oportuno contraste. En el motivo segundo se denuncia la vulneración de su derecho a la propia imagen con infracción del art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/82, en relación con el art. 18.1 de la Constitución.

Estima el recurrente que la difusión de la fotografía no ha sido objeto de adecuada ponderación por la Audiencia y ello por cuanto ni la profesión de aparejador municipal tiene notoriedad o proyección pública, ni se contó con autorización del actor para la captación de su imagen, a lo que debe unirse la falta de veracidad de la información a la que acompañaba la fotografía, encabeza-

da por el titular "CORRUPCION URBANÍSTICA EN ARONA", considerando el recurrente que en modo alguno puede decirse que las fotografías fueran accesorias de la información publicada.

La resolución de este recurso exige el análisis de varias cuestiones especialmente trascendentes en relación con la vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen, invocadas por la parte recurrente en la defensa de su tesis. Así, comenzando por el motivo primero, nos encontramos nuevamente con un supuesto de colisión entre dos derechos fundamentales protegidos como son el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, conflicto en relación con el cual tradicionalmente se sostiene tanto por esta Sala (SSTS de 19 de julio de 2006 en recurso 2448/2002, 18 de julio de 2007 en recurso 5623/2000, 31 de enero de 2008 en recurso 263/2001 y 18 de septiembre de 2008 en recurso 2251/2002, entre otras), como por el Tribunal Constitucional (SSTC 54/2004 de 15 de abril, 58/2003 de 15 de septiembre y 61/2004 de 19 de abril), que estos derechos no tienen carácter absoluto y que si bien la libertad de información ostenta una posición prevalente sobre los derechos de la personalidad, ello no significa que pueda ejercerse de forma incondicional o absoluta, de manera que habrá de prevalecer la libertad de información siempre y cuando ésta tenga por objeto un asunto de interés general, de relevancia pública por la materia y las personas, y que la información sea veraz, así como que la exposición de la información no se realice de forma injuriosa o insultante.

Sólo en los supuestos en que la información es de interés público, puede exigirse que aquellos que se ven afectados por la misma la soporten en aras del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad.

A ello debe añadirse que en aquellos supuestos en los que se ataca la actividad laboral de alguien, el ataque al prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar con repercusión en el ámbito social, debe revestir cierta intensidad de manera que, como ha dicho la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2007 y reitera la de 18 de septiembre de 2008 « no basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que es menester la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; cosa que dependerá de las circunstancias del caso ».

Todo ello determina que no se puedan fijar apriorísticamente los

verdaderos límites o fronteras de ambos derechos, de manera que habrá de atenderse a las circunstancias concretas del caso, interpretando el texto en su conjunto y atendiendo al elemento intencional de la noticia.

Sentado lo anterior, se niegan por la parte recurrente en el primer motivo de su recurso el interés público de la noticia, así como su veracidad, y la condición de personaje público del recurrente.

Realizando el necesario juicio de ponderación sobre el caso concreto que exige este tipo de conflictos, y en relación a la existencia de interés público, nos encontramos ante una serie de noticias, difundidas en un diario de ámbito local, que iban referidas a poner de manifiesto una serie de irregularidades cometidas, entre otros, por quien ostentaba la condición de Aparejador Municipal, algunas con ocasión de su actividad laboral al informar los expedientes para la concesión de licencias urbanísticas, y otras en relación con la actividad de determinadas sociedades mercantiles dedicadas a materia urbanística en las que, bien directamente, bien a través de familiares cercanos, el actor ostentaba algún tipo de participación.

Considerando que las noticias publicadas versan sobre la existencia de corrupción urbanística en relación con la industria inmobiliaria desarrollada en una localidad del Sur de Tenerife como sustento del turismo, principal fuente de ingresos, es evidente el interés público de las noticias difundidas por el diario "La Opinión de Tenerife", por lo que debe rechazarse esta parte de su argumentación.

Especialmente controvertida por el recurrente es la condición de personaje público que se le atribuyen tanto por la Sentencia de primera instancia como por la dictada por la Audiencia Provincial. Así, afirma el recurrente que, en la medida en que no es concejal ni persona que administre un poder público, no se le podría considerar como personaje público, y de ahí que su derecho al honor se encuentre tan protegido como el de cualquier ciudadano anónimo.

Dicho argumento no puede ser tomado en consideración y ello por cuanto olvida el recurrente que conforme a reiterada doctrina, tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional, la condición pública de las personas se predica no sólo de aquellos que ostentan un cargo político, sino también de quienes ejercen una función pública además de todos aquellos que entran en relación con la actividad de que se trata (SSTS de 11 de octubre de 2001 y 26 de septiembre de 2008), por lo que resulta lógico que cuando se informa sobre determinada actividad y sobre la existencia de un posible delito en su desarrollo, se mencione a cuantos

tengan intervención en la misma, habiéndose declarado igualmente que no puede hablarse de la existencia de intromisión ilegítima cuando se informa de actos y conductas privadas de un personaje público si la información se refiere al ámbito en que la personalidad del ofendido es relevante (en este sentido, Sentencia de 22 de junio de 2004 en rec. núm. 1957/2000).

En el presente caso, al versar la información publicada sobre la existencia de irregularidades en la tramitación de los expedientes urbanísticos con un presunto trato de favor a entidades participadas de algún modo por el recurrente, y siendo éste el Aparejador Municipal que informaba los expedientes sobre los que ulteriormente se concedían o no las licencias por las personas que ostentaban las facultades para ello, es evidente que la información se encontraba directamente relacionada con la actividad ejercida por el recurrente, por lo que desde este punto de vista, igualmente, no puede apreciarse la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente.

Por lo que se refiere al requisito de la veracidad, las alegaciones al respecto realizadas por la parte recurrente carecen de consistencia por las razones siguientes.

En primer lugar, porque la apreciación de la veracidad de una información (noticia o comunicación) por el juzgador de apelación supone un juicio de hecho, y por consiguiente excluido del recurso de casación en el que no cabe cuestionar los juicios fácticos de la resolución recurrida, máxime cuando para atacar la concurrencia de este requisito el recurrente critica la valoración de la prueba testimonial realizada por la Audiencia al argumentar que el testigo principal se encontraría íntimamente enemistado con el recurrente pese a la relación familiar existente entre ellos, por lo que dicho testimonio debería haberse valorado con arreglo a la sana crítica.

La materia corresponde al recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que el planteamiento de esta cuestión en sede de casación desvirtúa el sistema legal de recursos, sin que nada obste a ello el hecho de que nos hallemos ante derechos fundamentales pues, aparte de que el derecho a la tutela judicial efectiva es bilateral, el tema de los recursos, salvo la incidencia de la arbitrariedad o irrazonabilidad, pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria.

En segundo lugar, sin detrimento de lo anterior, la realidad de los hechos, o cuando menos la apariencia fundada de verosimilitud de los mismos al tiempo en que tuvo lugar la comunicación pública, no se ha conseguido desvirtuar en absoluto en el recurso, por cuanto de la prueba

practicada a instancias del recurrente a que alude en el recurso no puede desvirtuar la existencia de una serie de datos ciertos como son la condición de Aparejador Municipal del recurrente; su intervención en la información de expedientes urbanísticos de cara a la ulterior concesión de licencias; el desarrollo de su actividad como Arquitecto Técnico por parte del recurrente en una Sociedad cuya administradora única era la esposa del Sr. Hermenegildo y cuya sede radicaba en Arona, aun cuando la actividad se realizara fuera de dicha localidad; la existencia de otra Sociedad en la que inicialmente había tenido intervención el hijo del recurrente, además de su sobrino, dedicada igualmente a la actividad urbanística; la relación, lógica por otro lado, del recurrente con las personas que finalmente aprobaban y concedían las licencias y una serie de datos de los que se podía deducir la existencia de una posible, y sólo posible, corrupción urbanística, sin que exista elemento alguno que desvirtúe la existencia de posibles ilegalidades en la actividad urbanística de la localidad tinerfeña, debiendo trarse a colación en estos momentos que no cabe identificar la veracidad con "realidad incontrovertible" o absoluta exactitud, bastando la apariencia de verosimilitud suficiente en lo esencial de la información (en este sentido, Sentencias de 31 de mayo de 2.001 y 11 de octubre de 2.001, citadas por la de 25 de septiembre de 2008, recaída en recurso núm. 2378/2002).

Al respecto, tal como recuerda la últimamente citada Sentencia, el Tribunal Constitucional tiene dicho que "el requisito de la veracidad no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que la total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado" (Sentencias 158/2003, de 15 de septiembre; 54/2004, de 15 de abril; 136/2004, de 13 de septiembre; 1/2005, de 17 de enero; 53/2006, de 27 de febrero; 69/2006, de 13 de marzo y 68/2008, de 23 de junio, entre otras).

Desde los anteriores parámetros, en el caso ahora debatido nada cabe reprochar a los codemandados, tanto más si se tiene en cuenta que no se basaron exclusivamente en el testimonio del sobrino ahora objeto de impugnación por el recurrente sino en abundante prueba documental y en declaraciones de vecinos al respecto.

Por todo lo anterior, debe desestimarse el motivo primero al cumplir-

se los requisitos para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor del recurrente.

TERCERO.- Por lo que se refiere al segundo motivo del recurso, se centra éste en la vulneración del derecho a la propia imagen del recurrente como consecuencia de la publicación de una fotografía de él a la salida del Ayuntamiento de Arona, imagen que acompañaba a algunas de las informaciones publicadas. Como recuerda la Sentencia de 27 de octubre de 2008 (recurso núm. 2900/2003), la imagen se define como la representación gráfica de la figura mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y el derecho a la imagen es el derecho a reproducir y publicar la propia imagen (aspecto positivo) y de impedir a tercero no autorizado obtenerla y publicarla (aspecto negativo); derecho que viene protegido en el art. 7.5 de la Ley 1/1982 de 5 de mayo, en estos términos: "la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos". Concretamente, el art. 8.2 permite: "a) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público" y "c), la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria".

Partiendo de dicha regulación y de la consideración de la existencia de proyección pública del recurrente en su condición de Aparejador Municipal a la que se ha hecho referencia en el anterior fundamento; así como del lugar donde fue tomada la fotografía: las escaleras del Ayuntamiento; y de que la imagen se limita a acompañar a las informaciones escritas, tratándose además de una imagen inocua, de la que en modo alguno se deriva intención insultante o propósito de mofa, cabe concluir que la publicación por fotografía de la imagen del recurrente no ha vulnerado, en este caso, su derecho a la propia imagen, sin que esta deba merecer, en consecuencia, un tratamiento distinto al del conjunto de la información a la que acompañaba, por lo que necesariamente en este caso ha de prevalecer la libertad de información sobre el derecho a la imagen del recurrente, lo que también conduce a la desestimación de este segundo motivo.

CUARTO.- En materia de costas procesales, al desestimarse el recurso en su totalidad, las mismas se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394,

ambos 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 lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Hermenegildo, contra la Sentencia de fecha 15 de febrero de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

2º.- Imponer el pago de las costas causadas en este recurso a dicha parte recurrente.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Antonio Salas Carceller.-José Almagro Nosete.- Firmado y Rubricado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, 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.

2009/282563

TS Sala 1ª, Sentencia 9 diciembre 2009. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Por graves insultos ubicados en los servidores

Intromisión ilegítima en el honor de la SGAE por la Asociación de Internautas

El TS desestima el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, estimó la demanda de la SGAE y su presidente frente a la Asociación de Internautas, para que fuera declarada responsable de una lesión ilegítima del derecho al honor de los demandantes y condenada a poner fin a su ilícita conducta y a indemnizarles en los daños causados con las ofensas. Calificó como ilícita la intromisión en el ámbito del honor de los demandantes por contener las opiniones y juicios de valor alojados en los servidores de la de-

mandada graves insultos dirigidos a aquellos.

Señala la Sala que no es conforme a la Directiva 2000/31/CE -cuyo objetivo es armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios- una interpretación del art. 16,1 Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Concluye que la sentencia recurrida es conforme con la doctrina expuesta y afirma la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del art. 16 Ley 34/2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las sentencias de las dos instancias estimaron las acciones que habían ejercitado en la demanda Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y el presidente del consejo de dirección de dicha entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, D. Eduardo. En ambas, la demandada, Asociación de Internautas, fue declarada responsable de una lesión ilegítima del derecho al honor de los demandantes y condenada a poner fin a su ilícita conducta y a indemnizarles en los daños causados con las ofensas.

El precedente fáctico del conflicto de intereses resuelto en dichos términos se identifica con la realidad de unas expresiones que, según se ha dicho, vienen calificadas como lesivas para el honor de los demandantes.

Dichas opiniones estaban contenidas en dos páginas web-“www.antisgae.internautas.org” y “www.putasgae.org” -, alojadas en los servidores de la asociación demandada y gestionadas por la llamada “Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE”, ajena al proceso.

En la sentencia recurrida se declaró ilícito, conforme a la Ley 1/1982, de 5 de mayo, el contenido de dichas páginas, así como civilmente responsable a la prestadora de los servicios de alojamiento -bien que, esto último, sin hacer referencia expresa al artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico-.

El recurso de casación de Asociación de Internautas encierra dos mo-

tivos. En ambos niega la recurrente su responsabilidad por los contenidos alojados en sus servidores. En uno, se apoya en el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión. En el otro, en la concurrencia de la causa de exclusión de responsabilidad prevista en el mencionado artículo de la Ley 34/2002.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos de su recurso denuncia Asociación de Internautas la infracción de los artículos 18, apartado 1, y 20, apartado 1, letra a), de la Constitución Española.

Al fundamentar este motivo alega que declarar la responsabilidad civil de quien, como ella, prestaba servicios de intermediación de la sociedad de la información -tal como había hecho el Tribunal de apelación- por razón de unos materiales creados por los usuarios y proveedores de contenidos, que los habían puesto a disposición en línea, significaba de hecho imponerle un control efectivo de los pensamientos, ideas y opiniones exteriorizadas por terceros y, al fin, una censura previa incompatible con el reconocimiento del derecho reconocido en el artículo 20, apartado 1, letra a), del texto constitucional.

Dados los términos del motivo, hemos de recordar que, en la interpretación de dicha norma, el Tribunal Constitucional ha declarado -así en la sentencia 204/1997, de 25 de noviembre- que la libertad de expresión no es absoluta, si bien tampoco lo son las limitaciones a que ha de someterse.

Que, en todo caso, además de uno de los derechos fundamentales de cada ciudadano, constituye la misma una condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Y -en las sentencias 6/2000, de 17 de enero, y 160/2003, de 15 de septiembre- que la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones, incluye la crítica de la conducta de otra persona, aun cuando sea desabrida y pueda molestar a la que resulte concernida. Pero que la protección no alcanza a las expresiones injuriosas que resulten innecesarias para aquella crítica.

Hay que añadir que en la sentencia recurrida se calificó como ilícita la intromisión en el ámbito del honor de los demandantes, precisamente por contener las opiniones y juicios de valor alojados en los servidores de la demandada graves insultos dirigidos a aquellos -“ladrones”, “oportunistas sanguijuelas”, “autores de redadas fascistoideas”, “manipuladores”...-, además, considerados innecesarios para exteriorizar una crítica por muy rigurosa que se quiera y, por tal, instrumentos de una inadmisiblemente extralimitación.

No obstante, la recurrente pese a que señale como infringidos los artículos 18, apartado 1, y 20, apartado 1, letra a), de la Constitución Española, no niega que nos encontremos ante una ilegítima intromisión en el ámbito de protección delimitado por la segunda norma -en relación con el artículo 2 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo- lo que, en todo caso, hay que decir resulta evidente. Lo que sostiene, como antes se expuso, es que de esa intromisión no debe responder ella, sino quien fuera su autor, porque, en otro caso, se le estaría exigiendo un deber de efectivo control de las opiniones almacenadas, en detrimento de la libertad de expresión de los proveedores de contenidos.

Expone, al fin, la necesidad de armonizar el régimen específico de responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información -en particular, de los de alojamiento o almacenamiento de datos, que son los que ella presta y por los que ha sido condenada- con el derecho fundamental de sus destinatarios a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones.

No le falta razón a Asociación de Internautas al expresar esa preocupación. Al fin es la misma que se plasmó en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 34/2002.

En efecto, el considerando 9 de dicha normativa comunitaria exterioriza la conveniencia de garantizar el libre desempeño de los servicios prestados por la recurrente, así como el propósito de no influir en las normas y principios nacionales fundamentales relativos a la libertad de expresión. Y el artículo 15 excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmiten o almacenan.

Pero, a la vez, en el considerando 48 se reconoce la potestad de los Estados miembros de exigir a los prestadores de servicios que proporcionan alojamiento a datos suministrados por los destinatarios de aquellos, un deber de diligencia a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales. Y en el apartado 1 del artículo 14 se condiciona la exclusión de responsabilidad al cumplimiento de un deber de diligencia para conocer la ilicitud -letra a)- e impedir su persistencia -letra b)-.

De la conjugación de los valores a que se refieren las mencionadas normas resulta el establecimiento de un régimen particular de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, en la Directiva 2000/31/CE y en la Ley

34/2002 que incorporó sus normas al ordenamiento español.

Determinar si el Tribunal de apelación aplicó de modo correcto ese régimen de exclusión no es algo que imponga este motivo. Aunque sí el siguiente, que examinamos a continuación.

TERCERO.- En el segundo motivo de su recurso Asociación de Internautas afirma la infracción del artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en relación con los artículos 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE, antes citada.

Alega la recurrente al fundamentar el motivo que, aunque permitió a “Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE” que alojase contenidos -información y opiniones- en su servidor y le atribuyó un subdominio independiente -www.antisgae.internautas.org-, no tuvo ninguna participación en la elaboración de aquellos ni en su selección. Afirma que se limitó a prestar un servicio de mediación en términos absolutamente neutrales, por lo que no cabe atribuirle responsabilidad alguna por comportamiento que le sea imputable.

Ello sentado, añade que no había tenido conocimiento efectivo -ni podido tenerlo- de las opiniones y de la información suministradas por aquella “Plataforma”, pese a que las hubiera acogido y almacenado. Y, en consecuencia, que no había conocido ni debido conocer que los contenidos alojados lesionaban derechos de terceros.

Concluye afirmando que concurría a su favor la exención de responsabilidad que el artículo 16, apartado 1, letra a), de la Ley 34/2002 sanciona, tanto si dicha norma se entiende en sentido estricto, esto es, como la expresión de un sistema cerrado de posibles conocimientos efectivos, cuanto si se interpreta en un sentido amplio, esto es, como una relación ejemplar de alguno de los medios admisibles de conocer la ilicitud de los contenidos alojados.

Para dar respuesta al motivo interesa previamente destacar los contornos del conjunto de datos obtenidos de la tramitación del proceso, según se refleja en la sentencia recurrida.

1º) Asociación de Internautas ha sido condenada como prestadora de servicios de la sociedad de la información -en el sentido de la letra a) del anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio-. Y, en concreto, como prestadora del servicio de intermediación consistente en albergar o alojar en servidores o espacios propios datos suministrados por los destinatarios de aquellos -“hosting”-.

En particular, ninguna cuestión se ha planteado sobre la naturaleza

“normalmente” retribuida de los servicios de intermediación prestados por la recurrente ni sobre la interpretación y, en su caso, integración de dicha condición -a la que se refiere el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, tal como quedó redactado por la Directiva 98/44/CE, de 20 de julio del mismo año, y, por remisión a él, el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE y su considerando 17, así como la letra a) del anexo de la Ley 34/2002-.

2º) Los demandantes decidieron en su día, por las razones que fueran, dirigir la demanda no contra el proveedor o proveedores de contenidos, sino exclusivamente contra la asociación intermediaria. Con tal opción obviamente sometieron las pretensiones deducidas al particular régimen jurídico aplicable a quienes prestan servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

Dicha elección impuso a los órganos judiciales de las dos instancias averiguar si concurrían en el caso los presupuestos de la exención de responsabilidad que, a la luz de la Directiva 2000/31/CE, contiene la Ley 34/2002. Y, por ello, enjuiciar si la actividad de la ahora recurrente, en cuanto prestadora de los repetidos servicios, fue meramente pasiva o automática -artículo 16, apartado 1, de la Ley, en relación con el 14, apartado 1, letra a), y con el considerando 42 de la Directiva-. Si, en el caso de llegarse a la conclusión de que no desconocía los ilícitos contenidos, actuó con la diligencia que en tal supuesto le era exigible -artículo 16, apartado 1, letra b), de la Ley, en relación con el 14, apartado 1, letra b), y con el considerando 48 de la Directiva-. Y si, en realidad, lo que hizo fue colaborar conscientemente con la “Plataforma” destinataria de sus servicios y proveedora de contenidos -artículo 16, apartado 2, de la Ley, en relación con el 14, apartado 2, y con el considerando 44 de la Directiva-.

3º) Por último, al haber denunciado en este motivo segundo de su recurso, exclusivamente, la infracción del artículo 16 de la Ley 34/2002, hemos de entender que la recurrente no ataca la condena que se le impuso a cesar en la actividad ilícita. Ello es la consecuencia de que el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/31/CE exteriorice con claridad suficiente que las condiciones precisas para la exclusión de responsabilidad que -en los términos previstos en su apartado 1- deben garantizar los Estados miembros -y garantiza el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2002- no se exigen para el éxito de las acciones dirigidas al cese de la actividad ilícita.

CUARTO.- Dos son los presupuestos de la exclusión de responsabilidad con que el artículo 16 de la Ley 34/2002 -al incorporar al orde-

namiento jurídico español el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE- favorece a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, que han sido negados en la sentencia recurrida. El Tribunal de apelación negó que la demandada desconociera el contenido de los datos alojados en sus servidores -claro está, aquellos a que se refiere la demanda, y que son ofensivos para los actores-. También negó que no hubiera vínculos de subordinación, dependencia o control entre aquella y los proveedores de contenidos.

Por su parte y en primer termino, niega la recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones de “Plataforma” y para ello se sirve del significado que a las palabras “conocimiento efectivo” atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2002-“ se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución” - y añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos.

El motivo se desestima.

No es conforme a la Directiva -cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios- una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva -al dejar a salvo la posibilidad de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”-, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “conocimiento efectivo” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Ello afirmado, el Tribunal de apelación atribuyó, a los relatados efectos, ese mismo valor revelador al dominio “www.putasgae.org”, dirigido por “Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE” a la

dirección que la Asociación ahora recurrente le había proporcionado. Consideró que tal título, por su carácter insultante, era un medio adecuado -ex re ipsa- para revelar, junto con las circunstancias concurrentes -en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente-, el tenor injurioso de los datos alojados.

Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a valorar la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002.

QUINTO.- El fracaso de la primera parte del motivo convierte en innecesario para resolver el recurso que entremos en el examen de la segunda parte del mismo, referida, como se expuso, al supuesto previsto en el apartado 2 del mismo artículo 16 de la Ley 34/2002.

SEXTO.- Las costas del recurso que desestimamos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida

por el pueblo español y su Constitución.

FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto, por Asociación de Internautas, contra la Sentencia dictada, con fecha seis de febrero de dos mil seis, por la Sección Diecinueve de la Audiencia Provincial de Madrid, con imposición de las costas a la recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O’Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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



2009/245679

TS Sala 2ª, Sentencia 7 octubre 2009. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Delito de falsedad en documento mercantil en concurso con estafa en grado de tentativa

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa en grado de tentativa. Dice el TS que las periciales practicadas revelan la realidad de la falsificación del documento de identidad, obrando en la causa la documentación de la pericial, y se comprueba que el acusado había colocado una fotografía suya en el documento falsificado, lo que supone una participación en el hecho. La falsificación del documento mercantil es un hecho acreditado por la testifical del representante de quien figura como librador del cheque.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia objeto de la censura casacional condena al recurrente como autor de un delito continuado de falsedad en concurso medial con otro intentado de estafa. Contra la condena opone tres moti-

vos, el primero por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, el segundo por error de derecho, en el que denuncia la indebida aplicación de los tipos penales que tipifican el delito de estafa y de falsedad, arguyendo sobre la inexistencia de una actividad probatoria

sobre el hecho declarado probado; en el tercero, formalizado por error de hecho en la valoración de la prueba, denuncia que no queda acreditado que el recurrente participara en la falsificación del documento de identidad.

Los tres motivos, al no referirse a la vía impugnatoria que, respectivamente, emplean, han de ser analizados desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia pues lo que el recurrente denuncia es la inexistencia de la precisa actividad probatoria sobre los hechos declarados probados. Analizamos, de acuerdo a los expuestos, la impugnación.

Los hechos probados refieren que el acusado presentó un cheque falsificado y extendido nominativamente a nombre de una tercera persona cuya identidad suplantaba mediante la presentación de un documento de identidad falsificado y al que se había colocado por el acusado u otra persona, una fotografía del acusado.

Comparece en la entidad bancaria y cuando comprueban que el talón es falsificado, mediante una llamada telefónica a la empresa que supuestamente libraba en cheque, el acusado se marcha de la oficina y es localizado a través de las grabaciones videográficas de su presencia en la entidad bancaria.

Esos hechos, tal y como se declaran probados, lo han sido a partir de una profusa actividad probatoria. En primer lugar el visionado de las grabaciones de la entidad bancaria, que la policía realizó y permitió la localización del acusado.

De su realización obra en la causa el correspondiente informe sobre la correspondencia del acusado con la persona que acudió a cobrar el cheque. La empleada de la entidad bancaria narra los hechos, el intento del cobro por una persona que se marchó de la entidad cuando vio que llamaba a la empresa supuestamente libradora abandonando el documento de identidad y el cheque falsificado.

Las periciales practicadas revelan la realidad de la falsificación del documento de identidad, obrando en la causa la documentación de la pericial, y se comprueba que el acusado ha colocado una fotografía suya en el documento falsificado lo que supone una participación en el hecho. La falsificación del documento mercantil es un hecho acreditado por la testifical del representante de quien figura como librador del cheque.

Ese conjunto probatorio aparece correctamente valorado por el tribunal de instancia que expresa la convicción de manera racional y lógica sobre los hechos declarados probados y sobre la subsunción de los hechos en los tipos penales objeto de la condena.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, los tres motivos, en los que denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, deben ser desestimados.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación del acusado Luciano, contra la sentencia dictada el día 19 de junio de dos mil ocho por la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa seguida contra el mismo, por delito de falsedad en documento mercantil consumado, en concurso ideal con un delito de estafa en grado de tentativa. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- Luis-Román Puerta Luis.

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

2009/245682

TS Sala 2ª, Sentencia 28 octubre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Concurso medial entre falsedad y tentativa de estafa

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito de estafa en grado de tentativa. Señala el TS que lo esencial es que el recurrente, rellenando de forma unilateral la orden de reparación, alteró e incumplió el acuerdo con el denunciante de que se quedara con el vehículo, que era siniestro total, y lo llevara al desguace y diera de baja, aprovechándose, como contraprestación a dichos servicios, de las piezas que pudieran serle de utilidad, sin que, por ello, se generase gasto

alguno de estancia o deposito. Siendo así, la concurrencia del dolo falsario debe mantenerse por cuanto la forma del documento inicial solo se refería a la conformidad con los gastos de grúa devenidos, y nunca para reconocer esos gastos de estancia no asumidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Moisés

PRIMERO.- El motivo primero se interpone al amparo del art. 849.1 LECrim. denunciando la indebida aplicación del art. 390.1.1 y 1 CP. en relación con lo dispuesto en el art. 392 CP.

Se argumenta, en síntesis, la falta del elemento del dolo falsario en las dos alteraciones de la orden de reparación, por cuanto el recurrente hubiera podido presentar al cobro las facturas sin necesidad de añadir las menciones relativas a los servicios complementarios por almacenamiento del vehículo, al ser un concepto que se devenga por disposición legal -art. 15.2 RD. 1457/86 de 10.1 - y a la diligencia de retirada de equipaje del propietario de 6.12.2002, estampando un remedo de firma del denunciante, al estar probado que éste retiró el equipaje que permanecía en el maletero, nos encontraríamos ante una mera manipulación material pero no para conseguir una finalidad fraudulenta.

Para la adecuada resolución del recurso es necesario realizar unas precisiones previas:

1º Los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados (STS. 22.5.2001).

En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión - se afirma en las SSTS. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos,

pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTS. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTS. 151/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo -como el dolo, el animo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico- no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim. si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos.

Por tanto esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en orden a la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos subjetivos del hecho punible y con ello, acerca del alcance revisor del concreto cauce casacional recogido en el art. 849.1 LECrim, ha asumido de modo reiterado que el análisis de los elementos subjetivos parte de una valoración jurídica y que dichos hechos pueden, por tanto, ser revisados en casación.

En este sentido el Tribunal Constitucional sentencia 328/2006 de 20.11, remitiéndose al ATC. 332/84 de 6.6, afirma que "tal discordancia - con el criterio del Tribunal de instancia-, no alcanza relieve constitucional cuando, como en este caso, el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la intención que guió a las personas, que es de imposible apreciación directa o aislada", y añade "A lo señalado no obsta que

el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la Sentencia de instancia y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuricidad de su conducta, que habían sido en él incluidos (...) tal reestructuración de la Sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 LE-Crim...".

Pues bien en lo atinente al elemento subjetivo, el delito de falsedad documental requiere la voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que requiere trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no es, y a la vez atacando la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, se logren o no los fines perseguidos (STS349/2003 de 3.3). Intención maliciosa que ha de quedar acreditada y probada, rechazándose la imputación falsaria cuando esa supuesta falsedad no guarda entidad suficiente para perturbar el tráfico jurídico, ni idoneidad para alterar la legitimidad y veracidad del documento. Lo importante es que aquella mutatio veritatis recaiga sobre extremos esenciales y no inanes, inocuos o intrascendentes.

El dolo falsario -hemos dicho en STS. 900/2006 de 22.9-, que no es sino el dolo del tipo del delito de falsedad documental, que se da cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos. El aspecto subjetivo viene constituido por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que el daño se llegue o causarse o no.

Así lo proclama la S. 12.6.97, según la cual, la voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, implicando una clara mentalidad - conciencia y voluntad- de trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no es (STS. 26.9.2002).

El dolo falsario requiere el conocimiento en el agente que altera conscientemente la verdad por medio de una mutación o suposición documental y ataca también la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, como reflejo verdadero de lo que contienen, expresan o prueban (STS. 1235/2004 de 25.10).

SEGUNDO.- En el caso presente el recurrente ya no cuestiona el hecho de que añadiera al documento, después de la firma, las menciones sobre la tarifa de almacenamiento y la retirada de equipaje sino que lo que sostiene es la inocuidad de esos añadidos y la exclusión del dolo fal-

sario, pues con o sin el añadido, habría podido reclamar el importe facturado, al ser la tarifa de almacenamiento un concepto que se devenga legalmente mientras el vehículo permanezca en el taller -que es lo que, según el recurrente, ocurrió dado que el propietario -denunciante- no acudió a afirmar la autorización legalmente exigida para dar de baja el vehículo y entregarlo al desguace-. Y en cuanto a la retirada del equipaje, lo cierto es que el mismo se retiró.

Argumentación que deviene inaceptable, pues olvida que la sentencia de instancia en base a la declaración del denunciante y los indicios que analiza en el fundamento jurídico cuarto (prueba pericial caligráfica que acredita que Paulino solo firmó en la parte superior del documento alterado; entrega por parte de éste de la documentación original del turismo y una fotocopia de su DNI, al recurrente; lo irracional que resultaría la conducta del denunciante, dejando un vehículo que es siniestro total en depósito en su taller, conociendo que tal depósito devengaba un precio mínimo de 12 euros diarios, siendo más creíble la versión de Paulino de que cuando firmó el documento, dejaba el turismo de su propiedad para que fuese dado de baja y desguazado por el acusado, razón por la cual no constaba en dicho documento gastos de almacenamiento del turismo y entregó la documentación original del mismo; y las diferencias entre las facturas y el documento en relación al precio de depósito de los vehículos, pues en la factura se recoge el precio de 10 E. diarios durante el año 2002 y en el documento el de 12 euros diarios, lo que evidencia que la alteración del documento se efectuó durante el año 2003, al ser 12 euros la tarifa de este año), llega a las siguientes conclusiones:

a) Que el vehículo SEAT Toledo, matrícula PE-....-Y fue siniestro total en el accidente sufrido por su propietario y conductor Paulino.

b) Que el vehículo fue llevado a los talleres de Automoderno Reparación SL. del que era propietario Moisés.

c) Que éste indicó al Sr. Paulino la imposibilidad de cualquier reparación, siendo el precio de la misma superior en dos o tres veces al valor venal del turismo.

d) Que el Sr. Paulino firmó como conforme el documento orden de reparación 21.102 estando éste rellenado sólo en su encabezamiento anterior a la firma por él estampada y en su parte izquierda referido al servicio de grúa.

e) Que el Sr. Paulino cedió al Sr. Moisés el vehículo para que éste le diera de baja y lo llevase al correspondiente desguace, a cuyos efectos le entregó la documentación original

del vehículo y una fotocopia del DNI. Acordando entre ambos que el Sr. Moisés se quedaría, como contraprestación a dicho servicio, con las piezas del turismo que pudiera utilizar en su actividad laboral.

f) Que el Sr. Moisés, no dio de baja el vehículo, ni lo desguazó tal y como se había acordado, sino que posteriormente, ya en el año 2003, procedió a modificar el documento en uno de sus elementos esenciales, incluyendo de su puño y letra y en el lado izquierdo del mismo, la cláusula de Servicios complementarios por almacenamiento del turismo, haciendo constar un precio mínimo de 12 euros día, cuando el precio vigente en el año 2002 era de 10 euros diarios, según factura que el mismo emitió y luego reclamó en el Juzgado 1ª Instancia núm. 8 de Valladolid.

La cuestión no es tanto si los gastos de estancia se devengan o no legalmente, -el art. 15.2 R.D. 1457/86 de 10.1 - regulador de la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos, de sus equipos y componentes, previene que "únicamente podrán devengarse gastos de estancia cuando, confeccionado el presupuesto o reparado el vehículo y puesto en conocimiento del usuario este hecho, no proceda dicho usuario al pronunciamiento sobre la aceptación o no del presupuesto o a la retirada del vehículo en el plazo de tres días hábiles.

En todo caso, dichos gastos de estancia solo procederán cuando el vehículo se encuentre en locales bajo custodia del taller y por los días que excedan del citado plazo", o si para proceder al desguace del vehículo es imprescindible la firma del propietario: el art. 35 del R.D. 2822/1998 de 23.12, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, señala que los vehículos matriculados causarán baja definitiva en el Registro de Vehículos, en los casos siguientes:

1) Cuando sus titulares o terceras personas que acrediten suficientemente su propiedad, manifiesten expresamente la voluntad de retirarlos permanentemente de la circulación.

La solicitud de Baja se dirigirá expresamente a la jefatura de Tráfico de la provincia de su domicilio legal o aquella en que fue matriculado el vehículo, acompañada de los documentos que se indican en el anexo XV. (1º) solicitud en impreso modelo oficial que facilitarán las Jefaturas de Tráfico.

2) Tasa por el importe legalmente establecido.

3) Los documentos que sobre identidad y representación se especifican en el apartado 1) números 1 y 3 del anexo XIII, sobre la matriculación (solicitud suscrita por el interesado en el impreso, modelo oficial

que facilitaron las Jefaturas de Tráfico; y Documento Nacional de Identidad).

4) Permiso o licencia de circulación y tarjeta de inspección técnica o certificado de características del vehículo....

5) Original y fotocopia del documento acreditativo de haberse abonado el último recibo puesto al cobro del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.

6) Impreso de baja del Impuesto sobre vehículos de tracción Mecánica.- pero a continuación en los apartados siguientes del indicado art. 35 prevé supuestos de actuaciones de oficio de cualquier jefatura de Tráfico en orden a la retirada definitiva de la circulación, en supuestos en que previo informe del órgano competente en materia de industria se acredite que el estado del vehículo constituye por desgaste o deterioro de sus elementos mecánicos, un evidente peligro para sus ocupantes o para la seguridad de la circulación en general, o respecto de los vehículos que hayan retirado de las vías públicas los agentes encargados de la vigilancia y regulación del tráfico, una vez comprobado que han sido abandonados por sus titulares, de acuerdo con la normativa prevista en el anexo I (O.M. 14.2.74 que regula la retirada de la vía pública y el depósito de vehículos abandonados), supuesto en que podrá procederse a su desguace, Normativa esta que eleva a la Sala de instancia a concluir que no se excluye la posibilidad de que la baja definitiva del vehículo pueda ser instada por personas distintas de sus propietarios; lo esencial es que el recurrente rellenando de forma unilateral la orden de reparación, alteró e incumplió el acuerdo con el denunciante de que se quedara con el vehículo, que era siniestro total, y lo llevara al desguace y diera de baja, aprovechándose como contraprestación a dichos servicios, de las piezas que pudieran serle de utilidad, sin que, por ello, se generase gasto alguno de estancia o depósito.

Siendo así la concurrencia del dolo falsario debe mantenerse por cuanto la forma del documento inicial solo se refería a la conformidad con los gastos de grúa devengados, y nunca para reconocer esos gastos de estancia no asumidos.

TERCERO.- El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 248 en relación con el art. 250.2 CP., por cuanto conforme ha quedado expuesto en el motivo anterior no concurre el delito de falsedad en documento mercantil y, por tanto, la presentación de la orden de reparación en un procedimiento civil no constituye un delito al no mediar una previa falsificación, y con carácter subsidiario, si se entendiera consumado un delito de falsedad en documento mercantil, el hecho de presen-

tarlo en juicio para perjudicar a otro estaría incardinado en el art. 393 CP. que castiga de forma específica tal conducta con la pena inferior en grado a la señalada para los falsificadores, lo que unido al principio de aplicación de la norma más favorable, haría inviable la condena por un delito de estafa.

Sobre el llamado fraude procesal, en sentencias de esta Sala, 670/2006 de 21.6, 758/2006 de 4.7, 754/2007 de 2.10, 603/2008 de 10.10, hemos señalado como la jurisprudencia de esta Sala en SS. 5.10 y 19.12.81 ya establecía que se refiere a aquel engaño que se sirve del proceso como medio vehicular o que dentro de él trata de obtener un lucro con daño ajeno, a través de la resolución injusta que por error dicta el Juez.

Es necesario que las maniobras fraudulentas preparatorias del proceso y las que se realicen en su ámbito, posean un grado de verosimilitud suficiente para producir el error razonable del Juez.

Como hemos declarado en S. 530/97 de 22.4, "la denominada doctrinalmente estafa procesal tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte"; debiendo reconocerse que "las posibilidades de inducir a engaño a un Juez aparecen más realizables en el proceso civil en el que tiene que permanecer inactivo y neutral ante las aportaciones de las partes y dejar que ellas decidan sobre el objeto del litigio" (S. de 9 de marzo de 1992).

"La peculiaridad de estas estafas radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición (el juez) con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado), dualidad personal que aparece expresamente prevista en el propio texto del art. 528 (ahora art. 248.1), cuando nos habla de "perjuicio propio o ajeno" (SS. de 4 de marzo de 1997, 14 de enero de 2001, 21 de febrero de 2003).

Puede darse la "estafa por omisión" "cuando determinadas relaciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar..." (S. de 22 de septiembre de 1993). Incluso, puede también existir fraude procesal cuando el engañado no es el Juez sino la parte contraria, a la cual, por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, lleve a una transacción, (S. de 25 de octubre de 1978), o en cualquier

caso determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia (SSTS. 18.4.2005, 1980/2002).

En igual sentido la S. 878/2004 de 12.7, recuerda que la llamada estafa procesal (subtipo de estafa especialmente agravado en el actual art. 250.2 CP.) ha sido ya tratada con reiteración por la jurisprudencia de esta Sala, siendo incorporada por primera vez a nuestra legislación en el año 1983, que se trataba como una figura más de la estafa, pero con una agravación específica (arts. 528 y 529.2), porque el daño que supone el patrimonio del particular se une al atentado contra el Poder Judicial que se utiliza como instrumento al servicio de finalidades defraudatorias, al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del Juzgador y las garantías del procedimiento (SSTS. 794/97 de 30.9, 457/2002 de 14.3).

Particular explícita es esta última sentencia al señalar que han de concurrir los siguientes elementos:

1º. Ha de existir un engaño bastante, requisito esencial que caracteriza a toda clase de estafa, que en estos casos ha de producirse en el seno de un procedimiento judicial;

2º. Tal engaño bastante ha de tener por finalidad producir error en el juez o tribunal que ha de conocer del proceso;

3º. El autor de este delito ha de tener intención (en las estafas procesales propias) de que el órgano judicial que conoce del procedimiento dicte una determinada resolución (acto de disposición) favorable a sus intereses;

4º. Tal intención ha de abarcar la producción de un perjuicio a un tercero, perjuicio que obviamente ha de ser ilícito en correspondencia con el ánimo de lucro, también ilícito, que constituye el motor de toda esta conducta delictiva (en el mismo sentido la STS. 1980/2002 de 9.1).

Asimismo la S. 1267/2005 de 28.10, con referencia a la S. 21.2.2003, confirmaba la condena por ese tipo delictivo declarando que el carácter fraudulento de la actuación procesal del demandante depende de la presencia del ánimo de lucro en la conducta de quien, consciente de que el demandado nada le adeuda, pretende obtener un beneficio económico ilícito mediante una resolución judicial provocada por aquél amparado en un contrato inválido o inexistente, de suerte que la presentación de demanda con apoyo en un contrato invalidado.... constituye la puesta en escena suficientemente engañosa para suscitar el error del Tribunal civil al que iba dirigida, y por tanto, la tentativa de estafa por la que se ha condenado al recurrente.

En efecto en relación a la consumación, la STS. 172/2005, que si la conducta estuviera encajada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y además se considerase como un delito de falsedad, no existirían problemas de consumación, ya que la acción quedaría perfeccionada por la puesta en marcha del procedimiento o la presentación del documento falso en juicio, tanto si la pretensión era la de iniciar el procedimiento, como cuando éste ya se está tramitando. Pero al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado.

Por ello, lo que verdaderamente consume el tipo delictivo en la estafa procesal es la producción de una decisión de fondo respecto de la cuestión planteada, pudiendo en los demás casos, integrar la conducta modalidades imperfectas de ejecución. En este caso, dice la STS. 595/99 de 22.4, el proceso civil iniciado no culminó con la sentencia de fondo que de haber sido estimatoria de la demanda podría haber determinado el desplazamiento patrimonial, ya que con la presentación de la quejella se provocó la paralización del juicio de cognición. Así las cosas, el grado de ejecución delictivo no ha pasado de la tentativa al no haber alcanzado la fase decisoria del proceso civil.

En el caso presente, desestimado que ha sido el motivo precedente, el documento mercantil falsificado creó el engaño de que el denunciante dejó el vehículo en los talleres del recurrente, conociendo el precio de la estancia o depósito diario y contrayendo su obligación de pago por los días que el vehículo permaneciera en las dependencias del acusado, y como éste, dejó de transcurrir el tiempo que consideró oportuno, sin llevar al desguace al vehículo, tal como había convenido con el propietario, y emitió dos facturas comprensivas de los gastos de almacenamiento del mes de diciembre de 2002, y de los meses de enero a agosto de 2003, reclamando su importe judicialmente mediante la correspondiente demanda de juicio monitorio núm. 484/2004 de fecha 8.3.2004, posteriormente transformado en juicio ordinario 736/04 del juzgado 1ª instancia núm. 8 de Valladolid, en reclamación a Paulino de 8.507,08 E. de principal e intereses de demora, demanda sustentada en la orden de reparación y facturas antes mencionadas, cometió el delito de estafa procesal, en grado de tentativa, pues utilizó un procedimiento judicial para obtener un beneficio ilícito, el abono de unas cantidades por conceptos que habían sido excluidos por las partes, para cuyo reconocimiento utilizó una maniobra engañosa de naturaleza procesal, cual fue la presentación de un documento mercantil falsificado.

CUARTO.- Respeto a la alegación del recurrente de que debió aplicarse el tipo del art. 393 CP. uso de docu-

mento falso mercantil; la respuesta ha de ser negativa.

En primer lugar este precepto está reservando para aquellos que son ajenos a la planificación y ejecución falsaria. En consecuencia si el falsificador luego lo usa, al que se equipara, como forma específica del uso, su presentación en juicio, no comete un nuevo delito de uso de documento falso, sino que desarrolla con su conducta el simple agotamiento del delito de falsedad anteriormente consumado (STS. 607/2009 de 19.5).

Y en segundo lugar el art. 393 Código Penal, castiga al que a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o para perjudicar a otro, hiciera uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes (documentos públicos, oficiales, mercantiles).

El tipo penal mencionado reduce la punición del uso a cualquiera de los dos supuestos que prevé: que el documento falso se presente en un juicio (debe entenderse un procedimiento judicial) o se emplee para perjudicar a un tercero, pero no contempla el ánimo de lucro económico que si forma parte de la estafa procesal, precepto éste último, por tanto, más específico lo que determina su aplicación, art. 8.3 CP. máxime cuando la pena prevista para la estafa del art. 250. CP. (1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses) es superior a la del art. 393 (pena inferior en grado a la de los falsificadores que, en este caso determinaría una penalidad de 3 a 5 meses y 29 días prisión con multa de igual duración), lo que determinaría la aplicación del art. 8.4 CP. que consagra el principio de alternatividad que supone que cuando una conducta encaje indistintamente en varias normas sancionadoras se aplique el precepto que imponga mayor sanción.

Consecuentemente como la estafa, realizada a través de un documento mercantil utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles y sancionables a través de las reglas prevenidas para el concurso de delitos de carácter medial en el art. 77 CP., el motivo debe ser desestimado (ver SSTS. 1267/2005 de 28.10, 979/2005 de 18.7, 1209/2003 de 27.9, 1453/2002 de 13.9 que en casos similares al presente, mantuvieron la condena por delitos de falsedad en documento mercantil en concurso con delito de estafa procesal, en grado de tentativa).

QUINTO.- Desestimándose el recurso, se imponen las costas, art. 901 LECrim.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Moisés, contra sentencia de 16 de diciembre de

2008, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, que les condenó como autor criminalmente responsable en grado de consumación de un delito de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito de estafa en grado de tentativa; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.

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

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/265780

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 13 noviembre 2009. Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

Carácter prevalente del plan de ordenación de recursos naturales sobre la planificación urbanística

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid, y en su lugar se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil contra el Decreto 26/1999, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional de la CAM, por el que se aprobó el plan de ordenación de los recursos naturales para el curso medio del río Guadarrama y su entorno. La Sala anula la sentencia impugnada por no pronunciarse en absoluto sobre la incidencia en el litigio de la aprobación de la Ley 20/1999, y entrando a conocer del recurso en los términos en que se planteó, considera que en la instancia, mediante una interpretación equivocada de una fase de la memoria que obvia la existencia de valores medio ambientales en la finca, se ha dado prevalencia a la mera clasificación formal urbanística de la finca sobre sus valores sustantivos, alterando así e infringiendo lo dispuesto en el art. 5, 2 Ley estatal 4/1989 ante el superior rango jerárquico del PORN sobre la planificación urbanística.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación núm. 3511/2005 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) dictó el 21 de febrero de 2005 en el recurso contencioso-administrativo núm. 1440/1999.

En este recurso la mercantil "Urbanorre S.A." impugnó el Decreto 26/1999, de 11 de febrero, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional de la Comunidad de Madrid, por el que se aprobó el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales -PORN- para el Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno, en cuanto incluía dentro de su ámbito la finca "El Enebrillo Alto".

Los motivos por los que la entidad actora impugnó en vía judicial el referido PORN, de forma resumida, fueron los siguientes:

1º. Entendía la actora que la inclusión de la finca en el PORN era impropio, al entrar en colisión con su clasificación urbanística establecida definitivamente como suelo urbanizable tras una sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) dictada el 14 de octubre de 1998. Señaló, en este sentido, que el PORN incurría en incoherencia, pues pese a haber declarado expresamente en la Memoria justificativa, apartado 5, que el ámbito territorial del PORN estaba constituido por el suelo no urbanizable (con la consecuencia lógica de que aquella finca, clasificada en virtud de sentencia como urbanizable, de-

bería quedar excluida de sus determinaciones), sin embargo había incluido en los planos la finca dentro de su ámbito de aplicación.

Entendía la demandante que ante esa contradicción debería primar la determinación prevista en la Memoria.

2º. Sostenía igualmente la actora que la inclusión de la finca en el PORN vulneraba el artículo 24 CE al infringir el derecho a la tutela judicial, en su vertiente del derecho a la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y del Tribunal Supremo, que, insistía, habían declarado que la clasificación urbanística de la finca concernida debía ser la de suelo urbanizable, por lo que la inclusión de la finca en el PORN implicaría la inexecución de esas sentencias.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, combatida en casación, comienza su fundamentación jurídica recordando las vicisitudes procesales de la clasificación urbanística de la finca "El Enebrillo Alto", en los siguientes términos (FJ 2º): "Para la mejor comprensión del asunto, es conveniente poner de relieve los siguientes hechos derivados de las actuaciones:

1º. La finca El Enebrillo Alto, sita en el término municipal de Torrelodones, estaba incluida en el Sector 11 del suelo urbanizable de las Normas Subsidiarias del planeamiento de Torrelodones aprobadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 27 de febrero de 1986.

2º. Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 12 de febrero de 1987 fue estimado el recurso de reposición interpuesto por D. Eliseo contra el Acuerdo de 27 de febrero de 1986, clasificándose el Sector 11 como suelo no urbanizable especialmente protegido.

3º. Interpuesto recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 12 de febrero de 1987, fue estimado por sentencia 590/1987 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 20 de noviembre de 1991, que declaró que el Acuerdo impugnado, en cuanto que clasificaba el sector 11 como suelo no urbanizable especialmente protegido no era conforme a derecho por falta de fundamentación adecuada y suficiente del cambio de clasificación del suelo, recobrando vigencia, en consecuencia, la clasificación que al sector 11 atribuía el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid de 27 de febrero de 1986.

4º. Interpuesto recurso de casación contra la citada sentencia, fue deses-

timado por Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de octubre de 1998".

Dicho esto, y tras resumir las alegaciones impugnatorias de la demandante y rechazar la causa de inadmisibilidad del recurso esgrimida por la Administración demandada, la Sala pasa al examen del tema controvertido, señalando lo siguiente (FFJ 5º y 6º): "Entrando en el examen de la cuestión de fondo planteada en el presente recurso, la misma suscita en primer lugar, el problema de la relación existente entre el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para el Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno PORN aprobado por Decreto 26/1999, de 11 de febrero, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional de la Comunidad de Madrid y las NNSS del Ayuntamiento de Torrelodones aprobadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 27 de febrero de 1986 y que en la actualidad se encuentran vigentes, en la medida en que las mismas clasifican la finca El Enebrillo Alto como suelo urbanizable.

Así las cosas, hemos de abordar la cuestión atinente a las relaciones existentes entre los dos instrumentos normativos, de un lado, el Plan de Ordenación de Recursos Naturales, y de otro las Normas Subsidiarias municipales de planeamiento.

A estos efectos, el apartado quinto de la memoria justificativa, al abordar las relaciones existentes entre los dos instrumentos normativos, transcribe literalmente el artículo 5.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, que tras definir en su art. 4 el contenido y los objetivos de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, regula específicamente los efectos de los mismos y sus relaciones con las normas de planeamiento urbanístico en los siguientes términos:

"Los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales serán obligatorios y ejecutivos en las materias reguladas por la presente Ley, constituyendo sus disposiciones un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterar o modificar dichas disposiciones. Los instrumentos de ordenación territorial o física existentes que resulten contradictorios con los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales deberán adaptarse a éstos. Entretanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales se aplicarán en todo caso, prevaleciendo sobre instrumentos de ordenación territorial o física existentes". Sin embargo, no se detiene aquí la Memoria justificativa, añadiendo en el último párrafo de su apartado quinto que "Las determinaciones del PORN se centran en Suelo No urbanizable, dejando al plane-

amiento las decisiones que afecten al suelo urbanizable o apto para urbanizar...".

Así las cosas, el Acuerdo impugnado viene a excepcionar la prevalencia que el artículo 5.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo atribuye con carácter general a las determinaciones de los PORN sobre las contenidas en los restantes instrumentos de ordenación urbanística del territorio, incluidas lógicamente las normas de planeamiento urbanístico municipal, impidiendo, en consecuencia, que la finca propiedad de los recurrentes, clasificada como suelo urbanizable, sea incluida en el ámbito del Plan de Ordenación recurrido, inclusión que tiene su explicación si se tiene en cuenta que los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la clasificación del suelo, desde el punto de vista que aquí nos ocupa, no habrán tenido la correspondiente traducción a la cartografía del planeamiento que es la documentación normalmente utilizada por los equipos redactores para elaborara esta clase de instrumentos de ordenación de recursos naturales.

(...) Cuestión a parte es la posibilidad que asiste al Ayuntamiento de Torreldones de hacer uso, en su caso, de la potestad del uis variandi y así, para el caso que estime concurrentes en la parcela objeto del presente procedimiento especiales valores merecedores de especial protección, proceda a alterar la clasificación de la finca, no debiendo olvidarse, a estos efectos, que la ratio decidendi de los pronunciamientos judiciales se hace descansar única y exclusivamente en la falta de justificación del cambio de clasificación de la finca "El Enebrillo Alto" terreno".

TERCERO.- Contra esta sentencia ha interpuesto recurso de casación la Comunidad de Madrid, en el que ha formulado tres motivos:

Primero.- Al amparo de la letra c) del artículo 88.1 LJCA, por infracción de los arts. 120.3 de la Constitución - y 248.2 de la Ley 6/1985, Orgánica del Poder Judicial, por falta de motivación de la sentencia recurrida.

Alega la recurrente en casación que en su día, al contestar a la demanda, adujo, entre otros extremos, que con posterioridad al Decreto 26/1999, la Asamblea de Madrid aprobó la Ley 20/1999 de 3 de mayo, de creación del Parque Regional del Curso Medio del río Guadarrama y su entorno; Ley esta que declara parque regional la zona anteriormente protegida por el PORN, incluida la finca "El Enebrillo Alto", y clasifica el suelo de todo su ámbito como no urbanizable de especial protección (artículo 7), cuyas determinaciones prevalecen sobre cualesquiera instrumentos de ordenación urbanística precedente, por lo que, apuntó entonces la Adminis-

tración demandada, el proceso había quedado vaciado de contenido. Sin embargo, la sentencia de instancia no dice nada sobre esta alegación, ni para acogerla ni para descartarla.

Segundo.- Al amparo de la letra d) del mismo precepto de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del art. 5.2 de la Ley 4/89, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de Flora y Fauna Silvestre.

La infracción de ese precepto (que regula las relaciones entre los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y el planeamiento urbanístico sobre la base del superior rango jerárquico y la prevalencia de los primeros sobre los segundos) se ha producido, a juicio de la recurrente en casación, porque la sentencia realiza una interpretación del Decreto impugnado que contraviene tal superior rango jerárquico, al considerar la Sala que es el propio PORN el que excepciona su prevalencia sobre las Normas Subsidiarias, conclusión a la que llega el Tribunal a la vista de lo dispuesto en la Memoria Justificativa (donde se dice que " las determinaciones del PORN se centran en el suelo no urbanizable, dejando al planeamiento las decisiones que afecten al suelo urbanizable, o apto para urbanizar..."). Esta interpretación es, entiende la Comunidad de Madrid, insostenible por tres razones:

1º.- Porque la memoria justificativa de un PORN no es más que eso, una memoria, que no tiene carácter normativo. Es el articulado del PORN el que tiene ese carácter, y en él se dice lo que dicen sus preceptos.

2º.- Porque no es posible desde el punto de vista del principio de jerarquía normativa que un Decreto (el que aprueba el PORN) excepcione lo dispuesto en la Ley.

3º.- Porque desde la simple lógica jurídica, ocurre que fue la misma demandante la que impugnó el Decreto 26/99 al constatar que el PORN había incluido dentro de su ámbito la finca concernida. Si esto es así, es claro que el PORN no excepcionó dicha finca, pues si así hubiera sido, la actora no habría tenido ninguna necesidad de impugnar el Decreto aprobatorio del PORN ante los Tribunales.

Tercero.- Al amparo, asimismo, de la letra d), por infracción de la jurisprudencia aplicable, concretamente de la recogida en STS 27-11-03, dictada en R.C. 8459/99, cuyo F.J. 3º recoge la prevalencia de la planificación ambiental sobre la urbanística.

CUARTO.- Vamos a estimar el primer motivo de casación porque, tal y como apunta la recurrente en casación, la sentencia no se pronuncia en absoluto sobre la incidencia en el litigio de la aprobación de la Ley 20/1999 de 3 de mayo, de creación del Parque Regional del Curso Medio del río Guadarrama y su en-

torno, invocada expresamente por la Comunidad de Madrid en su contestación.

Ninguna respuesta, por breve que fuera, se dio a ese argumento, ni puede entenderse que sea una respuesta implícita la mera descripción del objeto del pleito (de la que no puede deducirse que constituya una explicación consciente sobre el hecho de si una norma posterior ha privado o no de objeto al proceso); se trataba, además, de una cuestión relevante, por depender de su solución nada más y nada menos que la misma existencia del proceso.

Por lo tanto, la Sala de instancia infringió el deber de motivación que impone para las sentencias el artículo 120-3 de la C.E.

Cierto es que el defecto que acabamos de resaltar es más bien de incongruencia omisiva, es decir, no de falta de razones que justifiquen la decisión, sino de falta de respuesta a algunos argumentos expuestos en la demanda, pero no por eso debemos entender que el motivo esté mal planteado hasta el extremo de rechazarlo por ello, pues al fin y al cabo la incongruencia omisiva afecta o incide sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales al no dar respuesta razonada a las cuestiones suscitadas en el debate procesal.

QUINTO.- Hemos pues, de resolver sobre aquella cuestión dentro de los términos del debate (artículo 95.2.d) de la LRJCA).

Pues bien, la alegación de la demandada sobre la pérdida de objeto del proceso no puede ser acogida, dado que aquella Ley se aprobó con posterioridad al Decreto impugnado, y en este recurso contencioso administrativo se examina la legalidad del Decreto aprobatorio del PORN al tiempo de dicha aprobación, sin que pueda afirmarse que la ulterior aprobación de la Ley dejó al litigio desprovisto sobrevenidamente de toda utilidad para la demandante (pues no cabe descartar que una eventual sentencia estimatoria pudiera incidir favorablemente en la situación jurídica de esta).

SEXTO.- Siguiendo con el examen del tema de fondo en los términos que lo planteó la demandante y resolvió la Sala de instancia (perspectiva en la que se sitúan los otros dos motivos casacionales), hemos de dar nuevamente la razón a la Administración autonómica recurrente.

Hemos de partir, en este sentido, de la incardinación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales aprobado por el Decreto 26/1999 dentro de la normativa estatal básica vigente en aquel momento, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres (hoy sustituida por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y

de la Biodiversidad), que configuraba tales PORN sobre la base de dos premisas básicas:

1ª Son "Instrumento de planificación" para "adecuar la gestión de los recursos naturales y en especial de los espacios naturales y de las especies a proteger a los principios inspiradores señalados en el artículo 2 de la Ley" (artículo 4).

2ª. Tienen prevalencia sobre cualquier otro instrumento de ordenación territorial, incluida la planificación urbanística, que no podrá contener determinaciones contrarias a los PORN (artículo 5).

Partiendo de estas dos premisas, el hecho de que los terrenos litigiosos hubieran adquirido con anterioridad la clasificación urbanística de suelo urbanizable no era un obstáculo insalvable a la hora de incluir esos terrenos en el ámbito del PORN, por mucho que eso se hubiera producido a consecuencia de una sentencia firme.

Dicho de otra manera, la pendencia judicial sobre la clasificación urbanística prevista para aquellos terrenos por las Normas Subsidiarias -NNSS- de Planeamiento únicamente podía surtir efectos en el ámbito en el que dicha controversia se produjo, el urbanístico, y respecto de la actuación administrativa entonces recurrida, la aprobación de las NNSS, pero dejaba indemne el posterior ejercicio de las potestades- deberes otorgadas por la Ley a la Administración Medio Ambiental, materializadas en la tramitación y aprobación del PORN y en el superior rango jerárquico de éste respecto de la planificación urbanística. (Valga esta respuesta al argumento que se utiliza en la demanda acerca de la infracción de las normas sobre ejecución de sentencias).

Y, hemos de añadir, la inclusión de esos terrenos en el PORN no fue casual, inadvertida o fruto de un error material. Al contrario, fue plenamente consciente y querida por la Administración autonómica, como se demuestra por los documentos que la misma demandante adjuntó a su demanda, que acreditante que la interesada se dirigió a la Administración reclamando la exclusión de su finca del ámbito del PORN, a lo que contestó la Administración resaltando los valores ambientales de la finca y confirmando expresamente su inclusión dentro del ámbito protegido (documentos núm. 5 y 6 adjuntos a la demanda).

En efecto, la Administración había incluido inicialmente los terrenos litigiosos en el ámbito territorial del PORN en atención a sus características naturales, por la existencia de valores y elementos dignos de especial protección, al margen de su clasificación urbanística, y fue durante el trámite de información pública previa a la aprobación del PORN cuan-

do la entidad "Urbatorre SA" presentó, en concreto el 12 de mayo de 1998, una alegación en contra de dicha inclusión, insistiendo en la clasificación urbanística de la finca como suelo urbanizable con base en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la clasificación de los terrenos como suelo no urbanizable, había declarado que debían clasificarse como urbanizable.

Esta alegación fue objeto de informe-propuesta por el Director General del Medio Natural, integrado en la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, con fecha 30 septiembre de 1998, en que tras analizar el conflicto entre el planeamiento urbanístico y las expectativas de construcción de 200 viviendas y su inclusión en el PORN, concluyó proponiendo la desestimación de la alegación, manteniendo la inclusión de la finca en el PORN y dentro de éste, en la Zona de Máxima Protección, porque en esos terrenos, se decía, "se sitúan los espacios de mayor valor ambiental, que constituyen los ecosistemas mejor conservados dentro del ámbito de la ordenación propuesta".

Fueron, en definitiva, las características naturales de los terrenos (no negadas por la mercantil recurrente en la instancia al no solicitar prueba pericial o de otro tipo para desvirtuar el valor natural de los terrenos apreciado por la Administración), las que determinaron su legítima inclusión en el PORN y, con ella, el régimen de protección en éste previsto.

Desde esta perspectiva, se relativiza y pierde vigor la aparente incoherencia que existe entre el contenido material del PORN delimitado en su texto y la frase de la "memoria" sobre la limitación del Plan al suelo no urbanizable y la exclusión del urbanizable.

En todo caso, esa contradicción o incoherencia interna sólo podía resolverse y clarificarse mediante el examen del problema sustantivo, es decir, de la concurrencia o no de características naturales en los terrenos dignas de protección para su inclusión en el PORN, con independencia de las resoluciones judiciales sobre la clasificación urbanística de los terrenos, pues esa clasificación debía ceder ante el PORN, y no al contrario, como parece no asumir la sentencia en la medida en que el fundamento de derecho sexto antes transcrito declara la reserva de la competencia municipal para, en ejercicio del ius variandi, y "para el caso que estime concurrentes en la parcela objeto del presente procedimiento especiales valores mercedores de especial protección, proceda a alterar la clasificación de la finca", con olvido de que el PORN prevalece sobre el planeamiento urbanístico y no al revés.

En consecuencia, mediante una interpretación equivocada de una fase de la Memoria (que obvia la existencia de valores medio ambientales en la finca), la Sala de instancia ha dado prevalencia a la mera clasificación formal urbanística de la finca sobre sus valores sustantivos, alterando así e infringiendo lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley estatal 4/89, de 27 de marzo.

Atendiendo, por tanto, a la existencia de tales valores naturales, no rebatida ni desvirtuada en la instancia, resulta ociosa la hipótesis que indica la sentencia sobre la causa del error en la que, a juicio de la Sala, incurre la documentación gráfica del PORN (hipótesis que descansa en el argumento de que la inclusión de la finca en la documentación gráfica del PORN se debió a su clasificación formal en las Normas Subsidiarias como suelo no urbanizable, cuando debió ser urbanizable como confirmaron posteriormente las resoluciones judiciales, de forma tal que si su clasificación formal hubiera sido la de urbanizable no se hubieran incluido en el PORN) pues tal hipótesis resulta contradicha por la existencia de valores de especial protección en los terrenos y por el hecho de que la Administración los incluyó en el ámbito del PORN de forma plenamente consciente.

Y en todo caso, esa sucinta frase de la Memoria no puede prevalecer sobre la clara y deliberada inclusión de la finca en el ámbito del PORN según resulta del clausulado y planimetría del mismo; inclusión que la propia actora en la instancia reconoció cuando impugnó el Decreto aprobatorio del PORN, justamente porque en sus determinaciones se incluía dicha finca.

En definitiva, lo que se ha demostrado en el pleito es precisamente que, en lo que se refiere a la finca de referencia, la frase de la Memoria es errónea, caso en el que no resulta aplicable la doctrina de este Tribunal sobre la prevalencia, en caso de discordancia, de la parte literaria de los planes urbanísticos sobre la parte gráfica, que es aplicable únicamente en los casos en que no es posible detectar dónde se encuentra el error.

SÉPTIMO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede condena en las costas del mismo, sin que, por otra parte, se aprecien razones para la imposición de las causadas en la instancia (artículo 139 LJCA).

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

FALLO

Que declaramos haber lugar al recurso de casación núm. 3511/2005 interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra la sentencia

dictada el 21 de febrero de 2005 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en su recurso contencioso administrativo núm. 1440/1999, sentencia que casamos y dejamos sin efecto.

Y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad "Urbatorre S.A." contra el Decreto 26/1999, de 11 de febrero, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional de la Comunidad de Madrid, por el que se aprobó el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para el Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno. No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gammella.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yague Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

2009/265788

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 16 noviembre 2009. Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

Competencias de ejecución del País Vasco

Requerimiento por la Comunidad Autónoma al Estado de copia de autorización de contratación de un servicio de vigilancia con arma

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco que desestimó el recurso formulado contra el escrito dirigido por el Departamento de Interior solicitando la remisión a la Unidad de Seguridad Privada de la Ertzaintza copia de la autorización para la contratación de los servicios de seguridad con arma que se prestan en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco. La Sala aplica la doctrina fijada por el TC que declaró que el art. 81,1, c) y 2 reglamento de seguridad privada vulnera las competencias de la Generalidad de Cataluña, lo que se aplica también al supuesto exami-

nado, dado que el País Vasco también ostenta competencias de ejecución en materia de seguridad ciudadana y que el parque tecnológico de Álava no es un espacio extracomunitario o supracomunitario, por lo que no resulta aplicable la doctrina de esta Sala alegada por el actor, y que está referida a un aeropuerto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación núm. 4866/05 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección 1ª) dictó en fecha de 29 de abril de 2005, en su recurso contencioso administrativo núm. 212/2003, por medio de la cual se desestimó el formulado por el Sr. Abogado del Estado, en la representación que ostenta de la Administración General del Estado, contra el escrito dirigido el día 21 de noviembre de 2002 por el Departamento de Interior (Viceconsejería de Seguridad, Dirección de Seguridad Ciudadana) del Gobierno Vasco al Parque Tecnológico de Álava, en los siguientes términos:

"Asunto: autorización de servicios con armas para vigilantes de seguridad.

Muy Sres. nuestros: Por medio de la presente se les solicita remitan a la Unidad de Seguridad Privada de la Ertzaintza copia de la autorización para la contratación de los servicios de seguridad con arma que se prestan en su establecimiento. Todo ello en virtud del cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 81 del RD 1123/01, de 23 de noviembre y artículo 4.i) del Decreto 309/96 de 24 de diciembre, en materia de seguridad privada y del ejercicio de las competencias en la CAPV.

Así pues, en cumplimiento de los preceptos legales citados, la documentación requerida deberá entregarse y/o remitirse a la mayor brevedad en un plazo no superior a 15 días".

SEGUNDO.- En su demanda, la Administración del Estado adujo, en síntesis, que el Reglamento de desarrollo de la Ley de Seguridad Privada 23/1992, aprobado por RD 2364/1994, recoge en su Disposición Adicional Única las funciones que en el ámbito de la seguridad privada corresponden a las Comunidades Autónomas, sin que en dicha disposición se incluya ninguna previsión atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma vasca para otorgar las autorizaciones para el servicio de vigilancia de seguridad con armas de fuego en el ámbito del Parque Tecnológico de Álava, habida cuenta que dicha autorización corresponde a la Administración General del Estado. Adujo, en este sentido, que la

prestación de servicios con armas viene regulada en el artículo 81 del citado Reglamento de Seguridad Privada, en cuyo apartado c) se establece que “los vigilantes sólo desempeñarán con armas de fuego los siguientes servicios: (...)

c) En los siguientes establecimientos, entidades, organismos o inmuebles, cuando así se disponga por la Dirección General de la Policía en los supuestos que afecten a más de una provincia, o por los Delegados o Subdelegados del Gobierno, valoradas circunstancias tales como la localización, el valor de los objetos a proteger, la concentración del riesgo o peligrosidad, la nocturnidad u otras de análoga significación: (...)

4. Polígonos industriales y lugares donde se concentre almacenamiento de materias primas o mercancías “. Concluyó, pues, el Abogado del Estado que, no habiendo en la Disposición Adicional Única antes mencionada ninguna previsión que traslade esta competencia a la Comunidad autónoma requirente, sólo cabía concluir que carecía de dicha competencia.

Sobre esta base, apuntó la Administración demandante que el requerimiento dirigido por la Administración autonómica demandada había citado a fin de justificar su competencia, además de la referida Disposición Adicional Única del Reglamento de seguridad privada (insuficiente para sustentar el requerimiento por las razones expuestas), el artículo 4.1 del Decreto 309/1996, del Gobierno Vasco, que regula el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el que se establece que “Corresponde a la Viceconsejería de Seguridad, en base a lo dispuesto en la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada y el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, el ejercicio de las competencias relativas a empresas de seguridad que se especifican a continuación: (...)

i) Autorizar la prestación de servicios de vigilancia con armas por parte de los guardas particulares de campo y de los vigilantes de seguridad, teniendo en cuenta los supuestos y circunstancias enumerados en el art. 81 del Reglamento de Seguridad Privada”; pero este segundo inciso suponía una interpretación extensiva de las funciones del Gobierno Vasco carente de cobertura suficiente.

TERCERO.- Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo, remitiéndose a lo anteriormente dicho por la misma Sala en su sentencia de 7 de diciembre de 2001, recaída en el recurso contencioso-administrativo 2042/1998; y el Sr. Abogado del Es-

tado, en su escrito de interposición, alega, precisamente, que esa sentencia de 7 de diciembre de 2001 fue recurrida en casación, y el recurso fue estimado por sentencia de esta Sala y Sección de 15 de marzo de 2005 (RC 1415/2002).

CUARTO.- Con carácter previo al examen del motivo casacional hemos de resolver sobre la inadmisibilidad del recurso de casación opuesta por el Sr. Letrado del Gobierno Vasco, quien aduce que el recurso es inadmisibile porque bajo la cita formal de preceptos estatales como infringidos, en realidad se está sometiendo a discusión la interpretación y aplicación de normas de Derecho Autonómico.

Alegación que hemos de rechazar, pues el escrito de interposición está correctamente fundamentado en la infracción de normas estatales (la disposición adicional 4ª de la Ley 23/92, de Seguridad Privada, y el artículo 81 y disposición adicional única del RD 2364/1994, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de dicha Ley), y esas normas estatales son, sin duda, relevantes para el estudio del tema controvertido.

QUINTO.- Entrando, pues, al examen del tema de fondo, hemos de comenzar nuestra respuesta recordando que, en efecto, en esa nuestra sentencia antes citada de 15 de marzo de 2005 estimamos el recurso de casación y, consiguientemente, estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por el Abogado del Estado contra una Resolución del Viceconsejero de Seguridad del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, por la que se autorizó a una entidad bancaria para poder contratar, con una empresa de seguridad autorizada para la actividad correspondiente, la realización de un servicio de vigilancia con armas en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Razonamos, en dicha sentencia, que la autorización de servicios de seguridad con armas es competencia estatal.

Ahora bien, con posterioridad a esta sentencia de 15 de marzo de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional dictó la sentencia 154/2005 de 9 de junio, en el conflicto positivo de competencia 1903/1995 y acumulados, estimando parcialmente el conflicto positivo promovido por la Generalidad de Cataluña en relación con el Real Decreto 2364/1994 de 9 de diciembre (por el que se aprueba el reglamento de seguridad privada), y declarando que “vulneran las competencias de la Generalidad de Cataluña las facultades de ejecución atribuidas a órganos de la Administración General del Estado por los arts. 65.3 y 81.1 c) y 2 del Reglamento de seguridad privada”.

Señaló el Tribunal Constitucional, en dicha sentencia, lo siguiente: “En

relación con el art. 81.1 c) y 2 el Letrado de la Generalidad de Cataluña no objeta la regulación material, pero considera que la autorización del desempeño del servicio con armas por parte de órganos estatales en ambos supuestos conculca las competencias autonómicas relativas a su Policía.

El Abogado del Estado discrepa de este planteamiento y señala que la Generalidad no ha asumido ninguna competencia sobre el personal de seguridad privada, pues constituye una submateria de la seguridad pública (art. 149.1.29ª CE). Además aduce que estos artículos, que regulan la utilización de armas, se inscriben en la competencia exclusiva del Estado sobre “régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas” (art. 149.1.26 CE).

Acerca de la cuestión que aquí se suscita hay que tener en cuenta que en nuestra STC 32/1993 ya examinamos una controversia competencial que, en uno de sus aspectos, se concretaba en el alcance que pudiera tener la regulación atinente al armamento que pudiera emplear el Cuerpo de Agentes Rurales y, al respecto, nos pronunciamos indicando que la normativa vigente “no puede ser otra que la establecida por el propio Estado, que es al que corresponde en exclusiva la decisión última sobre la tenencia y uso de armas (art. 149.1.26 CE)” (STC 32/1993, de 1 de febrero, F. 3).

En este caso la Generalidad no discute que el Estado sea competente para regular los supuestos en que el personal de seguridad privada pueda excepcionalmente prestar su servicio con armas de fuego, sino sólo la determinación de los casos concretos en los que, en el marco de las previsiones del precepto, procede efectivamente prestar así el servicio, mediante la valoración de las circunstancias que lo imponen en cada ocasión.

Pues bien, no hay duda que todas esas circunstancias remiten a un juicio prospectivo sobre los peligros que potencialmente pueden comprometer la integridad de determinados establecimientos o inmuebles y, de este modo, a una actividad típica y genuinamente policial, pues la prevención y protección frente a los riesgos que amenazan la seguridad de personas y bienes, con independencia ahora en este último caso de su titularidad pública o privada, obviamente lo es.

Esta caracterización de las potestades administrativas consideradas como propias de las funciones policiales determina que la competencia para autorizar los servicios que los vigilantes de seguridad pueden prestar con armas bajo determinadas circunstancias corresponde a los órganos policiales de la Generalidad de Cataluña.

Por tanto el art. 81.1 c) y 2 vulnera las competencias de la Generalidad de Cataluña”.

Las consideraciones expuestas en esta sentencia del Tribunal Constitucional son, “mutatis mutandis”, extensibles al caso que nos ocupa (dadas las competencias de ejecución en materia de seguridad ciudadana que ostenta la Comunidad Autónoma del País Vasco en virtud de la Disposición Adicional 1ª de la Constitución y el artículo 17 de su Estatuto de Autonomía) y de ellas fluye, en definitiva, la consecuencia de que el presente recurso de casación debe ser desestimado, al no referirse el requerimiento impugnado a ninguno de los espacios extracomunitarios y supracomunitarios reservados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el artículo 17.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por L. O. 3/79, de 18 de diciembre, lo cual justifica la no aplicación al caso de nuestra doctrina expresada en la sentencia de 13 de noviembre de 2009 (casación 4700/05) que se refería a un aeropuerto.

SEXTO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación procede condenar a la parte recurrente en las costas del mismo (artículo 139.2 de la L.J. 29/98).

Esta condena, a la vista de las actuaciones procesales, sólo alcanza, con respecto a la minuta de Letrado de la parte recurrida, a la cantidad máxima de 3.000'00 euros.

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

FALLO

Que declaramos no haber lugar y desestimamos el recurso de casación núm. 4866/05, interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia de 29 de abril de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su recurso contencioso administrativo 212/2003; y condenamos a la parte recurrente en las costas de casación, en la forma dicha en el último fundamento de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gammella.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yague Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que 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.



2009/225071

TS Sala 1ª, Sentencia 19 junio 2009.
Ponente: D. Vicente Luis Montes Penadés

Existencia de causa en la adquisición de edificio

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad recurrente, contra la sentencia dictada por la AP, dimanante de los autos de mayor cuantía, casa y anula la misma, acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por la ahora recurrente, desestimando íntegramente la demanda y absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella formuladas. Considera el Tribunal, que debiendo rechazar la posición de la sentencia de primera instancia que acoge la tesis de la actora, en el sentido de haberse producido un decaimiento de la causa del negocio celebrado entre las partes litigantes, al no existir en el caso un problema de causa, ni de inexistencia ni de sobrevenida desaparición dado que la causa existe de modo claro en el momento de la formación de los negocios -adquisición de un edificio, terrenos y otros elementos sobre o con los que se ejercita una actividad empresarial de hipermercado-, así como en el momento en que la junta general vino a ratificar la actuación de los consejeros delegados.

2009/234624

TS Sala 1ª, Sentencia 23 septiembre 2009.
Ponente: D. Román García Varela

Inexistencia de error judicial en ejecución provisional de sentencia

El TS desestima la demanda de reconocimiento de error judicial interpuesta por la mercantil ejecutada, contra el auto dictado por el juzgado de primera instancia en el que se despacha la ejecución provisional de la sentencia dictada en apelación, la cual revocó parcialmente la sentencia de instancia, sólo en el extremo relativo a la parte del precio pendiente de pagar, resultando decisivo en dicha desestimación para el Tribunal la no ad-

misión del rec. de casación interpuesto por la ejecutada declarando firme dicha sentencia.



2009/234650

TS Sala 2ª, Sentencia 21 septiembre 2009.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Inaplicación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa

Desestimando el recurso de casación interpuesto por la acusación particular, la Sala acoge parcialmente los formulados por los acusados contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos contra la salud pública y asesinato. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, pues al haberse ya impuesto a estos condenados la privación de libertad máxima que permite dicho precepto para la compatibilidad con esa responsabilidad personal subsidiaria, es decir, los cinco años de prisión, llegados ya por esa vía al tope máximo legal de esos cinco años, no procede la aplicación, además, del arresto sustitutorio del impago de las multas, que supondría un exceso sobre dicho límite.

2009/234663

TS Sala 2ª, Sentencia 1 octubre 2009.
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

Inaplicación de atenuante de confesión en delito contra la salud pública

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito contra la salud pública. Afirma el TS que no existe en el "factum" elemento alguno que suministre apoyo para la validez de la atenuación reivindicada, por cuanto la atenuante de confesión -cuya admisibilidad como atenuante analógica ha sido expresamente aceptada por esta Sala en numerosos precedentes-, no puede hacerse depender de la encomiable actividad de los padres del acusado que

ofrecen, primero a la policía, después al juez de instrucción, datos de las amistades que pudieron haber inclinado a su hijo a la comisión del delito por el que éste ha sido enjuiciado.



2009/234776

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 9 octubre 2009.
Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

Inexistencia de responsabilidad patrimonial de la comunidad autónoma al existir relación contractual con la comunidad de regantes

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Andalucía y en su lugar desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el recurrente contra la resolución de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, desestimatoria de la reclamación indemnizatoria por aquel formulada, en concepto de responsabilidad patrimonial. La Sala considera que la resolución impugnada, en cuanto inadmitió a trámite el recurso por extemporáneo, debió admitirlo en aplicación del art. 41 Reglamento 5/1995 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, y entrando a conocer el asunto planteado, declara la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Junta de Andalucía, exponiendo que si el actor algo tiene que reclamar por los daños ocasionados en su propiedad por las fugas y filtraciones de aguas, deberá hacerlo a la comunidad de regantes en cuanto cesionaria a título de dominio de las instalaciones de riego.

2009/234747

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 2 octubre 2009.
Ponente: D. Pilar Teso Gamella

Modificación del planeamiento respecto de parcela cuya clasificación fue anulada judicialmente

El TS declara no haber lugar al recurso de casación instado contra los autos

dictados en incidente de ejecución de sentencia, pues si bien el cumplimiento derivado de la sentencia no puede ser alterado por actos administrativos posteriores, ya que por dicha vía se llegaría a la conclusión de que una actividad administrativa posterior haría quebrar el cumplimiento de una sentencia firme, lo que, además de lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva en el que se integra la garantía procesal de la cosa juzgada material, comprometería la finalidad que late en el art. 103,4 LJCA. Sin embargo, no se está ante el supuesto de tal artículo, ni procede la nulidad por tal causa cuando lo acordado en la sentencia se cumplió, la clasificación del suelo se cambió, y años después el planificador en el ejercicio de su potestad discrecional mantiene la misma clasificación si bien con sujeción al régimen propio del suelo urbano. Con lo que se quiere decir que si bien un plan general, como cualquier disposición general o acto administrativo, puede dictarse con la finalidad de eludir o burlar el cumplimiento de una sentencia judicial, como advierte y sanciona el art. 103,4 LJCA, ello no es lo sucedido en este supuesto atendidas las circunstancias del caso, la cronología de los hechos y el propio contenido de las normas del plan, desde la perspectiva limitada de nuestro enjuiciamiento exclusivamente destinado a velar porque lo acordado judicialmente se cumpla.



2009/234807

TS Sala 4ª, Sentencia 23 septiembre 2009.
Ponente: D. Víctor Fuentes López

Nulidad parcial del Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la comunidad autónoma demandada frente a sentencia que acogió la demanda sobre conflicto colectivo por impugnación del art. 37,2 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid 2004-2007 y, en consecuencia, reconoció el derecho del personal temporal a devengar trienios por cada tres años de servicios, en los mismos términos que los establecidos para el personal fijo.

La Sala confirma que el párrafo denunciado vulnera lo dispuesto en el art. 15,6 ET sobre la no discriminación de los trabajadores con contrato por tiempo determinado, al no estar justificada la desigualdad de trato establecida en dicho precepto convencional no pudiendo un convenio colectivo restringir los derechos de los trabajadores temporales; por todo lo cual se confirma la nulidad del referido art. 37,2 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid.