



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVI. Número 2738

Madrid, lunes 28 de septiembre de 2009

## TS PENAL

2009/72826

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

Carácter solidario de la obligación de indemnizar de los condenados

### Delito continuado de estafa en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil

*Frente a la sentencia que condenó a los acusados por un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil, con la atenuante de dilaciones indebidas, se interpone recurso de casación por los mismos así como por el Ministerio Fiscal. El TS desestima el recurso interpuesto por los acusados y señala que ha quedado probado que los mismos crearon diversos equipos de mediadores de seguros ficticios falsificando los correspondientes contratos de agencia y celebraron pólizas falsas por las que se embolsaron las correspondientes comisiones. El Alto Tribunal estima, en cambio, el recurso del Ministerio Público puesto que la AP distribuyó las diferentes cuotas indemnizatorias correspondientes a cada condenado, sin advertir que esa distribución debe hacer referencia a las relaciones internas entre ellos, pero que en nada ha de afectar a la obligación solidaria que todos tienen, en orden a la reparación de los perjuicios causados con los delitos, frente a los perjudicados.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Amador:

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia como autor de un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con otro continuado de estafa, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de tres años y seis meses de prisión y multa, fundamenta su Recurso de Casación en seis diferentes motivos, el Primero de ellos al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24 de la Constitución Española, denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que le ampara, al considerar que el material probatorio que sirve de base a su condena, no constituye en realidad, ni

respecto de la falsedad ni de la estafa, prueba de cargo mínima y suficiente, desde un punto de vista racional y lógico, para enervar ese derecho a la presunción de inocencia que le asiste.

Baste, para dar respuesta a tal alegación, recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber:

a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración;

b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su

producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos;

c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en el tercer párrafo del Fundamento Jurídico Tercero de la Resolución de instancia, en el que se enuncian y analizan una serie de pruebas, declaraciones testimoniales, documentos y, de modo muy especial, las manifestaciones de las propias coimputadas que le imputan a Amador la condición de verdadero organizador y director de la trama defraudatoria, evidentemente con interés exculpativo, lo que exige, como sabemos, la presencia de verdaderos elementos de corroboración.

A este respecto, la Sala de instancia nos ofrece un copioso y convincente conjunto de argumentos, que han de ser considerados más que suficientes para la condena de Amador, cuando recuerda su condición de superior de las otras acusadas, perfecto conocedor de la organización y funcionamiento de la Entidad para la que trabajaba desde hace años, la absoluta necesidad de que conociera inexistencia de los comerciales que se suponía que integraban los equipos que realizaban la contratación inventada, toda vez que no sólo era supuestamente su jefe sino que, además, también le correspondía proponer su nombramiento y controlar las claves precisas para que les abonaran las futuras comisiones devengadas con su trabajo, añadiéndose a todo ello el que el tes-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Indemnización a EGEDA por la retransmisión de imágenes televisivas en el hotel 5

Calificación de precario en cesión de vivienda a título gratuito 7

#### PENAL

Delito continuado de estafa en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil 1

Absolución del delito de lesiones imprudentes y contra el medio ambiente por uso de plaguicidas 4

#### ADMINISTRATIVO

Nulidad parcial del reglamento de segunda actividad de la guardia urbana de Barcelona 8

Sujeción al IAE de los arrendamientos de inmuebles que supongan actividad económica 11

#### SOCIAL

Licencia a favor de familiares en caso de parto normal sin complicaciones 12

Denegación de cambio horario sin reducción de jornada 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

tigo representante de la Compañía ha declarado ante el Tribunal que el recurrente reconoció, a su presencia, la autoría de los hechos y, lo que es más, que en su propia mesa de trabajo fueron ocupados recibos en papel por importes que constaban como abonados por los inexistentes tomadores, copias destinadas al cliente de las falsas pólizas y talones de justificantes de comisiones que deberían de estar en poder de los mediadores también inexistentes.

Por último, incluso recibía de las hermanas Isabel Asunción las cantidades que éstas entregaban para cubrir algunas de las primas a fin de ocultar el fraude que se estaba cometiendo mediante un sistema que la Audiencia denomina de "retroalimentación", cantidades que Amador ingresaba en una cuenta de la que él mismo era titular, antes de enviarlas finalmente a la Compañía.

Frente a ello, el Recurso se extiende en alegaciones que pretenden sencillamente combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, con lo que, en definitiva, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

Razones por las que este motivo ha de desestimarse.

**SEGUNDO.-** Por su parte, el motivo Quinto de este Recurso contiene la pretensión de modificar los hechos declarados como probados por la Resolución de instancia, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que concurre un error en la apreciación de la prueba llevada a cabo por el Tribunal "a quo", que se desprende de documentos obrantes en las actuaciones, en concreto de las manifestaciones del propio denunciante/perjudicado que declaró que los tres acusados "cedieron o renunciaron al rescate de las pólizas que tenían", lo que resulta relevante por la consecuencia de ello derivada de que a Amador también le fuera de aplicación la atenuante analógica de reparación parcial de los perjuicios causados por el delito, en la misma forma en que se hizo para con las otras dos condenadas en esta Causa.

Y es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en

las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de junio y 3 de octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "litosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico.

Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, ya que, no sólo carecen inicialmente del carácter de litosuficiencia, de manera absoluta, lo que no son sino meras declaraciones de un testigo, por mucho que se trate del propio representante de la perjudicada, sino que, además tampoco queda totalmente claro el alcance de esas manifestaciones, en el caso de Amador, aunas de cualquiera otra acreditación, y toda vez que no fueron valoradas por la Audiencia, sin duda porque no consta que expresa y formalmente hubiera sido interesada en su momento la atenuante por este recurrente, de modo que no cabe, en manera alguna, hablar de error evidente en la valoración probatoria llevada a cabo por la recurrida.

En definitiva, el motivo, a semejanza del anterior, de nuevo ha de desestimarse.

**TERCERO.-** Por último, los motivos Segundo, Tercero, Cuarto y Sexto, invocan (ex art. 849.1º LECr) la existencia de diferentes infracciones en la aplicación de la norma sustantiva llevada a cabo por los Jueces "a quibus" sobre los hechos previamente declarados como probados.

El cauce casacional aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, tan solo supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, no obstante, siempre ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo

acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En el presente caso, según el criterio de quien recurre, los preceptos infringidos serían los siguientes:

1) Los artículos 74, 248.1 y 249 del Código Penal, en cuanto que definidores del delito de Estafa continuada objeto de condena (motivo Segundo).

Pero, por mucho que el recurrente prosiga afirmando en este motivo "...que no se acredita (sic) la concurrencia de actos a él imputables subsumibles en la figura del delito de estafa que se le imputa y que viene tipificada en los preceptos legales mencionados", lo cierto es que, desestimado como hemos visto el motivo que aludía a deficiencias en la acreditación de los hechos, la narración de éstos que nos ofrece la Resolución de instancia es de sobra suficiente para soportar la calificación jurídica de los mismos como constitutivos de un delito continuado de estafa en el que participó, según ese mismo relato como autor, el recurrente, pues inventar colaboradores y clientes inexistentes, confeccionando pólizas falsas, a fin de cobrar las correspondientes comisiones que, por este engañoso procedimiento, abonó la Aseguradora a Amador y sus dos subordinadas, supone, sin duda, la comisión del referido ilícito.

2) Los artículos 390.1 2º en relación con el 392 del Código Penal, indebidamente aplicados al describir la falsedad en documento mercantil (motivo Tercero) cuando, en todo caso, lo procedente habría sido calificar la conducta del recurrente como simple uso de documentos falsos del artículo 393, indebidamente inaplicado (motivo Cuarto).

Nuevamente, la literalidad de la narración fáctica relata cómo Amador, en su condición de Director de Área de la Compañía y juntamente con sus Jefes de Equipo, Asunción y Isabel, llevaron a cabo su actuación fraudulenta, sirviéndose para ello de diversa documentación que había sido confeccionada falsariamente, haciendo constar en ella la identidad de personas que no habían intervenido y reflejando operaciones igualmente irreales, lo que, aún cuando no se pueda determinar concretamente quiénes fueran los autores materiales de tales falsedades, es base más que suficiente para atribuir también la autoría del delito mendaz a los condenados, de acuerdo con rei-

teradísima doctrina de esta Sala al respecto, como la contenida en la STS de 31 de octubre de 2007, cuando dice:

“...el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, entre otras razones, por cuanto se admite la posibilidad de la autoría mediata. De lo indicado se deduce que, aunque normalmente, el autor será el que materialmente ha confeccionado (alterado o dañado) el documento, sin embargo es posible admitir la autoría (no solo por la vía de la autoría mediata o la inducción) en casos en los que la persona no ha sido quien materialmente confeccionó el documento.

Son los supuestos de coautoría en los que existe un dominio funcional del hecho conforme al plan trazado por los autores.

En este sentido en la STS 146/2005 de 7.2 se recuerda que la autoría en el delito de falsedad no se limita a la persona concreta que realice la materialidad de la imitación de la firma, u otro elemento mendaz en que tal falsedad consista, sino que cabe la coautoría siendo reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala que afirma que en supuestos de falsedad documental no se impide la condena por autoría, aunque se ignore la identidad de quien ejecutara materialmente la confección falsaria del documento, siempre que conste la intervención del acusado en el previo concierto para llevar la misma o haya dispuesto del “dominio funcional del hecho”, bastando el concierto y reparto previo de papeles para la realización, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción, con tal que tenga u ostente el condominio del hecho, SSTS 27.5.2002, 7.3.2003 y 6.2.2004, entre otras, recordando esta última que “a estos efectos resulta indiferente que el artífice material sea el propio acusado o una persona a la que se encarga esta misión”.

En idéntica línea, multitud de Resoluciones como las SsTS de 27 de septiembre de 2002 o 19 de febrero de 2003, entre otras.

3) Y el artículo 21.5ª, atenuante de reparación del perjuicio causado (motivo Sexto), que habría de aplicarse como consecuencia de la rectificación de hechos probados interesada en el motivo Quinto, cuya desestimación, obviamente, ha de suponer también la de éste.

Estos últimos motivos por lo tanto también se desestiman y, con ellos, el Recurso en su integridad.

B) Recurso de Asunción e Isabel:

CUARTO.- Las otras dos recurrentes, condenadas también por los mismos delitos del anterior, en este caso con la concurrencia de las atenuantes analógicas de dilaciones in-

debidadas y reparación parcial del perjuicio causado, a las penas de dos años y cuatro meses de prisión y multa, para cada una de ellas, plantean su Recurso con apoyo en cuatro distintos motivos, de los que el Primero, con cita de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.2 de nuestra Constitución, se refiere a la infracción del derecho a la presunción de inocencia de las recurrentes en relación con el delito de falsedad en documento mercantil, ya que afirman que no existe prueba alguna de que fueran ellas quienes confeccionaron los documentos falsos a los que la Sentencia recurrida se refiere.

Tan sólo hemos de remitirnos a lo ya dicho anteriormente, en el apartado 2) del Fundamento Jurídico Tercero de esta misma Resolución, en respuesta al tercer motivo del anterior Recurso, para afirmar la irrelevancia de cualquier alegación acerca de la acreditación de la autoría material de la falsedad de los documentos empleados en la comisión de la estafa, que es precisamente lo que aquí se cuestiona por las recurrentes.

Por lo que este motivo se desestima.

QUINTO.- Finalmente, los restantes motivos, Segundo a Cuarto, por vía del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncian la indebida aplicación de diferentes preceptos legales, a saber:

1) Los artículos 390.1 3º y 392 del Código Penal, puesto que, como ya se ha visto, sostienen las recurrentes su ausencia de participación en la confección falsaria de documentos, por lo que, en cualquier caso, sólo deberían ser condenadas en virtud del artículo 393, que castiga el mero uso de documentos de ese carácter (motivo Segundo).

Reiterando lo ya expuesto en el Fundamento Jurídico anterior y los razonamientos a los que éste se remite, resulta evidente la improcedencia del motivo.

2) El artículo 66.1 2ª en relación con el 21.6ª del Código Penal, puesto que la atenuante de dilaciones indebidas debería haberse tenido en cuenta como muy cualificada.

Mas no concurren en este supuesto, y en concreto en la narración de hechos probados que, de acuerdo con la naturaleza del motivo, ha de ser estrictamente respetada, donde como dato más relevante al respecto se alude al retraso de un año en elaborar una prueba pericial caligráfica, aquellas razones verdaderamente excepcionales que justificarían la cualificación de una circunstancia atenuante que ya fue aplicada con cierta generosidad por la Audiencia, si se tiene en cuenta la indudable complejidad de las actuaciones, y no sólo de la fase de Instrucción, al haberse tenido que investigar la existencia de

mediadores y clientes supuestos, examinar el resultado de la actividad laboral de los acusados para determinar qué parte de éste se correspondía con actividades falsarias, etc. y, en definitiva, llevar a cabo el acopio del material probatorio correspondiente y su disposición para la práctica en el Juicio oral.

3) El artículo 77.2 del Código Penal, ya que por la Audiencia se ha incumplido el mandato contenido en esa norma de no aplicar la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave de las que integran el concurso medial si con ello se alcanza un resultado que excede de la punición por separado de tales infracciones.

El Fiscal apoya expresamente este motivo y, en esta ocasión, tanto las recurrentes como el Ministerio Público carecen de razón alguna, debiendo tenerse por completamente adecuada la sanción impuesta por la Audiencia.

En efecto, el Recurso incurre ya inicialmente en error cuando afirma que la pena privativa de libertad aplicable al delito de estafa continuada, con la rebaja correspondiente a la concurrencia de dos atenuantes, sería la de seis meses a un año de duración, cuando ello no es cierto y, por eso, con su error, convence y arrastra al Fiscal, que no viene sino a recordarnos, con carácter general, la doctrina de esta Sala acerca de los términos a tener en cuenta en el cálculo de las penas aplicables para determinar cuál resulta más beneficiosa para el reo.

Lo cierto es que, si la estafa del artículo 250 del Código Penal, como es ésta ante la que nos encontramos, está castigada, básicamente, con pena que discurre entre uno y seis años, por mor de la aplicación del artículo 74, al tratarse de un delito continuado, esa sanción se eleva a su mitad superior, es decir, a la que se extiende entre los tres años y seis meses y seis años.

A su vez, por aplicación de la rebaja consecuente con la concurrencia de dos atenuantes, la pena de prisión de dicho ilícito, independientemente considerado, es la de un año y nueve meses hasta tres años y seis meses.

Por otra parte, la falsedad del artículo 392, castigada con pena de prisión de seis meses a tres años, por ser continuada, ha de sancionarse en este caso con privación de libertad de un año y nueve meses a tres años, con lo que incluso con la rebaja también aquí de un grado, lo que resultaría además discutible a la hora del castigo por separado de ambas infracciones dado que la atenuante de reparación del perjuicio causado es cuando menos de dudosa aplicación a un delito de falsedad que, independientemente de otros y por su propia naturaleza, no es causante de tales perjuicios, en todo caso la pena a im-

poner sería la que va desde los diez meses y quince días a un año y nueve meses de duración.

De modo que siempre será superior la suma de los mínimos imponibles a cada delito por separado, un año y nueve meses por la estafa más diez meses y quince días por la falsedad, que hacen un total de dos años, siete meses y quince días, que los dos años y cuatro meses impuestos en la Resolución de instancia que, por tales razones, merece también en este punto ser confirmada, con íntegra desestimación del presente Recurso.

C) Recurso del Ministerio Fiscal:

SEXTO.- A su vez, el Fiscal también recurre la Sentencia de instancia, con un Único motivo, sobre la base del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en referencia a la indebida aplicación del artículo 116.2 del Código Penal, puesto que la Audiencia distribuyó las diferentes cuotas indemnizatorias correspondientes a cada condenado, sin advertir que esa distribución debe hacer referencia a las relaciones internas entre los mismos, de cara a un eventual derecho de repetición entre ellos, pero que en nada ha de afectar a la obligación solidaria que todos tienen, en orden a la reparación de los perjuicios causados con los delitos, frente a los perjudicados, como consecuencia de lo dispuesto en el referido precepto cuando dice que “Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.”

Por lo que es obvia la procedencia del Recurso del Ministerio Público, por el error en que incurre la recurrida, que deberá, por ello, ser corregida mediante la posterior Segunda Sentencia que seguidamente se dictará.

D) Costas:

SÉPTIMO.- A la vista del contenido desestimatorio de la presente Sentencia, respecto de los Recursos de los condenados, deben serles impuestas a éstos las costas causadas por cada uno de ellos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los Recursos de Casación interpuestos por las Representaciones de Amador y Asunción e Isabel, estimando íntegramente el Recurso del Ministerio Fiscal, todos ellos formulados contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona,

el 21 de febrero de 2008, por delitos de falsedad y estafa, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se imponen a los recurrentes las costas correspondientes a sus respectivos Recursos.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- José Antonio Martín Pallín.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de abril de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 22 de Barcelona con el número 62/2007 y seguida ante la Audiencia Provincial de dicha capital por delito continuado de estafa en concurso medial de falsedad en documento mercantil, contra Isabel, con D.N.I. núm. 000, nacida en la Campana (Sevilla) el día 02-12-1969, hija de Francisco y de Dolores; Asunción, con DNI núm. 001, nacida en la Campana (Sevilla) el día 12-05-1964, hija de Francisco y de Dolores; Amador, con D.N.I. núm. 002, nacido en Barcelona el día 26-10-1945, hijo de Luis y de M<sup>a</sup> Victoria, y Leonardo, con DNI núm. 003, nacido en Puebla de Arenoso (Castellón) el día 18-09- 1952; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 21 de febrero de 2008, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

### ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Sexto Fundamento Jurídico de los de la Resolución que precede, resulta plenamente estimable la preten-

sión del Ministerio Fiscal respecto de la solidaridad, frente a los perjudicados, de la obligación de indemnizar que compete a quienes fueron condenados por la Resolución de instancia (art. 116.2 CP), por lo que habrá de incluirse la mención expresa de ese carácter solidario en la parte dispositiva de esta Resolución, corrigiendo también, en este extremo, el Fallo de la previa Resolución de la Audiencia.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

## FALLO

Que debe declararse el carácter solidario, frente a los perjudicados, de las obligaciones indemnizatorias impuestas a los condenados y fijadas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona a la que se refieren las presentes actuaciones, manteniendo el resto de los pronunciamientos de dicha Resolución de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- José Antonio Martín Pallín.

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

2009/112126

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 27 mayo 2009. Ponente: D. Luciano Varela Castro

## Al no poderse prever el resultado lesivo Absolución del delito de lesiones imprudentes y contra el medio ambiente por uso de plaguicidas

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de lesiones imprudentes y contra el medio ambiente. Sostiene el TS que la subsunción de hechos probados en el tipo penal invocado es inaceptable, pues la posibilidad de previsión del resultado lesivo no es predicable en absoluto desde el mero dato de que en la etiqueta del elemento continente del plaguicida aplicado por el acusado se haga*

*una referencia a que el uso se reserva a agricultores y aplicadores profesionales. Y, continúa la Sala, no cabe trivializar los datos de ausencia de influencia en un grupo de población -residencia de ancianos- próximo que permaneció indemne tras el uso de plaguicidas por el acusado.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En su primer motivo el recurrente denuncia, al amparo de artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la sentencia es fruto de un error en la valoración de la prueba que pone en evidencia los documentos que al efecto invoca: los que dan cuenta de las tomas de muestras, el informe del ingeniero municipal y los informes analíticos (obrantes en los folios 169 a 172 de la causa).

Los datos fácticos que derivarían de tales documentos serían, contra lo proclamado en la sentencia:

a) que el denunciado siguió utilizando determinados productos tras la prohibición de que lo hiciera;

b) el origen de la enfermedad lo es el uso de tóxicos fitosanitarios por el acusado.

Se añade a ello que el uso de tales productos tóxicos era restringido y no libre. De lo que derivaría, implícitamente, una restricción a zonas no urbanas que es donde los sujetos autorizados, agricultores, desenvuelven su actividad.

SEGUNDO.- Son presupuestos para la estimación del motivo invocado como recordábamos en nuestras Sentencias núm. 440/09 de 30 de abril, y, reiteramos en las 427/09 de 29 de abril, en las 248/09 de 11 de marzo, 771/08 de 26 de noviembre, 789/08 de 20 de noviembre, 770/08 de 18 de noviembre, 468/08 de 9 de julio, 469/08 de 9 de julio, 166/08 de 16 de abril y 398/2007 de 26 de abril que respecto al motivo casacional previsto en el ordinal 2 del art. 849 ha sido doctrina constante la manifestada, entre otras, en Sentencias de 8-8-1987, 21-7-1988, 19-4-1989, 20-2-1992, 2-2-1993, 21-5-1993, 14-12-1993, 21-2-1994 23-2-1995 y 23-5- 2002, conforme a la cual: "...para que pueda utilizarse con éxito la vía del núm. 2º del art. 849 de la LECrim, es preciso:

1º.- Que haya habido un error en la construcción del "factum", incluyendo extremos no acaecidos o excluyendo otros sucedidos.

2º.- Que el error se deduzca de particulares de una prueba que tenga naturaleza documental.

3º.- Que tales documentos acrediten el error por oponerse frontalmente y por sí mismos a lo declarado probado sin necesidad de interpretaciones o razonamientos que los com-

plementen -lo que se conoce por "litero suficiencia"-.

4º.- Que el error alegado sea trascendente para la subsunción.

5º.- Que las declaraciones de los documentos no aparezcan contradictorios por otros elementos probatorios, tenidos en cuenta por Tribunal de instancia..."

Desde luego el motivo de casación fundado en error en la valoración de la prueba admite, no solamente la exclusión de afirmaciones que se estimen erróneas, sino también la inclusión de afirmaciones omitidas en la sentencia contra la que se recurre.

En la Sentencia de 16 de marzo de 2004 se advierte, "...precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significativamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SSTS de 23 de junio y 3 de octubre de 1997, y por citar sólo dos)... Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "literosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior..."

Los documentos antes invocados no cumplen estas condiciones.

Por lo que concierne a la persistencia en el uso del producto tras el requerimiento formulado al efecto, no cabe atribuir literosuficiencia a tales documentos, porque éstos exigen la reelaboración de inferencias. Los documentos predicados obtenidos por funcionarios y el hecho atribuido son comportamientos del acusado. Aquellos datos documentados exigen, para su adecuada valoración, la emisión de dictámenes periciales, que el recurrente omite invocar. A la conclusión de la sentencia sobre los comportamientos del acusado han contribuido además, según la sentencia, otros medios probatorios. En efecto la sentencia afirma que excluye esa reiteración en el uso del plaguicida porque partiendo "de lo declarado por todos los testigos que han comparecido en el plenario -vecinos, empleados municipales, agentes de policía local, y técnicos de la Generalitat- se desprende precisamente lo contrario".

Es decir que el error -el relativo a la reiteración de fumigación tras ser requerido el autor acusado- no puede proclamarse en la medida que el documento invocado aparecería, en todo caso, en contraposición con otros medios probatorios que el recurrente no analiza ni combate en su motivo.

Y tampoco de las facturas de adquisición de productos -segunda serie de documentos invocados en el recurso- cabe colegir el uso de lo adquirido de manera necesaria. Es ob-

via, por ello, la ausencia de suficiencia del documento desde su mera literalidad para establecer que la realidad es diversa de la proclamada como probada.

Pero tampoco el otro dato fáctico esencial -el que concierne a la relación causal entre el acto imputado y el resultado lesivo- se muestra equivocado desde los documentos que, a ese efecto, se invocan por la recurrente.

En cuanto a los informes periciales, como antes dijimos, su invocación ha de reunir requisitos que no revisten, el de la Dra. Penélope y el del Dr. Tamara. Como el propio recurrente expone en su motivo, el informe de la primera doctora vincula el inicio de las dolencias de la víctima a la fumigación porque así "lo refiere la paciente", y no afirma en ningún momento, no podría hacerlo por ser ajeno a su ciencia, que la dolencia tiene por causa la fumigación realizada por el acusado. A lo sumo puede establecer la compatibilidad entre tal eventual causa y el efecto lesivo constatado. Nuevamente debemos recordar que el citado informe necesita para su interpretación de lago más que su lectura. Cuando menos de la explicación por la propia doctora. Explicación de la que el motivo no da cuenta. Así podría explicar si la "enfermedad" que califica de irreversible y de lenta, es la previa al cuadro que ella atendió, o es subsiguiente al episodio que lo desencadenó.

Por eso Doña. Tamara no lleva su aserto más allá de la afirmación de una "muy probable relación" entre un síndrome de hipersensibilidad química y ambiental múltiple y la exposición repetida a insecticidas ambientales.

Nuevamente la diagnosis citada exige, cuando menos, no pocas precisiones a realizar por el emiteente. El cual no excluye la conveniencia de una segunda opinión. Lo que nuevamente deja claro la insuficiencia del texto escrito para establecer la relación causal que la sentencia excluye.

Así pues los citados informes, sobre no ser contundentes, exigen posteriores elaboraciones inferenciales, lo que les priva de valor de documento casacional. A lo que ha de añadirse que, como dice la sentencia, los informes no cierran el eventual protagonismo causal a otros múltiples factores que, de común presencia en el ambiente, pueden resultar patógenos para una víctima de patología preexistente que la hace especialmente vulnerable a aquellos factores. Incluso el informe Doña. Tamara nos da cuenta de que la paciente no tolera cosméticos.

El tercer factor de hecho se dirige a proclamar que las condiciones reglamentarias de uso deberían haber alertado sobre la previsibilidad del daño, en la medida que aquél fue llevado a cabo por quien no era profesional y en zona urbana.

Tal consecuencia es poco aceptable. Basta decir que la suspensión del uso impuesta al acusado lo fue cautelar en la medida que los servicios administrativos intervinientes se vieron necesitados de estudios posteriores para poder concluir si la suspensión había de ser definitiva o no. En consecuencia, en la medida que ese dato de hecho sería irrelevante a los fines de decisión sobre la concurrencia del componente subjetivo del tipo imputado, el motivo es inadmisiblemente, y en este trance, desestimable.

Por todo lo anterior se rechaza el motivo.

TERCERO.- En el segundo de los motivos se imputa a la sentencia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que vulnera los preceptos penales reguladores del delito de lesiones imprudentes: artículo 152 en relación con el 149 o, subsidiariamente, 147, todos del Código Penal.

Desde luego tal pretensión, desde el respeto a los hechos probados, es inadmisiblemente. Como deriva de la propia sentencia, la posibilidad de previsión del resultado lesivo no es predecible en absoluto desde el mero dato de que en la etiqueta del elemento continente del producto aplicado por el acusado, se haga una referencia a que el uso se reserva a agricultores y aplicadores profesionales.

Y no cabe trivializar como se hace en el motivo, los datos de ausencia de influencia en un grupo de población -residencia de ancianos- próximo que permaneció indemne tras el uso de plaguicidas por el acusado. No solamente en orden a la previsibilidad cuestionada, sino para discutir la relación causa a efecto incluso después de terminados los hechos enjuiciados.

Por lo que la subsunción de hechos probados en el tipo penal invocado es inaceptable.

CUARTO.- El último de los motivos hace protesta de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Se justifica con el alegato de que la sentencia omite la toma en consideración de datos de los que derivaría la responsabilidad del acusado.

No es necesario discutir el contenido y alcance del derecho fundamental alegado. Basta advertir de que el presupuesto del alegato no es verdadero. En trance de enunciar los datos supuestamente preteridos por el discurso argumental de la sentencia recurrida, el recurrente no va más allá de genéricas alusiones a "toda la documentación obrante en autos", especificándola como aquella "de la que se ha hecho mención".

Pues bien, como hemos dejado expuesto, la recurrida ha evaluado adecuadamente tales datos.

Por lo dicho, el motivo debe rechazarse, también en esta modalidad de presentación.

QUINTO.- De conformidad con el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a la recurrente las costas derivadas del recurso.

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Silvia, contra la sentencia dictada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 29 de julio de 2008, por un delito de lesiones imprudente y contra el medio ambiente. Con expresa imposición de las costas causadas en el recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que a continuación se dicte a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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



2009/101661

TS Sala Iª, Sentencia 18 mayo 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

## Indemnización a EGEDA por la retransmisión de imágenes televisivas en el hotel

*El TS estima el presente recurso de casación cuyo objeto se refiere a la reclamación formulada por una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual -EGEDA- a la entidad titular de un hotel por la actividad de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales efectuada en el establecimiento hotelero mediante la retransmisión de las imágenes televisivas a través de aparatos instalados en las habitaciones y en otros espacios disponibles.*

*Revoca la Sala la sentencia recurrida y aplica la nueva doctrina jurisprudencial que considera que hay acto de comunicación pública en la recepción o captación por un establecimiento hotelero de las señales de televisión y su posterior distribución -retransmisión- para uso de los clientes mediante aparatos instalados en las habitaciones y zonas comunes; sin que el carácter público o privado del lugar en que se produce la comunicación tenga relevancia alguna, ni las habitaciones de los hoteles tengan carácter "estrictamente doméstico" a los efectos del art. 20 LPI.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre la reclamación formulada por una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual a la entidad titular de un Hotel por la actividad de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales efectuada en el establecimiento hotelero mediante la retransmisión de las imágenes televisivas a través de aparatos instalados en las habitaciones y en otros espacios disponibles.

Por la Entidad De Gestión De Derechos De Los Productores Audiovisuales (EGEDA) se dedujo el 30 de septiembre de 2002 demanda contra la entidad FLORAZAR, S.A., a la sazón titular del Hotel Meliá Valencia Palace, solicitando se acuerde:

a) la inmediata suspensión de las actividades de comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión;

b) la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no sea expresamente autorizada al menos por la actora;

c) condenar a la demandada a indemnizar a la actora de acuerdo con las tarifas generales de las mismas y conforme a su número de habitaciones y apartamentos ocupados / televisores disponibles en zonas comunes, durante el periodo durante el cual ha llevado a cabo la actividad ilícita.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Valencia el 26 de septiembre de 2003, en los autos de juicio ordinario núm. 837 de 2002, estima la demanda estableciendo en cuanto al pronunciamiento tercero que la cantidad se fijará en ejecución de sentencia sobre las bases contenidas en el fundamento segundo.

La Sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia el 10 de junio de 2004, en el Rollo núm. 14 de 2004, estima el recurso de apelación de la entidad Florazar, S.A., revoca la resolución del Juzgado de 1ª Instancia y absuelve a dicha entidad demandada de las pretensiones contra ella formuladas por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales.

Contra esta última Sentencia se interpuso por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) recurso de casación en el que se denuncia la infracción de los arts. 1.6 CC y jurisprudencia que lo interpreta; 20 TRLPI; y 11 bis 1 del Convenio de Berna y SSTs 19 de julio de 1993 y 11 de marzo de 1996.

SEGUNDO.- La entidad demandada se había opuesto a la pretensión actora alegando en su escrito de contestación que la actividad de difusión de las imágenes televisivas mediante los apartados instalados en las habitaciones del establecimiento hotelero aludido en la demanda no constituye acto de comunicación pública a los efectos del art. 20.1 de la LPI porque conforme a dicho precepto del Texto Refundido no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo, cuya consideración de espacio doméstico o privado tienen las habitaciones de los hoteles; y subsidiariamente de lo anterior invoca, asimismo, que tampoco serían aplicables los apartados f) y g) del art. 20.2 del TRLPI, en que se apoya la demanda, porque la instalación de una antena tiene por finalidad la recepción de programas de T.V. que son emitidos o retransmitidos por los diferentes canales de televisión, y toda vez que el hecho de que exista una antena para la televisión o una antena colectiva para captar y adaptar las señales de radiodifusión sonora y televisión y su distribución hasta puntos de conexión situados en las distintas habitaciones del hotel en nada modifica la finalidad de las antenas que es la de recepción de señales.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, con base en las Sentencias de esta Sala de 19-7-1993, 11-3-1996 y 31-1-2003, y que el criterio en sentido distinto de la de 10-5-2003 no constituye jurisprudencia por tratarse de una sola sentencia (art. 1.6 CC), entiende que existe acto de comunicación pública a los

efectos del art. 20 TRLPI y que la consideración del carácter doméstico de las habitaciones de los hoteles a que se refiere la STC 17-1-2002 se circunscribe al ámbito estrictamente penal, y, consecuentemente, estima la demanda.

La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial revoca la de primera instancia con fundamento en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 10 de mayo de 2003, argumentando que no se ha producido un efectivo acto de comunicación generador de los derechos pretendidos por la actora, pues se trata de un mero acto de recepción de las comunicaciones emitidas por las distintas entidades televisivas, sin que tal actividad pueda considerarse la comunicación a que se refiere el art. 20.1 LPI en tanto la misma se produce en el ámbito estrictamente privado de cada una de las habitaciones del hotel y en la medida en que cada uno de los clientes lleve a cabo la utilización del aparato de televisión.

En el motivo primero del recurso de casación se alega vulneración del art. 1.6 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta.

Alega diversas resoluciones de esta Sala 1ª y que la de 10 de mayo de 2003, aunque sea del Pleno, es por sí sola insuficiente para constituir jurisprudencia, y sostiene, en síntesis: que la doctrina constitucional del domicilio no es extrapolable a la materia controvertida; que el párrafo segundo del art. 20 del TRLPI solo excluye el carácter público de la comunicación cuando tenga lugar en ámbitos estrictamente domésticos que no se encuentren conectados a una red de difusión de cualquier tipo, y es lo cierto y relevante que el Hotel capta y difunde las señales, porque las propaga físicamente por lo que cuenta con una red de difusión de las mismas; y que se infringe también el art. 11 bis 1 del Convenio de Berna.

El motivo se estima porque, sin perjuicio de dejar señalado que una sola Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles, como sucede cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea ésta) y fija la nueva doctrina, pues en otro caso resultaría un sinsentido y contrario a la naturaleza de las cosas que se cambiara la jurisprudencia para un caso y sin embargo continuara siendo obligatoria la anterior modificada en tanto no se dictara por el propio TS una segunda sentencia, en cualquier caso la legitimidad de la pretensión actora, y conformidad al ordenamiento jurídico (art. 20.1 y 2, e) y f) del TRLPI; art. 11 bis 1; ii del Convenio de Berna; art. 3.1 Directiva Comunitaria 2001/29 / CE, de 22 de mayo; y STJCEE 7 de diciembre de 2006), se halla plenamente reco-

nocida por esta Sala a partir de la Sentencia de 16 de abril de 2007, cuya doctrina se ha ratificado en otras varias posteriores (SS. 6 de julio de 2007; 15 de enero y 10 de julio de 2008; 26 de enero y 25 de marzo de 2009, entre otras).

Para la nueva doctrina jurisprudencial hay acto de comunicación pública en la recepción o captación por un establecimiento hotelero de las señales de televisión y su posterior distribución -retransmisión- para uso de los clientes mediante aparatos televisores instalados en las habitaciones y zonas comunes; sin que el carácter público o privado del lugar en que se produce la comunicación tenga relevancia alguna, ni las habitaciones de los hoteles tengan carácter "estrictamente doméstico" a los efectos del art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual.

TERCERO.- La estimación del motivo determina que deba casarse la Sentencia recurrida por infracción de la doctrina jurisprudencial actual dictada en aplicación de la normativa legal expresada también en el fundamento anterior, y que, consecuentemente, y de conformidad con lo establecido en el art. 487 LEC, procede resolver el caso, tomando en cuenta las alegaciones efectuadas en el momento procesal oportuno -contestación a la demanda-, por constituir las planteadas con posterioridad "cuestiones nuevas", excluidas del debate procesal.

En funciones de instancia procede examinar en primer lugar la excepción de prescripción extintiva alegada por la parte demandada en el escrito de contestación a la demanda.

La misma debe rechazarse por haberse producido la interrupción en virtud de reclamación extrajudicial (art. 1973 CC) acreditada por los acuses de recibo y cartas que obran como documental acompañada con la demanda en los folios 58 a 63 de autos, y ser de aplicación el mismo criterio de la Sentencia de 26 de enero de 2009 de "entender razonable que, al no existir ningún otro tipo de relación entre las partes, el contenido de estos acuses no puede ser otro que la reclamación por la difusión de contenidos sujetos a propiedad intelectual.

En segundo lugar se alegó la absoluta arbitrariedad de las tarifas en que se basa la indemnización interesada por no estar justificada la pretensión de indemnización, por haber sido determinadas las tarifas arbitraria y unilateralmente por la entidad actora sin negociación alguna con la demandada alegante, y porque dada la posición de dominio de la entidad demandante en la gestión de derechos de propiedad intelectual que tiene encomendada, la imposición de sus tarifas supone una explotación abusiva de esa posición dominante que vulnera las normas de defensa de la competencia, y así lo ha considerado el propio Tribunal de Defen-

sa de la Competencia que, en Resolución de 27 de julio de 2000, acordó requerir, entre otras a la actora para que cesara en ese tipo de conductas prohibidas e imponer una multa por dicha explotación abusiva.

La determinación de la cuantía de la indemnización en casos como el presente en que ninguna de las partes han actuado con la diligencia probatoria exigible presenta un plus de dificultad a la que de por sí constituye una cuestión harto complicada.

Y sucede que, si por una parte no cabe rechazar totalmente la pretensión actora habida cuenta que cuando menos tiene elaborado un manual de tarifas que puede servir de punto de partida para la fijación de la suma debida, sin embargo, por otra, su elaboración unilateral en relación con la situación privilegiada de la entidad de gestión y la falta de datos objetivos para contrastar su adecuación a las circunstancias, hace difícil para el órgano judicial concretar un precio que guarde relación razonable con el valor económico del servicio prestado, toda vez que, como ha señalado la jurisprudencia, la determinación equitativa de la remuneración no supone un simple criterio de mero arbitrio del Tribunal.

Para una ponderación razonable habría sido preciso disponer de una serie de datos que, a falta de acuerdo de los interesados, pudieran servir de pautas, tales como el informe de expertos, comparación con los precios de otras entidades de gestión de derechos de autor o afines, nacionales o de otros países, cantidades que se vienen conviniendo en la práctica con empresas individuales o grupos, tipo y entidad del establecimiento, temporalidad de apertura, etc., y ante su falta solo cabe una doble opción: bien la de remitir la determinación a otro juicio, o bien adoptar el criterio mantenido en otras resoluciones de esta Sala, que, aunque no es plenamente satisfactorio, al menos corrige el abuso o exceso denunciado y permite una resolución más rápida de la controversia.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que no hay una justificación con la entidad suficiente para adoptar una solución diferente a la mantenida por esta Sala en casos sensiblemente iguales, procede seguir sustancialmente el criterio de las Sentencias de 10 de julio de 2008, 26 de enero de 2009 y 25 de marzo de 2009 sentando las siguientes bases o premisas:

a) Queda excluida la indemnización correspondiente a los años 1994, 1995 y 1997 (dado la declaración de abusividad de las tarifas correspondientes por Res. del Trib. de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 2000, la que recurrida se desestimaron los recursos por S. de la A.N., Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta de 14 de enero de 2004, y de casación por la Sentencia de la Sala Tercera de este

Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2006).

b) Hay que partir del Manual de Tarifas del año 1998, aunque reducido su importe en un cincuenta por ciento.

c) La tarifa queda reducida a una sola emisión por día y habitación ocupada; estableciendo al efecto las Sentencias de 10 de julio de 2008 y 26 de enero de 2009 la necesidad de no aplicar la prevencencia tarifaria relativa a que "se exceptúan de la reducción de tarifa, así como de la aplicación temporal indicada, aquellos casos de incumplimiento por parte del usuario de las obligaciones derivadas de la legislación vigente en materia de propiedad intelectual; en estos supuestos será de aplicación la tarifa de 0,54 euros (90 pesetas) por cada emisión y/o transmisión retransmitida, día y habitación o apartamento ocupado, con el límite de aplicación a seis señales retransmitidas, esto es, un máximo de 3.25 euros (540 pesetas) por día y habitación".

d) Finalmente, en lo que se refiere al índice de habitaciones ocupadas, dada la falta de prueba, cuya aportación incumbía a la entidad demandada, debe tomarse en cuenta el porcentaje de ocupación señalado en la demanda en relación con el número de habitaciones, tal y como señala la Sentencia de primera instancia.

CUARTO.- En materia de costas procesales no se hace especial imposición respecto de las costas causadas en la primera y segunda instancia de conformidad con lo establecido en el art. 394.2 LEC, y no apreciarse temeridad, y tampoco procede condenar a una de las partes respecto de las de casación al estimarse el recurso y ser de aplicación el art. 398.2 LEC.

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

## FALLO

PRIMERO.- Que estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Entidad De Gestión De Derechos De Los Productores Audiovisuales (EGEDA) contra la Sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia el 10 de junio de 2004 en el Rollo de Apelación núm. 14 de 2004 la cual casamos.

SEGUNDO.- Con estimación parcial del recurso de apelación de FLORAZAR, S.L., revocamos en parte la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Valencia el 26 de septiembre de 2003, y estimamos en parte la demanda de EGEDA, acordando:

a) la inmediata suspensión de las actividades de comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión;

b) la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no sea expresamente autorizada por la actora;

c) condenar a la demandada a pagar a la actora en la cantidad que resulte calculada en ejecución, conforme a las bases establecidas en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución, por la actividad objeto del pleito desarrollada durante los años 1996, 1998, 1999, 2001 y parte de 2002.

TERCERO.- No hacer pronunciamiento en las costas causadas en las instancias y en este recurso de casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller. Rubricados.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, 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.

2009/134699

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

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

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

*Señala la Sala que la utilización de la finca no se cedió a la demandada con carácter vitalicio y que no se singularizó un uso específico que particularice el desti-*

*no, para lo que no basta el genérico que pueda tener la cosa en sí misma considerada, -es decir, vivienda-, ya que la jurisprudencia habla de un "uso concreto y determinado", la idea de que en casos como el de autos lo racional es la previsión de una cierta temporalidad de la cesión tiene adecuada respuesta jurídica en la contemplación del tiempo pasado entre la cesión y la demanda de restitución, no justificándose dado el largo plazo transcurrido.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Por D. Calixto y Dª Valle se dedujo demanda ejercitando la acción prevista en el art. 41 LH contra Dª Maite en la que solicitan se condene a Dª Maite a cesar inmediatamente de todo acto de posesión en la finca sita en el piso núm. 002 de la dirección 000 núm. 000 de Girona, no perturbando por ningún concepto la plena eficacia del dominio inscrito, apercibiéndole de lanzamiento si no se desaloja el inmueble en el término de quince días.

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

a) El uso de la vivienda, propiedad de los actores, fue cedido en comodato a la demandada;

b) la duración de la cesión se fijó en la vida de la demandada;

c) Los actores no probaron la existencia de urgente necesidad que pudiera justificar la recuperación de la posesión inmediata de la finca.

La Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona el 3 de junio de 2004, en el Rollo núm. 152 de 2004, estima el recurso de apelación de los actores, revoca la resolución del Juzgado, y, con estimación de la demanda, condena a la demandada Dª Maite a cesar inmediatamente en todo acto de posesión de la vivienda sita en el piso núm. 002, del edificio sito en Girona calle dirección000, núm. 000, finca registral núm. 001, no perturbando la plena eficacia del dominio

inscrito que ostentan los demandantes, apercibiéndole de lanzamiento si no desaloja la finca en el término de quince días.

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

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

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

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

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

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

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

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

La jurisprudencia actual de esta Sala, que es la que debe aplicar el Tribunal al tiempo de juzgar sobre el asunto en casación, representada por las Sentencias, entre otras, de 26 de diciembre de 2005, 2, 23, 29 y 30 de octubre, 13 y 14 de noviembre, de 2008, y 13 de abril de 2009, establece:

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

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

Se ha transcrito la doctrina anterior para destacar no solo la jurisprudencia actual, sino también la

existencia de una doctrina jurisprudencial específica, unificadora de la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, para los casos en que los padres de uno de los contrayentes en consideración al matrimonio del hijo, les ceden una vivienda para que establezcan el hogar conyugal y familiar, sucediendo que posteriormente se rompe la convivencia.

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

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

Consecuentemente, el motivo debe desestimarse por las razones siguientes:

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

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

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

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

cito-; 16 de marzo de 2004, y 15 de octubre de 2004, entre otras).

Por todo ello el motivo decae, y el mismo criterio desestimatorio es aplicable al motivo segundo porque la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales invocada se refiere a supuestos distintos del de autos, y que además ya ha sido unificada por la doctrina de esta Sala a partir de la Sentencia de 26 de diciembre de 2005.

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

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

## FALLO

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

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete.

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/134869

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 7, Sentencia 8 junio 2009. Ponente: D. José Díaz Delgado

### Nulidad parcial del reglamento de segunda actividad de la guardia urbana de Barcelona

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por el ayuntamiento contra la STSJ de Cataluña y en su lugar estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por el sindicato profesional de policías municipales de España, declarando la nulidad del art. 10,1 del reglamento de segunda actividad de la guardia urbana aprobado por el plenario del consejo municipal del Ayuntamiento de Barcelona. La Sala anula la sentencia impugnada al considerar la validez de los arts. 5 y 6 del Reglamento anulados, ya que, sin negar que los puestos destinados a la segunda actividad han de recogerse en la relación de puestos de trabajo, no existe inconveniente en que se recojan en catálogos de puestos de trabajo hasta la aprobación de aquellas. La Sala también declara la vigencia del art. 8 del Reglamento impugnado, ya que el pase a segunda actividad no es automático y la exigencia de que exista vacante no es incompatible con el art. 43,1 Ley autonómica 16/1991. Por último, confirma la nulidad del art. 10, 1 que regula el complemento de peligrosidad al ser una cuestión de índole económica y que ha de ser objeto de negociación colectiva en los términos que impone la Ley 9/1987.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso, al amparo de lo dispuesto en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, consiste en la supuesta vulneración por la sentencia de los artículos 15 y 16 de la Ley 30/1984, de 30 de agosto y de la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, en relación con los artículos 90.2 de la ley 7/1985, de 2 de abril,

y 129.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, así como de la jurisprudencia sobre estos preceptos.

La sentencia, en este punto sostiene lo siguiente:

"Segundo.- La primera cuestión que se plantea consiste en dilucidar si el Consistorio demandado podía establecer un catálogo de puestos de trabajo de segunda actividad que constituye una Relación de Puestos

de Trabajo "paralela" a la del Ayuntamiento de Barcelona, puesto que los puestos clasificados como de segunda actividad no figuran en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo.

"...Tal como resulta de los textos transcritos, y así se reconoce por ambas partes, el Reglamento establece la creación de un catálogo de puestos de trabajo autónomo o separado a la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento.

El art. 291.2 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, establece la obligación de los entes locales de aprobar, anualmente mediante sus presupuestos, las plantillas, las cuales han de comprender todos los puestos de trabajo reservados a cada clase de personal.

Además, los entes locales han de formar la relación de puestos de trabajo de su organización, de acuerdo con la legislación básica del Estado y con la que constituya desarrollo reglamentario de la Generalidad.

El art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, configura las relaciones de puestos de trabajo como el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto en los términos que el mismo precepto expone, y que, en lo que interesa ahora destacar, ha de incluir, (conjunta o separadamente) los puestos de trabajo de personal funcionario de cada centro gestor; además indicarán, en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos de trabajo, los requisitos exigidos para su desempeño, el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario.

Por su parte el art. 16 de la misma Ley, que tiene carácter de básico, impone a las Administraciones Locales la obligación de formar la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberán incluir, en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño.

Finalmente, es obligatoria la publicidad de las RPT.

También el art. 29 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, siguiendo la misma línea, nos dice que la relación de puestos de trabajo es pública y que ha de incluir todos los puestos de trabajo de funcionarios, laborales y eventuales existentes en la Administración, fijándose un contenido mínimo de la RPT, del que conviene destacar:

a) la denominación y las características esenciales de los puestos de trabajo;

b) los requisitos esenciales para ocuparlos;

c) el complemento de destino y, si procede, el específico, si son puestos de personal funcionario;

d) el grupo, la categoría profesional

e) la forma de provisión de los puestos.

Los artículos 29 y 30 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, desarrollan este precepto en el mismo sentido.

A la vista de los preceptos citados no cabe la menor duda de que la confección de un catálogo de segunda actividad para la Guardia Urbana de Barcelona (Policía Local), contraviene la normativa superior, puesto que los puestos que se reserven a la segunda actividad han de incluirse en la Relación de Puestos de Trabajo única que tiene que aprobar el Ente local; solo así la RPT puede constituir un instrumento técnico idóneo a través del cual se realice la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisen los requisitos para el desempeño de cada puesto en los términos que el mismo precepto expone.

No podemos olvidar, tal como veremos más adelante, que la declaración de segunda actividad permite desempeñar la función en otros puestos de trabajo de la misma corporación local, aunque la regla general sea que la segunda actividad se desempeñe dentro del mismo cuerpo al que pertenezcan los funcionarios, ejerciendo, eso sí, otras funciones de acuerdo con su categoría.

En consecuencia, el recurso ha de ser estimado por lo que deberá declararse la nulidad de estos preceptos al amparo del art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ".

Es decir, la sentencia anula los artículos 5 y 6 al sostener que no es posible establecer un catálogo de puestos de trabajo en los que se prevea el pase a la segunda actividad de los policías locales, porque entiende que esa determinación le corresponde a la Relación de Puestos de Trabajo.

Sin embargo, como mantiene la recurrente, la existencia de un Catálogo de puestos de trabajo que pueden ser cubiertos por quienes pasen a la segunda actividad no impide la aprobación de la Relación de Puestos de Trabajo.

A tenor de lo dispuesto en la normativa básica, artículo 16 de la ley 30/1984, de 2 de agosto, y el artículo 90.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local y el artículo 129.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, las Corporaciones Locales formarán la relación de puestos

de trabajo, de conformidad con las normas que al respecto establezca la Administración del Estado.

Dichas normas no se habían aprobado, por lo que la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, en desarrollo de la Ley 7/1985 y de la Ley 30/1984, que aprueba el régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local dispone que " hasta tanto se dicten por la Administración del Estado las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo-tipo y las condiciones requeridas para su creación, los Plenos de las Corporaciones Locales deberán aprobar un catálogo de puestos a efectos de complemento específico".

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año siguiente dispone que hasta que no se apruebe la totalidad de las relaciones de puestos de trabajo de la Administración General del Estado se mantendrán en vigor los catálogos de puestos de trabajo.

Igualmente recuerda la recurrente que la ley 30/2005, de 29 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el 2006 dispone que " Las Administraciones Públicas podrán convocar los puestos o plazas correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías que, estando dotados presupuestariamente e incluidos en sus relaciones de puestos de trabajo o catálogo" (...).

En consecuencia, y sin negar que los puestos destinados a la segunda actividad han de recogerse en la relación de puestos de trabajo, no existe inconveniente en que las mismas se recojan en Catálogos de Puestos de Trabajo hasta la aprobación de aquellas.

Por lo tanto, no se observa que exista incompatibilidad entre los artículos 5 y 6 del Reglamento anulado y la normativa citada por la sentencia, por lo que procede estimar este motivo de casación.

Admitida dicha posibilidad la cuestión de si con la normativa legal vigente cabe una o varias Relaciones de Puestos de Trabajo carece de trascendencia, debiendo afirmarse en todo caso la validez de los preceptos anulados.

SEGUNDO.- El segundo motivo de casación, también al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo articula la recurrente en base a una supuesta infracción de los artículos 9.3 de la Constitución y 4.1.a) de la ley 7/1985, de 2 de abril, así como de los artículos 18,19 y 20 de la ley 30/1984, de 2 de agosto, y del artículo 19 de la Ley 30/1984, en relación con el artículo 103.3 de la Constitución Española.

Todo ello, en relación con lo dispuesto en el artículo 8.2 del Catálogo impugnado que prevé que la adscripción a un puesto de trabajo de segunda actividad por razón de edad se condicione a la existencia de vacante, y siempre que no exista preferencia de algún funcionario que acceda a la misma como consecuencia de un dictamen médico que determine que no esta habilitado para el ejercicio ordinario de la función de policía.

Sostiene en este punto la sentencia impugnada lo siguiente:

"...El art. 43.1 de la Ley de Policías Locales de Cataluña, establece que "Los policías locales según dictamen médico o por razón de la edad, que en ningún caso será inferior a cincuenta y siete años, tengan disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario pasan a la situación de segunda actividad, de acuerdo con lo dispuesto en el respectivo reglamento municipal."

La redacción de la norma legal es clara.

La segunda actividad se configura como un derecho del funcionario del cuerpo de policía local que se produce, bien por razón de la edad (a partir de 57 años, como mínimo) o bien cuando un dictamen médico establezca que tiene disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario (siempre que no procede la jubilación por incapacidad).

Se trata de conjugar el derecho al cargo, que tiene el funcionario, con la eficaz prestación del servicio cuando existan razones que impidan el pleno desempeño de una concreta función; entre estas razones, tenemos una objetiva (la edad) y otra subjetiva (razones médicas) que habrá de apreciarse en cada caso concreto.

La segunda actividad se configura para los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

La normativa establece una obligación de pasar a sus miembros a la segunda actividad bien por el cumplimiento de la edad fijada legal o reglamentariamente, bien porque exista un dictamen médico que evidencie que el funcionario tiene disminuida su capacidad par cumplir el servicio ordinario siempre que ésta disminución, por su grado o gravedad, no haya de comportar la jubilación por incapacidad.

El precepto arriba transcrito no se ajusta a estos parámetros puesto que hace depender la declaración formal y la adscripción a un puesto de trabajo de segunda actividad no a la concurrencia de los presupuestos legales sino cuando, además de concurrir los presupuestos legales, exista vacante en el catálogo.

Por otra parte, en el caso de la segunda actividad por cumplimiento de la edad, se exige que no haya nin-

gún policía del primer supuesto (dic-tamen médico) que pueda ocupar dicha vacante.

Es evidente que este precepto infringe lo establecido en la Ley, sin que pueda aceptarse la alegación del Consistorio relativa a que la norma legal hace remisión a la normativa reglamentaria aprobada por el Ente local por cuanto dicha remisión debe ser entendida, por su carácter jerárquicamente supeditado, dentro de los límites marcados por la Ley.

En consecuencia, por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992, procede también declarar la nulidad de este precepto”.

En la reciente sentencia de esta Sala de fecha veintitrés de mayo de dos mil ocho, tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre un supuesto de pase a la segunda actividad en el ámbito de otra Comunidad Autónoma, la Valenciana, donde en base a una Ley autonómica consideramos que en la situación de invalidez total y no absoluta, era posible, ratificando lo ya dicho por el Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad, que si se daban el resto de las condiciones los funcionarios de la Policía Municipal pudieran pasar a dicha situación.

El problema que aquí se suscita es distinto, y es si, en virtud del mandato legislativo de la Comunidad de Cataluña, el pase a la situación de segunda actividad es automático, como sostiene la sentencia, o por el contrario, como dispone el reglamento impugnado, puede supeditarse a la existencia de vacante previa que permita dicho pase.

Ha de estimarse el motivo de casación, pues el artículo 43.1 de la Ley de Policías Locales de Cataluña dispone que:

“Los policías locales que según dictamen médico o por razón de la edad, que en ningún caso será inferior a cincuenta y siete años, tienen disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario pasan a la situación de segunda actividad, de acuerdo con lo dispuesto en el respectivo reglamento municipal”.

Si bien es cierto que el término “pasan” sugiere la automaticidad, lo cierto es que esto no ocurre simplemente por cumplir una determinada edad, que en cualquier caso debería determinar el Reglamento municipal respectivo, ya que lo que hace la ley es poner un límite mínimo de edad, 57 años.

En consecuencia, deja un amplio poder discrecional a la Administración, por lo que no se puede hablar de automaticidad en el pase a la segunda actividad por cumplir 57 años.

Por otra parte, la exigencia de vacante no es incompatible con dicho precepto legal. Si así lo fuera, se llegaría a la conclusión de que los

Ayuntamientos, con independencia de que tuvieran puestos de trabajo vacantes susceptibles de ser ocupados por quienes por razón de edad o condiciones físicas ya no pueden ejercer el servicio ordinario, verían aumentar las plantillas sin límite alguno, aun cuando no existieran puestos adecuados para ejercer la segunda actividad o éstos estuvieran ya ocupados.

Esto supondría que la configuración y extensión de las plantillas de las entidades locales vendría impuesta por el legislador autonómico, o en su caso estatal, y ciertamente, como sostiene la recurrente, esta no es la interpretación de la norma más conforme con el principio de autonomía local que consagra nuestra Constitución.

En este sentido la recurrente cita el artículo 20.1.h) de la ley 30/1984, aplicable con carácter supletorio, que prevé la adscripción de un funcionario a otro puesto de trabajo por motivo de salud o necesidades de rehabilitación, condicionándolo a que existan vacantes con asignación presupuestaria.

Por otra parte, la tesis de la sentencia llevaría a superar probablemente los límites de aumento del gasto de personal a que hacen referencia las bases de Presupuestos Generales del Estado.

TERCERO.- Igualmente, bajo el amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d), la recurrente alega como tercer motivo de casación la infracción de los artículos 30, 31, 32 y 34 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, y del artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y los artículos 23.3.b).

Todo ello, en tanto sostiene la sentencia que estos preceptos se oponen al artículo 10.1 anulado, en tanto no prevé el complemento específico de peligrosidad en los casos de segunda actividad, al no haberse respetado el trámite de la negociación colectiva previa.

En este punto la sentencia recurrida sostiene lo siguiente:

...”Cuarto.- Se impugna también el art. 10.1 del Reglamento, según el cual “Donades les característiques dels llocs de segona activitat, els funcionaris que els ocupin no percebran el complement de perillositat”.

Sostiene el Sindicato demandante que debe declararse la nulidad de pleno derecho al amparo del art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en tanto que se infringe el art. 35.3 de la Ley de Policías Locales de Cataluña, en relación con el art. 30 y 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, que regula los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

También considera que se infringe el art. 23.3.b) de la Ley 30/1984, de

2 de agosto, y el art. 103.b) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre.

El complemento específico, según el art. 23.3.b) de la Ley 30/1992, como retribución complementaria de los funcionarios, está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad”.

En el mismo sentido el art. 103 del Decreto Legislativo 1/1990. En este caso, el catálogo elimina de todos los puestos de segunda actividad la posibilidad de percibir un complemento específico por peligrosidad.

Como quiera que el pase a segunda actividad no puede comportar una disminución de las retribuciones básicas ni del grado personal de los afectados (art. 46.3 de la Ley 16/1991, de 10 de julio), se estableció un complemento personal transitorio en los casos de diferencias retributivas que se derivan de la aplicación del art. 10.1 del Reglamento (Disposición Adicional Tercera).

Pero nos encontramos, sin duda, ante una cuestión de índole económica y ante una determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos, que ha de ser objeto de negociación colectiva en los términos que impone la Ley 9/1987.

Frente a ello no puede aceptarse la alegación del Consistorio relativa a que se respetan los derechos económicos mediante un complemento personal transitorio, en tanto que éste tiene carácter “absorbible”, es decir, que se absorbe por los sucesivos incrementos retributivos fijados en los presupuestos municipales para cada ejercicio y nunca podría compensar el derecho a la percepción del complemento en el caso de que el puesto de trabajo, de acuerdo con una valoración objetiva y justificada por criterios de general aplicación, lo tuviera asignado.

Lo esencial será pues determinar, en cada caso concreto, qué puesto o puestos de segunda actividad han de incluirse en la RPT con complemento específico (por apreciar, en su caso, el componente por peligrosidad).

Una exclusión de este complemento para todos los puestos de trabajo, como se ha hecho, sin que se haya examinado por la Mesa de Negociación respectiva que es donde están presentes los representantes de la Administración Pública correspondiente y las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en la elecciones para

Delegados de Personal, no respeta el derecho a la negociación colectiva.

Por otra parte, es insuficiente que esta supresión se haya tratado en el procedimiento previo de la elaboración del Reglamento (seguido con los representantes de los funcionarios policiales municipales y los sindicatos mayoritarios en el Ayuntamiento de Barcelona), pues la negociación colectiva ha de desarrollarse en los términos que marca la Ley arriba indicada.

Es además significativo que en alguna de las actas aparezcan disidencias al respecto fundándose en que la supresión de este complemento puede tener una función disuasoria a la petición de la declaración de segunda actividad aunque el funcionario tenga disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario. En consecuencia, este precepto también ha de ser declarado nulo”

El motivo ha de ser desestimado, pues es evidente la trascendencia económica del artículo anulado, y aunque las razones que sostiene la recurrente pudieran ser de peso en cuanto al fondo del asunto, al no llevar armas quienes están en segunda actividad, lo cierto es que ello por si mismo no puede descartar que algún puesto de trabajo de segunda actividad, pudiera considerarse peligroso, y en cualquier caso, lo que aquí se discute no es el fondo del asunto, sino si de conformidad con el artículo 32.b), de la ley 9/1987, estamos ante una cuestión que debe ser sometida a negociación colectiva, y ha de estimarse que si, aun cuando tenga también un componente autoorganizativo.

CUARTO.- El cuarto motivo del recurso de casación se basa también en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y a su amparo, entiendo la recurrente que la sentencia vulnera los artículos 137 y 140 de la Constitución y el artículo 4 de la ley 7/1985, de 2 de abril.

La recurrente sostiene que, aunque la sentencia anula los artículos 13,14 y 15 del Reglamento de Segunda Actividad, al entender que no se prevé allí una segunda actividad, sino una tercera situación, una primera actividad “b”, tipo que ni es propiamente primera actividad, aunque puede serlo por razones de servicio, ni segunda actividad.

Según estos preceptos, los miembros de la Guardia Urbana con 57 o más años pueden solicitar voluntariamente que se les destine a la prestación de servicios que impliquen funciones con un limitado factor de penosidad o esfuerzo físico, previendo una serie de actividades propias del servicio policial para cuyo ejercicio no se requiere la plena idoneidad física del policía, y que estando a todos los efectos en situación de primera actividad, pueden ser requeri-

dos para el desarrollo de funciones plenamente operativas.

No se crea, como sostiene la recurrente en casación una nueva situación administrativa, ni tampoco como sostiene la sentencia un "tertium genus", pues los agentes policiales continúan en servicio activo, cobrando las mismas retribuciones básicas y complementarias, y simplemente ocupan puestos de trabajo con funciones que conllevan un limitado factor de penosidad o esfuerzo físico, aunque se les permite participar en los procesos de promoción interna.

Pues bien, mientras la sentencia recurrida considera que al dictarse el reglamento en desarrollo del artículo 43 de la Ley de Policías Locales de Cataluña, solo pueden existir dos situaciones, la de primera actividad o la de segunda actividad, la recurrente en casación sostiene que se respeta lo que dice la ley, y que es en los principios de autonomía local y de autoorganización donde hay que encontrar la justificación de estos preceptos.

Y ha de estimarse el motivo de casación, pues es evidente que estos principios, aun en el caso de que no existiera la ley de la Comunidad Autónoma antes citada, hubieran permitido un reglamento que previera unas condiciones de ejercicio de la primera actividad, que por otra parte son absolutamente razonables.

QUINTO.- No procede hacer expreso pronunciamiento sobre la condena en las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## FALLO

1.- Ha lugar al recurso de casación número 818/2006, interpuesto por el Procurador D. Juan Ignacio Ávila del Hierro, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Barcelona, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 216/2002, de fecha 13 de diciembre de 2005, que anulamos y dejamos sin efecto.

2.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato Profesional de Policías Municipales de España contra el Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana aprobado por el Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, adoptado en sesión de 15 de febrero de 2002, publicado en el BOP de esta Provincia, núm. 61, Anexo I, en fecha 12 de marzo de 2002, y declaramos la nulidad del artículo 10.1 del citado Reglamento.

3.- No ha lugar a la condena en las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cáncer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

2009/143822

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 10 junio 2009. Ponente: D. Manuel Vicente Garzón Herrero

## Sujeción al IAE de los arrendamientos de inmuebles que supongan actividad económica

*El TS desestima la cuestión de ilegalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con los epígrafes 861.1 y 861.2 RD Leg 1175/1990, por el que se aprueban las Tarifas y la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas. La Sala considera que como dice el Abogado del Estado, lo que la sentencia debió concluir es que dentro del contexto general, configuración y naturaleza del IAE no tienen cabida los arrendamientos aislados, pero sí los profesionales y empresariales, por lo que ningún reproche se le podría hacer a los referidos epígrafes cuyo alcance, queda circunscrito al ámbito empresarial y profesional. Asimismo, considera que no excede del art. 86 Ley 39/1988 la fijación de una cuota mínima, cuando la suma de los valores catastrales de los bienes inmuebles arrendados, en cada uno de los epígrafes sea igual o superior a 100.000.000 ptas., ya que este criterio no puede implicar necesariamente que la actividad no tenga carácter empresarial.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por medio de Auto de 10 de octubre de 2008, plantea cuestión de ilegalidad en relación con los apartados 1 y 2 del epígrafe 861 del Real Decreto 1175/1990, de 28 de septiembre, que aprueba las Tarifas y la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas, al haber mantenido la sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 2002 que la introducción de estos epígrafes en el Real Decreto Legislativo 1175/1990, haciendo tri-

butar a los arrendamientos urbanos cuando el valor catastral de las fincas es superior a 100.000.000 de ptas., constituye una extralimitación evidente del mismo por no estar prevista en la Ley 39/1988 la tributación por el arrendamiento de fincas urbanas.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado se opone a la tesis sustentada por la sentencia de Cataluña, y, en definitiva, a la dictada por esta Sala en 17 de septiembre de 2002, por entender que los razonamientos de esta última, lejos de abocar a la ilegalidad estimada, debieron conducir, cabalmente, a lo contrario, esto es, a proclamar la perfecta adecuación de los epígrafes a la normativa del IAE contenida en la Ley 39/88, sin que se hubiese producido la más mínima extralimitación.

Según la representación estatal la sentencia distingue con muy buen criterio entre el "arrendamiento aislado" y la actividad reiterada de arrendamientos, ya sea con carácter profesional, mediación en los arrendamientos (API) o con carácter empresarial, concluyendo la propia sentencia que así como el arrendamiento aislado queda fuera del ámbito del IAE, no ocurre lo mismo con los segundos, que sí están en su ámbito.

Agrega que si ello es así, y así lo reconoce la sentencia, es evidente que las consecuencias que anuda a su razonamiento, resultan contrarias a la premisa de la que parte, pues si el arrendamiento masa está sujeto al IAE, no se explica la solución de excluirlo de los Tarifas del AIE (Epígrafes 861. 1 y 2).

Por ello, considera que lo que la sentencia debió concluir es que dentro del contexto general, configuración y naturaleza del IAE no tienen cabida los arrendamientos aislados, pero sí los profesionales y empresariales, por lo que ningún reproche se le podría hacer a los referidos epígrafes 861.1 y 2, cuyo alcance, habida cuenta de los arts. 79 y 80 de la Ley 39/88, queda circunscrito al ámbito empresarial y profesional, cuestión ésta en la que está de acuerdo la sentencia.

Sin embargo y paradójicamente, tras reconocerlo, consagra una solución contraria a la tesis que mantiene y, con la anulación de los epígrafes excluye de tributación a aquellas actividades de arrendamiento que, previamente, reconoce integradas en el ámbito del IAE.

Por otra parte, el Abogado del Estado, frente al último argumento aducido por esta Sala, para la no tributación por el IAE de los arrendamientos, la no sujeción de los mismos cuando el valor catastral sea inferior a 100.000.000 de ptas., en cuanto que el valor catastral no puede constituir criterio de habitualidad o no en una actividad, niega que el Real Decreto Legislativo haya utili-

zando este argumento traspasando los límites de la Ley 39/88, puesto que el art. 86 de la Ley, y bajo la rúbrica de "cuota tributaria", al marcar las pautas que han de regir las Tarifas del Impuesto, cuya regulación remite a un Decreto Legislativo, señala en su apartado 1. tercero, "la fijación de las cuotas mínimas se ajustarán a las bases siguientes:

Tercera.- Determinación de aquellas actividades o modalidades de las mismas a las que por su escaso rendimiento económico se les señale cuota cero". Por ello, considera que el Real Decreto Legislativo no ha utilizado el criterio del valor catastral como línea divisoria entre lo que esa actividad empresarial o aislada, pues lo que ha hecho es ajustarse al art. 86 de la Ley, estableciendo la tributación por cuota cero cuando las cuotas por esta actividad sean inferiores a 100.000 ptas.

TERCERO.- Conviene comenzar recordando, de un lado, los antecedentes de hecho que dieron lugar a nuestra sentencia de 17 de septiembre de 2002, y el alcance del fallo y, de otro, los antecedentes que determinaron el proceso en que se suscitó la cuestión de ilegalidad.

A) En relación a los primeros hay que significar que la Cámara de la Propiedad Urbana de Barcelona interpuso Recurso Contencioso-Administrativo, ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, contra la Ordenanza Fiscal número 1.4, reguladora del Impuesto de Actividades Económicas del Ayuntamiento de Barcelona, aprobada el 24 de diciembre de 1991, impugnándose, con base, a modo de un recurso indirecto, en que el Grupo de Epígrafes 861 "Alquiler de bienes inmuebles de naturaleza urbana" del Real Decreto Legislativo 1175/1990, regulador de las Tarifas del IAE, infringía los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley en materia tributaria.

La Sala de instancia desestimó el recurso, pero la sentencia fue casada, manteniendo la no sujeción al Impuesto de los arrendamientos de inmuebles llevados a cabo por su propietario, esto es, por personas físicas o jurídicas cuya actividad principal no está constituida por el arrendamiento de esta clase de bienes, por no constituir actividad económica, a diferencia de lo que ocurría con los arrendamientos efectuados por empresas cuyo objetivo es esa actividad, que obviamente estarían sujetos.

Por otra parte, argumentó que si los citados arrendamientos estuvieran sujetos al IAE deberían tributar todos, con independencia del valor catastral de la finca, y no solo aquellos en que dicho valor catastral fuese superior a 100.000.000 de ptas., pues esta circunstancia no convertía a la "venta aislada" del inmueble en una actividad empresarial de las previstas en los art. 79 y 90 de la Ley 39/88.

A la hora de establecer las consecuencias de la estimación del recurso se limitó a declarar la nulidad de los artículos 1,2 y 6.1 de la Ordenanza impugnada, en el particular en que recogían los epígrafes 861. y 861.2 de Tarifa del IAE, aunque advierte de la ilegalidad de todo el grupo 861, en cuanto el Real Decreto Legislativo debió limitarse a desarrollar las tarifas establecidas en la Ley 39/1988, incluyendo, en cambio, los arrendamientos de viviendas y locales de negocio, que no estaban comprendidos en la Ley, aunque no efectúa la correspondiente declaración de ilegalidad por una razón procedimental, concretamente, por no haber sido llamado al proceso el Abogado del Estado.

B) Los hechos que dieron lugar a la sentencia que determinó la cuestión de ilegalidad hacen referencia a la impugnación de determinadas liquidaciones por el Impuesto sobre Actividades Económicas, ejercicio de 2002, cuota nacional, por el concepto de arrendamiento de locales industriales, actividad clasificada en el epígrafe 861.2 de las Tarifas del Impuesto, por determinadas entidades que figuraban de alta en la matrícula por alquiler de locales de negocio.

La pretensión se fundamentó en la aplicación del referido epígrafe por su no conformidad a Derecho, por extralimitación del Real Decreto Legislativo 1175/1990, en los términos contenidos en la sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 2002.

Esta pretensión fue estimada por la Sala de instancia, por considerar aplicable al caso la sentencia del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Esto sentado, la Sala anticipa que no procede estimar la cuestión de ilegalidad planteada por las razones que alega la representación estatal.

Si bien es cierto que las Tarifas del Impuesto consideran el arrendamiento de inmuebles como una actividad económica, sin distinguir entre una operación aislada por un propietario y el arrendamiento realizado por empresas cuyo objeto es el ejercicio de esa actividad, ello no significa, sin embargo, que dicha actividad, a los efectos del Impuesto, tenga carácter empresarial en todo caso, dado que el hecho imponible del IAE viene constituido por el mero ejercicio en territorio racional de actividades empresariales, (además de profesionales o artísticas), interpretando la ley que se considera que una actividad se ejerce de esta forma cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, lo que excluye los supuestos en que el arrendamiento no implica más que la gestión del patrimonio propio.

Sobre este problema concreto fue sobre el que se pronunció esta Sala en su sentencia de 17 de septiembre de 2002, considerando como no sujeto al IAE el arrendamiento aislado de un bien inmueble realizado por su propietario, y sujeto el arrendamiento con carácter empresarial, pues gran parte de su argumentación se centra en este aspecto.

Para ser coherente con este planteamiento, la consecuencia no puede ser la declaración de nulidad de las tarifas en cualquier caso, por incluir entre las actividades gravadas el arrendamiento de bienes inmuebles, sino la necesidad de determinar en cada caso concreto, ante el fundamento de la operación, si se está o no ante una auténtica actividad económica de acuerdo con la definición legal de la misma.

Si concurren los requisitos previstos por la ley, necesariamente habrá que acudir al régimen jurídico establecido por las Tarifas, por el papel esencial que cumplen en la ordenación y cuantificación del hecho imponible, pues, como la Regla 1ª de la Instrucción indica, comprenden la descripción y contenido de las distintas actividades económicas, clasificadas en actividades empresariales, profesionales y artísticas, así como las cuotas correspondientes a cada actividad, determinadas mediante la aplicación de los correspondientes elementos tributarios regulados en las tarifas e Instrucción del Impuesto.

Así, por lo que a la actividad de arrendamiento se refiere, la tributación es obligatoria por cuota nacional, siendo variable, al consistir en el 0,10 por 100 del valor catastral asignado a los inmuebles a efectos del IBI, estando la base, para la determinación de la correspondiente cuota, integrada por la suma de los valores catastrales de los distintos inmuebles agrupados en cada uno de los epígrafes, como señala la Regla 5ª, 2.B f de la Instrucción.

En cambio, si no concurren los requisitos, al no quedar sujeta al impuesto la actividad de arrendamiento, la inaplicación de los epígrafes es la consecuencia.

Por otra parte, aunque es cierto que se establece la tributación por cuota cero, cuando las cuotas por esta actividad sean inferiores a 100.000 ptas., por lo que sólo cuando la suma de los valores catastrales de los bienes inmuebles arrendados, en cada uno de los epígrafes sea igual o superior a 100.000.000 ptas., el sujeto pasivo viene obligado a satisfacer la cuota correspondiente, no lo es menos que este criterio no puede implicar necesariamente que la actividad tenga carácter empresarial, al ser posible la existencia de meras operaciones aisladas en las que el valor del inmueble alquilado alcance la cuota de 100.000 ptas., y que por esta circunstancia no quedan sujetas al IAE.

QUINTO.- Por las razones expresadas, la cuestión de ilegalidad debe ser desestimada y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 126.2, en relación con el art. 72.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, el fallo de esta sentencia debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

Por lo demás, la sentencia no afectará a la situación jurídica derivada de la sentencia dictada en el litigio del que trae causa (art. 126.5 de la propia Ley).

SEXTO.- No procede hacer imposición de costas.

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

### FALLO

Desestimar la cuestión de ilegalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, del Tribunal

Superior de Justicia de Cataluña, en relación con los epígrafes 861.1 y 861.2 del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las Tarifas y la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas; sin costas.

Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frías Ponce.- Manuel Martín Timon.- Ángel Aguillo Avilés.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero, estando constituida la Sala en audiencia pública, de lo que, como Secretaria de la misma certifico.



2009/151071

TS Sala 4ª, Sentencia 23 abril 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

## Lo contrario sería discriminatorio para la mujer Licencia a favor de familiares en caso de parto normal sin complicaciones

*Recurren en casación la empresa y asociación empresarial codemandadas contra sentencia que reconoció el derecho a licencia de los familiares dentro del segundo grado por consanguinidad y afinidad en caso de hospitalización por parto, con independencia de que se trate de un parto normal o con complicaciones.*

*Desestima el TS el recurso pues limitar la licencia en los casos de complicaciones sería discriminatorio para la mujer y contraria a lo dispuesto en la Ley para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, ya que, si bien es cierto que el parto no merece el calificativo de enfermedad, no lo es menos que, a efectos hospitalarios, el ingreso de la parturienta es como el de cualquier enfermo patológico y tiene por finalidad la prestación a la misma y al hijo que va a nacer de los servicios hospitalarios precisos a fin de que la salud de ambos corra el mínimo peligro. Tanto el ET como el Convenio de Grandes Almacenes exigen la hospitalización para conceder la licencia, sin que sea necesario justificar las razones de la misma, de forma que si se excluyera en los casos de parto normal se estaría perjudicando a la madre trabajadora frente a cualquier hombre que sea hospitalizado por una intervención jurídica de importancia menor.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La principal cuestión planteada en el presente recurso de casación ordinaria, consiste en interpretar el artículo 38.C del Convenio Colectivo Nacional de Grandes Al-

macenes, publicado en B.O.E. de 27 de abril de 2006. En tal norma convencional se establece:

“El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a percibir el Salario Base

de Grupo, más los complementos personales por los motivos siguientes:...C. Dos días por accidente grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad no contemplados en el apartado siguiente.

Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días. D. Tres días en los casos de nacimiento de hijo, enfermedad grave diagnosticada por el facultativo, o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Cuando, por tal motivo, el trabajador necesite hacer un desplazamiento superior a 300 kilómetros por trayecto al efecto, el plazo será de cinco días.

El problema concreto era determinar que debía entenderse por hospitalización y si los partos "naturales" estaban comprendidos en esa expresión o la misma abarcaba sólo a los "problemáticos".

La sentencia recurrida ha estimado que a la licencia de dos días del apartado C del citado artículo 38 tienen derecho los parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad siempre que exista hospitalización, sin que vengan obligados, además, a justificar las razones de la hospitalización, ya que, el Convenio no precisa acreditar otros requisitos, aparte que, al exigirse otro tipo de datos, se estaría violando el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales.

Contra el anterior pronunciamiento han recurrido en casación la empresa demandada y la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), entidad patronal que negoció el Convenio Colectivo a interpretar.

La empresa ha planteado un sólo motivo del recurso, sustancialmente idéntico al primero de los dos que plantea la otra recurrente, lo que permite hacer un examen conjunto de esos motivos similares.

SEGUNDO.- 1. El único motivo del recurso de la empresa y el primero de ANGED alegan, al amparo del artículo 205-e) de la Ley de Procedimiento Laboral, la infracción de lo dispuesto en los artículos 38, apartados C y D, del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes en relación con lo dispuesto en los artículos 37-3-b) del Estatuto de los Trabajadores y 3 del Código Civil.

Sostienen las recurrentes, esencialmente, que la norma distingue y regula de forma diferente dos supuestos: la licencia por hospitalización de parientes motivada por enfermedad grave y la licencia por el "nacimiento de hijo", expresión que abarcaría los supuestos de "maternidad" y la consiguiente hospitalización para dar a luz.

Consecuentemente, mantienen que el apartado D. de la norma convencional cuestionada concede una licencia de tres días por "nacimiento de hijo" al padre pero no a los demás parientes, mientras que en el apartado C. se conceden dos días de licencia en los casos de accidente grave o de hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad no contemplados en el apartado siguiente.

Por ello, en los casos de hospitalización por parto los parientes no tendrían derecho a licencia en los casos de alumbramiento natural y si en los supuestos de partos con complicaciones que requieran tratamiento médico-hospitalario, según la empresa que tiene un criterio más amplio que la asociación patronal, quien, incluso, excluye de licencia los supuestos de cesárea, al entender que el permiso por "nacimiento de hijo" es para el padre y no para otros parientes y que el parto por cesárea es un parto natural provocado, lo que conllevaría que la hospitalización de la parturienta sólo diera derecho a licencia a los parientes en los casos de otro tipo de complicaciones.

2. El examen de la cuestión requiere en primer lugar señalar que el artículo 38 del Convenio Colectivo de aplicación tiene su antecedente normativo en el artículo 37-3-b) del Estatuto de los Trabajadores, norma de derecho necesario cuyo contenido debe respetar el Convenio que puede, consiguientemente, mejorar los derechos reconocidos por ella, pero no restringirlos o limitarlos.

Así se deriva de lo dispuesto en los artículos 3-3 y 85-1 del Estatuto de los Trabajadores, preceptos con base a los que esta Sala ha declarado, reiteradamente, que "la Ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del Convenio Colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario y por aquella" (en este sentido nuestras sentencias de 7 de abril de 1995 (Rec. 3263/95), 8 de junio de 1995 (Rec. 3506/94), 2 de octubre de 1999 (Rec. 2713/97), 18 de enero de 2000 (Rec. 4982/99) y 15 de octubre de 2007 (Rec. 47/2006), entre otras, así como las del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril, 177/1988, de 10 de octubre, y 210/1990, de 20 de diciembre, entre otras).

Conviene, por ello, recordar lo dispuesto por el citado precepto estatutario en la redacción que le dio la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar. Tal precepto, concedía la licencia retribuida con la siguiente redacción:

"Dos días por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento

al efecto, el plazo será de cuatro días". Esta redacción fue modificada, nuevamente por la Adicional Undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que estableció la siguiente:

"Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días". Es cierto que la sentencia recurrida se dictó el 22 de enero de 2007, antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, pero no lo es menos que, conforme al artículo 3-1 del Código Civil, las leyes deben interpretarse en atención a la realidad social del tiempo en el que se aplican, a su espíritu y finalidad, lo que obliga a tener en cuenta la realidad social existente al tiempo de dictarse la sentencia, realidad de la que se hace eco la Ley 3/2007.

Además, aparte que la redacción del citado artículo 37-3-b) no ha experimentado una modificación sustancial, ya que, se han conservado los derechos que reconocía y se ha añadido una mejora o matizado que es un supuesto grave el de la intervención quirúrgica sin hospitalización, resulta que lo relevante es que nos encontramos ante una norma de derecho necesario que establece unos mínimos que el Convenio Colectivo debe respetar a partir de su vigencia, lo que obliga a tenerla en cuenta en la presente litis.

Sentado lo anterior, conviene añadir que el artículo 37-3-b) del Estatuto de los Trabajadores tiene por fin facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y especialmente de la mujer trabajadora, para facilitar su acceso y permanencia en el ejercicio de su constitucional derecho al trabajo.

En atención a ello y, como desarrollo de acciones positivas a tal efecto, cual ordenan los artículos 11 y 44 de la Ley Orgánica 3/2007, debe ser interpretado el precepto estatutario estudiado.

3. A la vista de lo expuesto, sobre la literalidad de la norma a interpretar y sobre los fines perseguidos por la misma, procede rechazar los motivos de los recursos examinados por las siguientes razones:

Primera: Porque es un principio general de derecho el de que "donde la Ley no distingue nosotros tampoco debemos distinguir" y lo cierto es que la Ley y el Convenio sólo hablan de "hospitalización", sin distinguir entre las causas que la motivan, ni

condicionar el disfrute de la licencia a la concurrencia de otro requisito.

Consecuentemente, no podemos distinguir la hospitalización por enfermedad de la hospitalización por parto. Si hospitalizar es internar a una persona en un hospital para que reciba la asistencia médico-sanitaria que precisa, no cabe duda que ese es el fin del ingreso hospitalario de la mujer que va a dar a luz: recibir la asistencia especializada necesaria para que el parto tenga lugar sin otras complicaciones que las que, normalmente, conlleva y para que las complicaciones puedan combatirse de forma adecuada y rápida en caso de que se presenten, a fin de que en ambos supuestos, la salud de la madre y del hijo corran el mínimo peligro.

Hoy día, para lograr una mejor asistencia médico-sanitaria, los partos suelen tener lugar en un centro hospitalario, donde se prestan servicios médico-sanitarios que incluyen, como norma general, la intervención de ginecólogo, de anestesta, de ayudante técnico sanitario y de pediatra que examina y atiende al recién nacido.

Si ello es así, aunque es cierto que el parto no merece el calificativo de enfermedad, no lo es menos que, a efectos hospitalarios, el ingreso de la parturienta es como el de cualquier enfermo patológico y tiene por fin la prestación a la misma y al hijo que va a nacer de los servicios hospitalarios precisos en esa situación de riesgo para su vida.

Segunda: Porque de la literalidad del artículo 37-3-b) del Estatuto de los Trabajadores se deriva, al emplearse el nexos disyuntivo "u" que se utiliza ante palabras que empiezan por "o" y por "ho", que la Ley usa un nexo alternativo y de contraposición que indica que basta con que concurra una de esas circunstancias para que nazca el derecho, lo que no ocurriría si hubiese usado un nexo copulativo que exigiría la acumulación de requisitos.

Por ello, basta con la hospitalización para que se genere el derecho a la licencia cuestionada, sin que sea precisa la enfermedad más o menos grave de la mujer parturienta.

El vigente texto legal acentúa esa solución interpretativa acorde con su tenor literal, al conceder la licencia sin necesidad de hospitalización, cuando por intervención quirúrgica se precise reposo domiciliario, reposo que siempre necesita la mujer tras el parto, acto que frecuentemente necesita de cirugía menor.

Tercera: Porque esa solución es la más acorde con el espíritu y finalidad de los preceptos analizados. Las normas que regulan la conciliación de la vida familiar de la mujer trabajadora y aquellas otras que incentivan la igualdad de la mujer y el hombre, así

como que la promoción laboral de la primera no se vea frustrada en todo o en parte por su sexo, obligan a proteger, especialmente, a la mujer con ocasión de la maternidad.

Por ello, no puede hacerse una interpretación restrictiva y en contra del tenor literal de los preceptos que nos ocupan, ni, menos aún, puede estimarse que el legislador limita los permisos con ocasión del parto a los que disfrute el padre que tiene un hijo.

El legislador sabe que el padre puede faltar o estar ausente y que esa falta no libera a la mujer que da a luz de necesitar la ayuda que le pueda proporcionar un familiar próximo.

También conoce que no basta con la ayuda de un pariente, sino que a veces deben turnarse varios familiares para atender a la mujer durante todo el día y para cuidar de los otros hijos que pueda tener.

Por ello no es de recibo una interpretación que se aparte del tenor literal de la Ley y del espíritu de la misma pretendiendo hacer unas distinciones que sólo perjudican a la madre trabajadora y no a cualquier hombre que es hospitalizado para una intervención quirúrgica de importancia menor.

Es cierto que con ello se amplía el número potencial de personas con derecho a licencia retribuida, pero no lo es menos que así lo ha querido el legislador y que no se ofrecen razones para entender el desigual trato que proponen las recurrentes.

En efecto, si se aceptaran sus tesis la mujer que da a luz y es hospitalizada sería tratada peyorativamente por razón de sexo: el "test de but for" o de la sustitución lo muestra: si sustituimos a la mujer por un hombre la norma no se aplicará y no se producirá el desigual trato porque la naturaleza impide a los hombres la maternidad.

De ahí resulta que la mujer que es hospitalizada para parir sería discriminada por su sexo caso de denegarse la posibilidad de que sus parientes la auxilien sin sufrir merma salarial.

Por ello, procede igualmente, rechazar por discriminatoria y contraria al artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007 la interpretación que las recurrentes propugnan.

Esta Sala no desconoce lo que dijo en su sentencia de 24 de julio de 2008 (Rec. 456/07) y que lo que aquí se concluye lo contradice. Pero esa contradicción es más aparente que real y tiene su justificación.

En efecto, en aquella sentencia se interpretaba un Convenio Colectivo distinto que era del año 2001, mientras que aquí se trata de un Convenio Colectivo del año 2006 y de un Conflicto Colectivo iniciado en noviembre de 2006, mientras que en nuestra

anterior sentencia se trataba de un conflicto individual. Esas diferencias justifican una resolución diferente del problema.

No sólo porque el Convenio Colectivo es distinto, sino, principalmente, por la afectación generalizada que tiene este procedimiento que viene a resolver una situación con efecto de futuro y que se plantea poco antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, norma que se aplicará, necesariamente, a partir de su vigencia.

Nuestra sentencia de 24 de julio de 2008 expresamente señaló que esa Ley 3/2007 no era aplicable al caso individual que resolvía por razones temporales, pero esas razones temporales no pueden jugar en el presente procedimiento de Conflicto Colectivo, en el que se dicta una resolución interpretativa que va a aplicar más a situaciones futuras que pasadas, razones que en todo caso justificarían un cambio de criterio.

TERCERO.- La desestimación del anterior motivo de los recursos excusa de analizar el otro motivo del recurso interpuesto por ANGED, el que alega la aplicación indebida de los artículos 10 y 18 de la Constitución y de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En efecto, si a la licencia se tiene derecho siempre que existe un parto con hospitalización de un familiar, dentro del segundo grado por consanguinidad o afinidad, resulta innecesario comunicar las características del parto, si ha sido normal o complicado, detalles que no puede reclamar la empresa, quien sólo puede exigir que se justifique la causa de la licencia sin que en el presente caso se haya planteado cuestión alguna sobre la forma de efectuar la justificación.

Por ello, no es preciso analizar si la exigencia de esos datos viola la intimidad, por cuánto el disfrute del permiso no obliga a comunicarlos.

CUARTO.- Las razones expuestas nos llevan a desestimar los dos recursos con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, cual dispone el artículo 215 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

#### FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por el Procurador D. José Manuel Villasante García, en nombre y representación de Asociación Nacional De Grandes Empresas De Distribución (ANGED) y por el Letrado D. José Manuel Copa Martínez en nombre y representación de ALCAMPO S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la

Audiencia Nacional, de fecha 22 de enero de 2007, en actuaciones núm. 177/06 seguidas en virtud de demanda a instancia de la Federación Estatal De Trabajadores De Comercio, Hostelería, Turismo Y Juego De La Unión General De Trabajadores (FETCJTJ-UGT) contra Asociación Nacional De Grandes Empresas De Distribución (ANGED), Federación Estatal De Comercio, Hostelería Y Turismo De Comisiones Obreras, Federación De Trabajadores Independientes De Comercio (FETICO), Comité Intercentros De Alcampo S.A., sobre conflicto colectivo.

Sin costas. Se decreta la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir a los que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martín Valverde.- Jesús Gullón Rodríguez.- Luis Fernando De Castro Fernández.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García De La Serrana.

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

2009/134885

TS Sala 4ª, Sentencia 20 mayo 2009. Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

## Denegación de cambio horario sin reducción de jornada

*Frente a sentencia que reconoció al trabajador la modificación horaria solicitada, sin reducción de jornada, para el cuidado de un hijo con un grado de minusvalía del 75 %, recurre en casación para la unificación de doctrina la empresa de automóviles demandada.*

*Estima el TS el recurso pues conforme al ET no se contempla la posibilidad de solicitar un cambio de horario sin previa reducción de jornada, por lo que la pretensión del demandante carece de apoyo legal, y aun cuando aquella serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares, pues de lo contrario no habría solicitado el mencionado cambio, no se puede, sin embargo, acceder a lo peticionado sin violar el principio de legalidad a que debe someterse la Sala, pues*

*sería tanto como asumir los órganos judiciales funciones legislativas cuando es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del ET, lo que, hasta la fecha, no ha hecho.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Empresa recurrente impugna la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de mayo de 2008, resolución que confirmó el fallo de la de instancia que había declarado el derecho del actor a prestar servicios en turno de mañana, en horario de 6.45 a 14.45 horas durante el tiempo en que concurra la necesidad familiar de atención a su hijo que, a consecuencia de un accidente, padece un grado de minusvalía del 75%.

El recurso se articula en dos motivos. El primero, insta la nulidad de actuaciones por haber inadmitido el juez de instancia, como medio de prueba, una grabación audiovisual propuesta en el acto de la vista. El segundo, impugna la decisión confirmada por la sentencia recurrida de asignar al trabajador demandante turno fijo de mañana, sin reducción horaria.

SEGUNDO.- Para cumplir el presupuesto procesal de la contradicción, invoca en el primer motivo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y sede de Sevilla de 10 de octubre de 1996, resolución que declara la nulidad de la sentencia de instancia y de las actuaciones, por haberse denegado la práctica de visión de una cinta de vídeo, prueba que había sido propuesta en tiempo y forma. Denegación que implicaba una indefensión del demandante al que se imputaba haber trabajado en un taller mecánico en concurrencia desleal con su empleadora. No puede apreciarse la existencia de contradicción en los términos exigidos por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. De una parte, esta Sala ha señalado con reiteración que, cuando la contradicción alegada versa sobre una cuestión de naturaleza procesal, no sólo es necesario que las irregularidades invocadas sean homogéneas, siendo además preciso que los hechos, los fundamentos y las pretensiones sobre el fondo del asunto sean sustancialmente iguales, pues con carácter general, el alcance de la infracción procesal no puede aislarse de la configuración sustantiva de la controversia, aparte de que admitir lo contrario supondría desvirtuar la finalidad de este recurso, convirtiéndolo en un recurso de casación por quebrantamiento de forma (por todas, sentencias de 21 de noviembre 2000, R. 234/2000, dictada en Sala General; de 15 de diciembre de 2000, R. 2298/2000; y 28 febrero de 2001, R. 1902/2000). Y en el presente supuesto la sentencia recurrida recayó en causa por modificación de horario para atención de un hijo minusválido, mientras que la invocada de contradicción se dictó en proceso por des-

pido. Además, por otra parte, existen diferencias en circunstancias de hecho susceptibles de ser determinantes de la diferente solución adoptada, en función de la posible indefensión de la parte a la que le fue denegada la diligencia de prueba referida. En el supuesto de la sentencia invocada se producía tal indefensión, al no poder acreditar el actor por otros medios los datos de su tesis. Por el contrario, en la contienda que hoy resolvemos los datos sobre los desplazamientos del hijo del actor se contienen en el informe de detectives en el que aparecen fotografías derivadas de la grabación con mención de la fecha y hora de realización, elementos que fueron valorados por el juez de instancia. Las fotografías de dicho informe eran susceptibles de servir de soporte una modificación de la declaración de hechos probados al tener naturaleza documental.

En consecuencia, concurriendo causa de inadmisión del motivo, en el actual trámite procesal se impone la desestimación.

**TERCERO.-** Para el motivo destinado a impugnar la decisión adoptada en la cuestión de fondo invoca la recurrente la sentencia de la Sala de Cataluña de 7 de febrero de 2008. Esta resolución fue dictada resolviendo una controversia idéntica a la presente y la Sala revocó la sentencia de instancia que había concedido el derecho a la actora de prestar servicios en el turno de mañana en tanto se hallara atendiendo a un hijo menor de seis años. Basa su pronunciamiento en el texto del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores que concede el derecho de reducción de jornada y salario, sin referencia a la simple modificación de horario sin reducción de jornada.

Es idónea esta resolución para servir de base al juicio de contradicción, ya que resuelve con un pronunciamiento contradictorio con el que hoy se combate, siendo así que los hechos y pretensiones eran idénticos a los del presente litigio. Debe la Sala pronunciarse sobre la doctrina unificada.

**CUARTO.-** Denuncia la recurrente la infracción de los art. 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la Ley Orgánica 3/2007. Censura que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, merece favorable acogida.

Como cuestión previa hemos de señalar que no es de aplicación el mandato del art. 34 del Estatuto de acuerdo con la modificación introducida por la Ley Orgánica 3/2007, pues el presente litigio se inició antes de su entrada en vigor y, según su disposición transitoria tercera los procedimientos judiciales o administrativos iniciados con anterioridad seguirán rigiéndose por la normativa anterior.

La doctrina acerca del problema litigioso ha sido ya unificado por esta

Sala en sus sentencias de 13 y 18 de junio de 2006 (Recursos 897 y 1625 de 2007).

En la segunda de dichas sentencias razonábamos que, “comenzando el análisis de la denuncia de infracción por el artículo 37 apartados 5º y 6º del Estatuto de los Trabajadores por ser la norma que directamente aborda uno de los aspectos de la conciliación de la vida familiar y laboral a impulso de las modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, ningún apoyo ofrece a la tesis de la demandante al no tratarse de un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes. Se trata de una norma positiva que contempla una modalidad específica de auxilio a trabajadores con necesidades familiares que atender. En concreto, el apartado 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.”

En el apartado 6º se perfila ese derecho diciendo que “la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada prevista en el apartado 4º de este artículo corresponderá al trabajador.”

La recurrente tan sólo invoca el apartado 6º pero el mismo no puede desvincularse del apartado 5º pues no se trata de dos derechos independientes sino de uno solo, la reducción de jornada en el apartado 5º y la extensión en la que puede ejercitarse, con arreglo al apartado 6º.

No cabe duda de que el derecho está concebido en cuanto a su modalización de manera favorable al interés del trabajador por cuanto es éste quien concreta el horario y el periodo de disfrute, pero siempre en el ámbito de la reducción de jornada, una importante alteración que también posee la contrapartida negativa cual es la reducción proporcional del salario.

No se contempla en el Estatuto de los Trabajadores otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1º.b) del Estatuto de los Trabajadores, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato.

No cabe tampoco, como se advertía al comienzo de este razonamiento, elaborar a partir de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral un

nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, pues como bien ha tenido oportunidad el legislador con el transcurso del tiempo desde la entrada en vigor de la citada Ley, al promulgar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres, ha configurado una nueva expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante.

Así, en la nueva redacción, al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores se le añade un nuevo apartado del tenor literal siguiente: “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.” Se advierte, por lo tanto que tampoco en la normativa posterior se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, precepto en que se regula la jornada de trabajo.

Interpretando el conjunto normativo, ya se trate del vigente en la fecha de los acontecimientos origen de la reclamación como el posterior, de aplicación en la actualidad, no se advierte en el mismo conculcación por los poderes públicos del deber de aseguramiento de la protección social y jurídica de la familia, en los términos contemplados en el artículo 39 de la Constitución Española “.

**QUINTO.-** En ambas sentencias recordábamos que “la Sala conoce la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 de 15 de enero, dictada en un supuesto en el que el Juzgado deniega la reducción de jornada y cambio de horario solicitado, recurriendo en amparo directamente, lo que fue estimado devolviendo las actuaciones al Juzgado, para que valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analizando, en que medida la reducción de jornada resultaba necesaria para la atención del menor, ni cuales fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, planteándose la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía ó no un obstáculo para la compatibilidad de su vida profesional y familiar, decidir si ello suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 C.E. de la cuestión planteada, y en tal sentido su denegación constituiría una discriminación por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina constitucional en esta materia; pero éste no es el caso de autos, pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37-5 y 6 del E.T, sino solo de una petición de cambio de horario, y por

tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 del E.T en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Organos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del E.T, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34 del E.T. en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no puede dar lugar a lo que allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la Constitución y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, aunque allí con base legal, ha de atenerse a los principios legales a los que está vinculada”.

**SEXTO.-** Siendo la expuesta la tesis adecuada al texto legal, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, se impone la estimación del recurso y resolviendo el debate planteado en suplicación estimar el de esta clase interpuesto por la empresa Peugeot Citroen Automóviles España, S.A. contra la sentencia de instancia y desestimando la demanda absolver a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra en los presentes autos.

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 en nombre y representación de PEUGEOT CITROEN AUTOMOVILES ESPAÑA S.A. contra sentencia de 19 de mayo de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, estimamos el de esta clase interpuesto por la empresa Peugeot Citroen Automóviles España, S.A. contra la sentencia de instancia y desestimando la demanda absolvemos a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra en los presentes autos.

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

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

(...)



## 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.

### **TC** TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/150167

TC, Sección 3ª, Sentencia 22 junio 2009.  
Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

#### Condena por delito de falsedad documental en apelación sin celebrar vista pública

El TC otorga a la recurrente el amparo solicitado, declarando vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia frente a sentencia que, en grado de apelación, la condenó por un delito de falsedad. Considera la Sala que la acreditación del dolo falsario se extrae de una prueba personal valorada en su día por el Juez de instancia, sin que éste extrajera de la misma la intención dolosa que ahora se predica de la recurrente y sin que el órgano de apelación la oyera en segunda instancia, motivo por el cual debe estimarse el recurso.

2009/150172

TC Sala 1ª, Sentencia 15 junio 2009.  
Ponente: D. Pablo Pérez Tremps

#### Continuidad delictiva en delito de robo

Se promueve amparo frente a resoluciones que condenaron a los recurrentes por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro de blanqueo de capitales. El TC deniega el amparo solicitado y afirma, entre otras consideraciones, que cabe apreciar la figura del delito continuado al no existir una unidad natural de acción en la conducta típica realizada, dado que existían una pluralidad de fracturas de cajas de seguridad para apoderarse de sus respectivos contenidos pertenecientes a diferentes dueños, siendo indiferente que todas esas cajas estuvieran en la misma cámara acorazada. Así pues la interpretación y la concreta subsunción de los hechos en el art. 74,2 CP no son contrarias a las exigencias derivadas del art. 25,1 CE, no habiéndose acudido a argumentaciones extravagantes a las normalmente utilizadas en la comunidad jurídica ni

partido de bases valorativas ajenas a los criterios constitucionales para llegar a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de estas norma y, en esa medida, imprevisibles para el recurrente.

### **TS** CIVIL

2009/82790

TS Sala 1ª, Sentencia 4 mayo 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

#### Nulidad de donación encubierta bajo compraventa

El TS declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal, estima en parte el de casación interpuesto contra la sentencia de la AP, casa y anula la resolución, confirmando en su integridad la sentencia dictada por el órgano de instancia. El Tribunal considera, que debe ser acogida la pretensión de la parte recurrente, en la medida que debe declararse la donación disfrazada bajo la apariencia de compraventa como nula, ya que aunque ésta conste en documento público respecto a los inmuebles, carece de los requisitos de forma exigidos en la normativa aplicable, de manera que ante la carencia de las exigencias formales del acto de liberalidad -carencia de escritura pública y falta de aceptación de la donataria- debe declararse la nulidad de la misma.

2009/82792

TS Sala 1ª, Sentencia 13 mayo 2009.  
Ponente: D. José Almagro Nosete

#### Inaplicación de la indemnización por clientela a contrato de distribución

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la distribuidora demandante contra la sentencia de la AP que revocó la de instancia, y confirmando que el contrato de distribución se ha declarado resuelto en la litis por el incumplimiento de sus obligaciones por la recurrente, no procede en su consecuencia la condena a indemnizar en cantidad alguna a la concesionaria demandada. Señala que en los ca-

sos de extinción de un contrato de cesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 LCA no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo.

### **TS** PENAL

2009/22886

TS Sala 2ª, Sentencia 12 febrero 2009.  
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

#### El trastorno del control de impulsos para la realización de compras no afecta a la imputabilidad de la estafa

Contra la sentencia que condena a la acusada como autora de un delito continuado de estafa interpone ésta recurso de casación que resulta desestimado. Considera el TS que no ha quedado probado que la acusada intentara reparar el daño desde el mismo momento de su detención ya que de la lectura de los documentos aportados no se acredita ningún error fáctico que consista en no incluir como probada su supuesta acción reparadora del daño causado por la concreta estafa que aquí ha sido juzgada. Respecto a la posible aplicación de la eximente de alteración psíquica la Sala lo rechaza puesto que de la pericial médica forense resulta que la acusada presenta un trastorno del control de impulsos para la realización compulsiva de compras pero no padece alteración alguna que le impida comprender la ilicitud de su conducta de estafa.

2009/31852

TS Sala 2ª, Sentencia 23 marzo 2009.  
Ponente: D. Joaquín Delgado García

#### Absolución del delito de prevaricación

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de cohecho y prevaricación. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de prevaricación, ya que existían razones de urgencia pues, desde varios

días antes, se había estado emitiendo un programa cuyo contenido no se conoce, pero que se dice gravemente perjudicial para el buen nombre del querellante y de otras personas, y algo que tendría que ser así, pues de otro modo no se hubiera presentado ni la denuncia ni la querrela con la solicitud de proceder de inmediato para impedir la continuación del mencionado programa, que continuaba en antena sin interrupción.

### **TS** SOCIAL

2009/92563

TS Sala 4ª, Sentencia 2 abril 2009.  
Ponente: D. Antonio Martín Valverde

#### Derecho a complemento de productividad fija de personal laboral de servicio de salud

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por los trabajadores accionantes contra sentencia que rechazó su pretensión frente a Cruz Roja y el SERMAS, sobre complemento de productividad fija.

Señala la Sala que el plus litigioso es un complemento retributivo asignado, en cuantía fija según grupos profesionales, a todos los empleados de régimen estatutario, no estableciendo la cláusula de homologación retributiva del personal laboral distinción o restricción alguna que permita limitar o excluir del derecho a la percepción de un concepto salarial de tales características a este sector del personal.

2009/101841

TS Sala 4ª, Sentencia 30 abril 2009.  
Ponente: D. Víctor Fuentes López

#### Nulo despido de embarazada independientemente del conocimiento del estado por el empresario

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa demandada contra sentencia que declaró la nulidad del despido de la trabajadora embarazada accionante.

Señala la Sala que el hecho de que la Dir. 92/85/CEE de 19 octubre 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, contemple la exigencia de comunicación por la trabajadora de su embarazo al empresario como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la misma, no constituye motivación suficiente, por sí misma y con exclusión de cualquier otro criterio interpretativo, para afirmar la exigencia de idéntica condición en la aplicación del art. 55,5 b) ET.