



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2789

Madrid, miércoles 3 de febrero de 2010



## TS CIVIL

2009/245665

TS Sala 1ª, Sentencia 26 octubre 2009. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Concurrencia de culpas en accidente al no cruzar por el paso de peatones

*El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que, confirmatoria a su vez de la del juzgado, con estimación parcial de la demanda, condenó a la aseguradora del vehículo causante del atropello a pagar al lesionado, que quedó en situación de gran invalidez con una minusvalía del 98%, la cantidad resultante de cuantificar las lesiones teniendo en cuenta que existió una concurrencia de culpas, siendo la responsabilidad del lesionado de un 60%, y de un 40% la del conductor, ya que aquél no cruzaba por el paso de peatones sino a cierta distancia del mismo.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre las 17,30 horas del día 18 de febrero de 2002, D. Anselmo, de 73 años de edad, fue atropellado por el vehículo Opel Kadett, matrícula W-....-UX, conducido por D. Anton cuando cruzaba desde la acera de la izquierda la Avenida de Andalucía de Alcalá la Real, a la altura de la Estación de Autobuses, y a una distancia de 3,65 metros del paso de peatones, a resultas de lo cual sufrió diversas lesiones y secuelas determinantes de una Gran Invalidez, con un grado de minusvalía del 98%. Dª Petra, en su propio nombre y en el de su hermano D. Anselmo (fallecido posteriormente - 7 de julio 2005-), formuló demanda contra la entidad aseguradora del turismo, Groupama Seguros y Reaseguros SA, en la que reclama a consecuencia del accidente, la suma de 646.450,81 Euros para su hermano, y 109.987,87 para ella, con el añadido del interés moratorio del 20% de la Ley de Contrato de Seguro.

La sentencia de la Audiencia Provincial confirma íntegramente la del

Juzgado en la que, con estimación parcial de la demanda, condena a la demandada a pagar a D. Anselmo la cantidad de 144,296,06 euros, sin el complemento de los intereses. Ambas resoluciones parten de que existió una concurrencia de culpas, cuantificando la responsabilidad del Sr. Anselmo en un 60% y en un 40% la del conductor.

SEGUNDO.- Se formula recurso de casación por la demandante, del que han sido admitidos tres motivos. El primero de ellos, basado en la infracción de los artículos 1 y 6 de la LRCSCVM, en la redacción dada por la Ley 30/1995; artículos 11 y 19 del Texto Articulado de la Ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; artículos 17, 45 y 46 del Reglamento General de Circulación; artículos 5,6,9,11 y 12 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor; artículos 1902 y 1903 del Código Civil; artículos 299,326,348,376 y 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, final-

mente, a modo de cierre, los artículos 24 y 14 de la Constitución.

Los recurrentes consideran que por la aplicación de la Ley, de la jurisprudencia y de los principios generales que rigen la circulación, la única culpa civil relevante en el accidente responde el conductor del mismo y, por derivación, la aseguradora demandada.

Sin duda el motivo está defectuosamente formulado, tanto en lo que se refiere a una cita de preceptos heterogéneos - sustantivos y procesales-, vedada en casación, como porque este recurso no permite la revisión de la valoración de la prueba hecha por el tribunal de instancia, que es lo que realmente pretende la parte recurrente, incurriendo en el vicio casacional de "hacer supuesto de la cuestión" pues lo que en el pretende es aplicar "de manera lógica y sistemática los datos realmente objetivos, desvestidos de los subjetivismos de las declaraciones del conductor y de la policía" para obtener una conclusión distinta de la alcanzada en la sentencia de instancia, siendo así que las infracciones de normas relativas a la prueba se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, la calificación jurídica de tales hechos y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, así como en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma (AATS de 1 de febrero 2005; 8 de febrero 2005; 4 de diciembre 2007; 1 de abril de 2008, entre otros)

TERCERO.- Sucede lo mismo con el segundo motivo en el que, junto a la cita de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, del Reglamento de la Circulación, de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, introduce los artículos 299,326,348,376 y 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de los artículos 24,14, 47 y 49 CE; todos ellos para combatir la

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Concurrencia de culpas del lesionado al no cruzar por el paso de peatones 1

Requerimiento resolutorio improcedente instado por mutua vendedora 2

#### PENAL

Absolución del delito contra la salud pública 4

#### ADMINISTRATIVO

Responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por un vehículo lituano no asegurado 8

Legitimación del ayuntamiento para impugnar la vía de hecho de otra corporación local 10

#### SOCIAL

Trabajadora fallecida sin derecho a causar mejora voluntaria prevista en convenio 13

Denegación de abono de complementos a personal laboral de la Administración del Estado 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

aplicación del baremo hecho en la recurrida así como distintas indemnizaciones que se le niega o se cuantifican escasamente a partir de una mezcla de preceptos dispares -sustantivos y procesales-, con los que tiende a hacer valer, como si se tratara de una tercera instancia, supuestos distintos afectantes tanto a la revisión casacional de la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse el Baremo Anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, por aplicación indebida e incorrecta, como a la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia ha efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado, y ello evidentemente impide conocer a esta Sala con claridad dónde se halla la pretendida vulneración denunciada de unas normas y de unos hechos tan contrarios y dispersos como los invocados en el motivo.

CUARTO.- El motivo tercero se basa en la infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, sobre intereses, además de la Disposición Octava de la Ley 30/1995, sobre la mora del asegurador, y artículos 5, 6, 9, 11 y 12 del Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, también sobre los efectos de la mora del asegurador. El motivo se articula en dos partes: la primera relativa a la causa justificada que la sentencia aprecia para excluir el pago por la aseguradora. La segunda, sobre la aplicación de un tramo para la determinación cuantitativa del interés.

La primera, que se inadmite, hace innecesario el análisis y resolución de la segunda, que, además, estaría en contradicción con la sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2007, favorable a la existencia de tramos y tipos diferenciados.

Se inadmite por cuanto la apreciación de la causa de justificación de las circunstancias concurrentes para la inaplicación del recargo por intereses moratorios que establece el artículo 20 LCS se funda en el hecho de que ha sido apreciada una concurrencia de culpas y lo que realmente pretende el motivo es que la Sala revise las circunstancias que la sentencia de apelación ha tomado en cuenta para considerar justificado el reparto de responsabilidades a partir de unos hechos que considera determinantes como son la previa consig-

nación por la aseguradora de 23.641 euros y la resolución judicial previa dictada en trámite de un incidente de pensión provisional, en la que se imputa a la víctima la causa exclusiva del atropello, obviando la doctrina respecto del atropello de peatones ancianos según un informe la Policía Local "de escasa experiencia y formación técnica en cuanto a accidentes de tráfico se refiere", y ello supone incidir en aspectos meramente fácticos que en modo alguno enervan la razonabilidad del proceder del asegurador que soporta una reclamación inicial de 756.438 euros, luego reducida a la suma de 144.296,06 euros.

QUINTO.- En materia de costas procesales, se imponen a los recurrentes de las de este recurso de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398.2, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

### FALLO

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Miguel Angel Castillo Sánchez, en la representación que acredita de D. Higinio, D<sup>a</sup> Miriam y D<sup>a</sup> Sandra, y de D<sup>a</sup> Zaida y D. José Pablo, D<sup>a</sup> Coro y D. Baltasar, como sucesores procesales de D. Anselmo, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, de fecha 5 de mayo de 2005, con expresa condena a la parte recurrente de las costas causadas.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollos de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios.- Roman Garcia Varela.- Francisco Marin Castan. - José Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, 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.

2009/271304

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 19 noviembre 2009. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Ante la falta de entrega del inmueble

## Requerimiento resolutorio improcedente instado por mutua vendedora

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la mutua vendedora, quien no podía entregar la cosa vendida, en su integridad, por una ocupación de tercero, ésta es requerida para que subsane el problema, y tras no hacerlo, practica el requerimiento resolutorio. La parte compradora, no atiende al mismo, y la mutua, transcurrido un tiempo, vende el inmueble a un tercero. La Sala considera proceder a la resolución con devolución de las cantidades entregadas en su día, por la parte compradora, tal como ha acordado la sentencia recurrida, teniendo en cuenta además, tanto los intereses correspondientes a percibir, como la indemnización por los daños y perjuicios causados.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La quaestio facti va enlazada plenamente con la cuestión jurídica que se plantea en la litis y que llega a casación y es de ver con detalle, partiendo de los hechos que la sentencia de instancia declara probados y que, ciertamente, no son objeto de discusión.

\* En fecha 2 de febrero de 2001 la entidad demandada en la instancia y recurrente en casación Mutualidad General de Previsión del Hogar Divina Pastora, Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija, como vendedora y la Unión Temporal de Empresas, formada por Naranco 2000 S.L. y Promociones Turísticas Suances S.A., como compradora, celebran contrato de compraventa de tres inmuebles de 31.860 m cuadrados por el precio de novecientos millones de ptas., más el IVA; de éstas se reconocieron abonadas 69.600.000 (418.304,42 €) y el resto, de 840.000.000 más IVA (5.856.261,94 €) se pagaría al tiem-

po de otorgar escritura pública, fijada para el día 28 de diciembre siguiente, en que la UTE compradora pagaría 47.250.000 ptas. en concepto de intereses al 7.5% a no ser que se otorgara anteriormente; en el contrato se pactó cláusula penal de perder la UTE compradora las cantidades abonadas, si no pagaba el resto del precio.

\* En fecha 30 de noviembre de 2001 la Mutualidad vendedora requirió a la UTE compradora para el otorgamiento de escritura pública, acompañando minuta de la misma.

\* En fecha 28 de diciembre de 2001 la UTE compradora remitió a la Mutualidad vendedora burofax en el que le comunicaba que no comparecería en la notaría al comprobar que se había producido una ocupación parcial de uno de los inmuebles, en 2.236,59 metros cuadrados y la requería para "previo saneamiento de todos y cada uno de los incumplimientos referidos", se fijara nueva fecha para el otorgamiento de la escritura.

\* 28 de diciembre de 2001: fecha prevista para otorgar la escritura de compraventa: no se presenta UTE (y no paga el precio, evidentemente).

\* En fecha 31 de diciembre de 2001 la Mutualidad vendedora dirige carta por conducto notarial a la UTE compradora, notificándole la resolución del contrato y la aplicación de la cláusula penal.

\* En fecha 26 de marzo de 2002 la Mutualidad celebra nuevo contrato de compraventa de las mismas fincas con Catalamar, S.L. como compradora, por un precio notablemente superior; contrato que se dejó sin efecto por mutuo disenso. Y en fecha 19 de noviembre de 2002 se celebre nuevo contrato en que la compradora es Grupo Inmobiliario Cañada XXI, S.L. en el que se hace constar la indicada ocupación.

SEGUNDO.- Al año siguiente, 2003, la UTE formada por las indicadas sociedades formula demanda frente a la MUTUALIDAD en la que interesa la resolución de aquel contrato de compraventa de 2 de febrero de 2001 y la devolución de la cantidad entregada de 69.600.000 Ptas. (418.304,42 €) con los intereses del 7,5% desde aquella fecha (o subsidiariamente, al interés legal) y a la indemnización por daños y perjuicios, de 4.207.081,72 € La demanda fue desestimada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 14 de Valencia, en

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

sentencia de 8 de septiembre de 2004, por entender que “el único incumplimiento que aquí aparece es el del comprador”.

Cuya sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 7ª, en la suya de 2 de febrero de 2005 en la que destaca varios extremos: el primero, que “en modo alguno puede diferirse al comprador exigiendo la formalización de la escritura pública o la consignación del precio como signo de cumplimiento del contrato cuando el vendedor no garantiza la entrega de la casa vendida”; el segundo, que “la decisión de resolver el contrato (por parte de la vendedora) es precipitada e injustificada, además de ser altamente lesiva...”, a la vista del hecho de la ocupación “sin desplegar una mínima actividad para averiguar si efectivamente se había ocupado por terceros parte de la superficie...”; el tercero, como conclusión:

“la resolución contractual a instancia de la vendedora no cumplía con los requisitos que la jurisprudencia establece en la aplicación de los artículos 1124 y 1504 del Código civil por cuanto la demandada, en su condición de vendedora, debe acreditar que ha cumplido su obligación, que en el presente caso se limita a la entrega de las fincas libres de cargas, gravámenes y arrendamientos y de la prueba practicada se desprende, sin lugar a dudas, que en fecha de 28 de diciembre de 2001 no podía entregar la posesión de la parcela 10746 en la superficie convenida ni era admisible que se formalizara la escritura pública silenciando la merma de superficie que provocaba la ocupación por un hecho posterior al contrato privado pero comprendido en el ámbito obligacional del vendedor, según establecen los artículos 1461, 1462 y 1474 del Código civil y sin que resulte aplicable el artículo 1471 del Código civil”.

En definitiva, considera que, la resolución del contrato llevada a cabo por la demandada, en fecha 31 de diciembre de 2001, no estaba fundada en un incumplimiento por parte del demandante, en su condición de comprador, y que la posterior venta de los inmuebles a un tercero ha frustrado una seria expectativa comercial, que debe ser indemnizada. Así, la sentencia objeto de este recurso de casación declara la resolución del contrato de 2 de febrero de 2001, que había sido notificada por la Mutualidad vendedor y había sido interesado en la demanda por la UTE compradora y ordena la devolución a ésta de la cantidad que había abonado a la firma de aquel contrato, con los intereses al tipo 7,5% y, asimismo, condena a la Mutualidad a indemnizarle en un millón de euros. Esta ha formulado el presente recurso, del que se han admitido dos motivos.

El primero plantea la cuestión esencial: si es correcta la resolución

del contrato que notificó, fundada en el artículo 1504 del Código civil la Mutualidad como vendedora a la UTE compradora, con aplicación de la cláusula penal o bien, si no se puede aceptar y procede la resolución que ha interesado la UTE compradora, basada en el artículo 1124 del Código civil.

Esta es la *quaestio iuris* que aquí se presenta. La primera posición es la mantenida por la parte demandada, la Mutualidad, que matiza que no cabe acordar la resolución porque ya se produjo cuando se practicó el requerimiento resolutorio el 31 de diciembre de 2001 y no cabe acordar tampoco devolución ni indemnización alguna; ésta es la que ha aceptado la sentencia de primera instancia al desestimar la demanda. La segunda la ha seguido la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto del recurso, a que se ha hecho referencia y de los distintos pronunciamientos que ha hecho, el primer motivo del recurso, al discutir la resolución que ha declarado, si se estima se pasa a la primera de las posturas; el otro motivo admitido, el tercero, se refiere a los intereses.

TERCERO.- El primero de los motivos del recurso de casación se formula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción -inadecuada aplicación- de los artículos 1124 y 1504 del Código civil así como de los artículos 1469 y 1471 del mismo cuerpo legal. La síntesis del motivo no es otra que mantener la primera de las posturas reseñadas, es decir la corrección de la resolución notificada el 31 de diciembre de 2001 basada en el artículo 1504 del Código civil. Lo cual hace preciso entrar en los conceptos y presupuestos de la resolución de la compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, que contempla el artículo 1504 del Código civil.

La base esencial para la aplicación de dicha norma es el incumplimiento de la obligación por parte del comprador. La jurisprudencia había exigido, dando un sentido subjetivo, una “voluntad deliberadamente rebelde frente al cumplimiento de la obligación” o un “propósito deliberado de incumplir”, pero abandonó esta línea y pasó a exigir, con un sentido objetivo, el “incumplimiento inequívoco y objetivo” (sentencias de 24 de febrero de 1990), “frustración de las legítimas aspiraciones de los contratantes y del fin del contrato” (sentencias de 2 de julio de 1992 y 24 de febrero de 1993), “no requiere una conducta dolosa del incumplidor... es suficiente que se frustré el fin del contrato” (sentencias de 30 de julio de 1997 y 11 marzo de 2002), “frustrando así el fin específico perseguido por las partes al contratar” (sentencia de 3 de abril de 2000) “hecho objetivo del incumplimiento no justificado” (sentencias de 15 de julio de 2003 y 18 de octubre de 2004), conceptos que recogen y rei-

teran las sentencias de 2 de febrero de 2005 y 9 de marzo de 2005. Producido el incumplimiento y practicado el requerimiento resolutorio, “éste produce efectos resolutorios ipso iure, por lo que sólo habrá de acudir a la vía judicial cuando el incumplidor lo desatiende y no se allana al mismo”, dice literalmente la sentencia de 7 de noviembre de 1997 y matiza la de 29 de abril de 1998 que “produce sus efectos la resolución contractual ex art. 1.504 C.c. no tiene carácter bilateral o judicial, sino unilateral, produce sus efectos sin necesidad de contar con el consentimiento de la contraparte, si bien, caso de que ésta no la admita, serán los Tribunales los que declaren que está bien o mal hecha, pero sin que hasta la sentencia deje de producir sus efectos.

El vendedor recupera desde luego la plenitud de facultades sobre lo vendido, y si transmite a tercero, éste puede quedar afectado, en su caso, por el fallo de los Tribunales salvo que esté protegido por los efectos de la buena fe. La de 24 de julio de 1999 añade: “Los efectos resolutorios se producen “ex tunc”, por lo que una vez resuelto el derecho, quedan igualmente resueltos los derechos que sobre aquél se hubieran podido constituir; esta regla general tiene su excepción en el párrafo final del artículo 1124, al decir que “esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”; esta protección que se dispensa a los adquirentes de buena fe y a los terceros amparados por la fe pública registral, no impide que se produzca la resolución del contrato sino que limita el alcance restitutorio de la misma, dado que aquel precepto sólo trata de proteger los derechos de terceros adquirentes; en tal caso la obligación de restitución se transforma en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al vendedor, de acuerdo con el último párrafo del artículo 1295 del Código Civil.”

Hay que destacar que la parte que puede exigir la resolución es únicamente la que ha cumplido su obligación o está dispuesto a cumplirla, es decir, el sujeto “cumplidor” y no puede pretender la resolución si no ha cumplido su recíproca obligación y así lo ha reiterado la jurisprudencia, como presupuesto básico de los artículos 1124 y 1504: sentencias de 20 de junio de 1990, 15 de julio de 1991, 25 de noviembre de 1991, 30 de noviembre de 1992, 15 de julio de 1999, 29 de enero de 2000, 14 de marzo de 2003. Este es el caso presente: la Mutua vendedora no podía entregar la cosa vendida, en su integridad, por una ocupación de tercero; es requerida para que subsane el problema y lejos de ello, practica el requerimiento resolutorio de del artículo 1504 del Código civil.

Éste no puede aceptarse: el vendedor no cumple y no va a cumplir, no

puede exigir la resolución a la otra parte. No se acepta, pues, la eficacia del requerimiento resolutorio hecho por la vendedora a la compradora ex artículo 1504 del Código civil y, por el contrario, ante el incumplimiento de su obligación de entrega de la cosa (cosa íntegra en un principio y ahora, imposible por haberse transmitido a un tercero hipotecario) procede la resolución con devolución de las cantidades entregadas en su día tal como ha acordado la sentencia recurrida que no ha infringido los artículos 1124 y 1504 del Código civil sino que los ha aplicado correctamente, así como los artículos que cita como infringidos, relativos a la compraventa de inmueble que no han sido objeto de la litis y ni se han aplicado ni se han tenido que aplicar.

CUARTO.- El segundo de los motivos admitidos, el tercero del recurso de casación se formula al amparo del artículo 477.1 por infracción de lo establecido en el artículo 1108 del Código civil y en la doctrina jurisprudencial sobre el devengo de intereses. Se basa este motivo en la falta de determinación de la liquidez de la deuda, ya que la sentencia que condena a la parte recurrente concede lo pedido como devolución y rebaja drásticamente la indemnización interesada.

La jurisprudencia había mantenido, un tanto exageradamente el principio de *iliquidis non fit mora*, pero cambió hace más de una década (sentencias 2 de abril de 1997 y otras del mismo año, hasta la de 3 de diciembre de 2001) y la reciente de 9 de febrero de 2007 dice: la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil, unida a la natural productividad del dinero (la sentencia de 5 de marzo de 1.992, seguida por otras, calificó la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta reuente en el pago que da lugar a la mora... y destacó que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar el suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos -léase frutos civiles o intereses-no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor), así como a la existencia de diversidad de grados de indeterminación de las deudas, a la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente

en la idea de culpa (que fue negada respecto de quien ignora lo que realmente debe: non potest improbus videri, qui ignorat "quantum" solvere debeat: Digesto 50.17.99) y a la comprobación empírica de que los relatados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada (como recuerdan las sentencias de 20 de diciembre de 2.005 y 31 de mayo de 2.006).

En el presente caso, la devolución debe generar intereses pactados al 7,5% desde la fecha de 2 de febrero de 2001, lo que no se cuestiona en el recurso. Y la indemnización, aunque se haya rebajado la pedida en la demanda debe generar el interés moratorio establecido como interés legal (aumentado en dos puntos desde fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial) desde la intimación al deudor, producida por la interposición de la demanda, para evitar un perjuicio injusto del acreedor que sobre sufrir un considerable retraso en la percepción de indemnización atribuida como adecuada, pecharía por la devaluación monetaria, tal como dice la mencionada sentencia transcrita en parte.

QUINTO.- Por ello, rechazándose ambos motivos del recurso de casación, procede no haber lugar al mismo y confirmar la sentencia recurrida, tal como dispone el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la condena en costas que ordena el artículo 398.1 en su remisión al 394. 1 de la misma ley.

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

#### FALLO

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de "Mutualidad General de Previsión del Hogar Divina Pastora, Mutualidad de Previsión Social a prima fija", contra la sentencia dictada por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 2 de febrero de 2005, que confirmamos.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, se imponen a la parte recurrente.

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

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

(...)

## TS PENAL

2009/239976

TS Sala 2ª, Sentencia 21 septiembre 2009. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Prueba ilícita por inexistencia de indicios incriminatorios para acordar intervención telefónica

### Absolución del delito contra la salud pública

*Se estiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó como autores de un delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve a los recurrentes del expresado delito, pues no debieron acogerse como probadas las vigilancias de la guardia civil por meros testimonios de referencia cuando estaban identificados quiénes eran los agentes que podrían haber tomado parte en ellas. Por otra parte, los indicios concretos de que se valió la juez para adoptar la medida cercenadora del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones carecían de base alguna, ya que ni constan acreditadas las vigilancias en que se sustenta el auto cuestionado, ni tampoco aparecen indicios de una organización dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real se condena a los acusados Rafael y Rubén, como autores de un delito contra la salud pública, a la pena de tres años de prisión y a una multa de 24 euros.

Los hechos por los que han sido condenados se resumen en que se les halló en la vivienda que ocupaban una escasa cantidad de cocaína (0'10 gramos) y otros objetos e instrumentos de los que el Tribunal Provincial, a tenor de los datos probatorios que figuran en la causa, infiere que ambos traficaban con la referida sustancia estupefaciente, que vendían a distintos consumidores que tenían como clientes.

Frente a la condena recurren los dos acusados, alegando como motivo principal de sus respectivos recursos la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, a un proceso con todas las garantías y también a la presunción de inocencia.

#### A) Recurso de Rafael

SEGUNDO.- 1. El referido recurrente aduce como primer motivo de impugnación, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ, la vulneración de los arts. 24, 24.2, 18.2 y 3 de la Constitución, preceptos que han sido conculcados -señala la defensa- por el auto de 18 de marzo de 2005, puesto que los datos objetivos que se reseñan en el mismo

para fundamentar la intervención de los teléfonos móviles de los dos acusados no han sido corroborados en ningún momento del proceso, lo que determinaría la ausencia de razones objetivas para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones de los imputados concernidos.

Por ello, se postula la nulidad del auto y de las demás diligencias probatorias que se derivaron de esa resolución, nulidad que abocaría necesariamente a la absolución del recurrente por falta de pruebas de cargo enervadoras del derecho a la presunción de inocencia.

2. El auto de 18 de marzo de 2005, en el que se acordó por la juez del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tomelloso (Ciudad Real) la intervención de los teléfonos móviles de los dos acusados durante el periodo de un mes (folios 12 a 14 de la causa), contiene como datos incriminatorios en que se sustenta la medida adoptada los siguientes: la entrada y salida de consumidores del domicilio del denunciado

Rafael; que se trata de indicios por un delito contra la salud pública de tráfico de sustancias estupefacientes realizado por un grupo organizado, en el que unas personas se encargan de traer la droga y otras de distribuirla; y, en tercer lugar, la entidad de la organización y su finalidad.

En los antecedentes del auto en que se acuerda la intervención telefónica se menciona el oficio de la Guardia Civil del equipo de Tome-

lloso (Ciudad Real), de 16 de marzo de 2005. En éste (folios 10 y 11 del proceso) se especifican varios datos en los que se apoyan los investigadores oficiales para interesar la intervención de los teléfonos móviles de los dos denunciados.

En primer lugar, se hace referencia a la denuncia formulada por la ex esposa del acusado Rafael, Sara, ante el puesto de la Guardia Civil de Socuéllamos (Ciudad Real), denuncia de 3 de enero de 2005, en la que la denunciante manifiesta que su hija Cristina le ha comentado que, con motivo de la última visita que realizó al domicilio de su padre, el acusado Rafael, vio una caja con mucho dinero en un armario de la cocina y una caja con muchas bolsitas anudadas, unas 200, que, al parecer, contenían cocaína.

En el oficio de la Guardia Civil solicitando la intervención telefónica se afirma que de la denuncia se desprende que tanto Rafael como su compañero de piso, Rubén, pueden estar dedicándose al tráfico de sustancias estupefacientes.

En el mismo oficio de solicitud de la intervención también se especifica por los agentes que esas dos personas pudieran tener en su poder alguna arma corta de fuego, tipo pistola. A continuación, se reseña que los agentes de la Guardia Civil de Socuéllamos, localidad en que se halla ubicado el domicilio del acusado Rafael, practicaron en relación con la persona de este imputado y sobre su domicilio una serie de vigilancias en las siguientes fechas: 21 de agosto de 2004; 6 de noviembre de 2004; 8 de noviembre de 2004; la noche del 12 al 13 de noviembre de 2004; y el día 18 de diciembre de 2004.

En el curso de esas vigilancias los agentes -dice el oficio de solicitud de intervención telefónica- han observado el trasiego de personas al domicilio investigado, así como llamadas telefónicas a los acusados, llegando a los pocos minutos los compradores y realizándose rápidamente las ventas.

3. Pues bien, el examen de las actuaciones procesales permite colegir que ninguno de los datos indiciarios específicos en que se apoyó expresamente el auto de 18 de marzo de 2005 que autorizaba la intervención telefónica ha sido verificado en el curso del proceso.

En lo que respecta a las vigilancias de la Guardia Civil de la localidad de Socuéllamos, sólo aparecen reseñadas sus fechas en el oficio de petición de la autorización para las escuchas telefónicas.

A este respecto, llama poderosamente la atención que la denuncia de la ex esposa del acusado Rafael haya sido formulada el día 3 de enero de 2005 y, en cambio, las vigilancias del domicilio del acusado se hayan

realizado meses antes de esa denuncia y no después. Además, en la causa no consta reflejada vigilancia alguna entre la fecha de la denuncia y el oficio en que se solicita la intervención telefónica, de fecha 16 de marzo de 2005.

Lo razonable y lógico sería que a partir de la denuncia de la ex esposa del acusado Rafael se iniciaran las vigilancias y las investigaciones encauzadas a corroborar o advenir el contenido del escrito de denuncia. Sin embargo, según la información aportada por la Guardia Civil, ello no ha sido así, pues no consta que se practicaran investigaciones con posterioridad a la denuncia.

En cambio, sí se mencionan vigilancias anteriores a ella, a pesar de que no figura atestado alguno relativo a esas vigilancias anteriores ni comparecieron en la vista oral del juicio a describirlas los agentes que pudieran haberlas practicado.

De otra parte, en la vista oral del juicio no comparecieron a deponer los agentes que supuestamente practicaron las vigilancias del domicilio del acusado, agentes que habrían tenido la misión de verificar los indicios aportados por la ex esposa de Rafael. Sólo comparecieron a deponer los funcionarios de la Guardia Civil que practicaron las intervenciones telefónicas y la entrada y registro en el domicilio de aquél, funcionarios que manifestaron conocer por referencias de sus compañeros que se habían practicado algunas vigilancias, pero sin que aquéllos hubieran intervenido en ellas ni tampoco las conocieran por actuaciones personales.

Pese a lo cual, en la sentencia recurrida se acoge como cierto que las vigilancias tuvieron lugar, aserto apriorístico que no sólo utiliza el Tribunal de instancia para legitimar las intervenciones telefónicas sino también para integrar la prueba de cargo en que sustenta la condena.

La Sala no puede compartir ese criterio probatorio, pues, tal como tiene declarado el Tribunal Constitucional, el testimonio de referencia "constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundamentar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia (por todas, STC 217/1989), pero que la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos" (SSTC 217/1989, 303/1993, 79/1994, 35/1995, 131/1997, 7/1999 y 97/1999).

La validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba (SSTC 209/2001, 155/2002, 219/2002 y 146/2003).

Esta doctrina tiene su antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado como contraria a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio de Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, DELTA contra Francia, de 19-12-1990; ISGRÓ contra Italia, de 19-2-1991; ASCH contra Austria, de 26-4-1991; en particular sobre declaración de testigos anónimos, WINDISCH contra Austria, de 27-9-1990 y LUDI contra Suiza, de 15-6-1992).

Por consiguiente, no debieron acogerse como probadas las vigilancias de la Guardia Civil por meros testimonios de referencia cuando estaban identificados quiénes eran los agentes del puesto de la Guardia Civil de Socuéllamos que podrían haber tomado parte en ellas. La incertidumbre sobre ese hecho concreto de las vigilancias se incrementa todavía en mayor medida al sopesar que fue la propia acusación pública quien renunció en la vista oral del juicio al testimonio de los agentes que podían haber esclarecido un dato tan relevante.

4. Descartada la constatación probatoria de las vigilancias sobre el domicilio del acusado Rafael, hemos de centrarnos ahora en el segundo hecho indiciario en que se sustenta la motivación de la autorización de las intervenciones telefónicas: la investigación de una organización de cierta entidad que se estaba dedicando al acopio de sustancias estupefacientes y a su distribución.

La lectura de las diligencias de investigación y también del propio relato de hechos probados, así como el escrito de acusación del Ministerio Público, impiden apreciar indicios mínimos acerca de una organización relacionada con el tráfico de sustancias estupefacientes. Y es que la propia tesis inculpativa del Ministerio Fiscal sólo acoge la existencia de dos sujetos (según la sentencia, consumidores de cocaína) que distribuyen la sustancia a terceros, pues las referencias de la Guardia Civil en la investigación no daban pie para mayores inculpativas, por lo que el dato de la organización en modo al-

guno podía ser implementado para justificar la intervención de los dos teléfonos móviles.

Así las cosas, deviene obvio que los datos objetivos que se plasmaron en el auto de 18 de marzo de 2005 carecían de fundamento para sustentar la autorización de las intervenciones telefónicas. Ni se ha acreditado la práctica de las vigilancias al domicilio del acusado Rafael, ni tampoco la existencia de hechos indiciarios relativos a una organización. Los indicios carecían pues del rigor imprescindible para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Por último, en lo que respecta a la denuncia de la ex esposa de Rafael, ni siquiera es reseñada en el auto que autoriza la intervención. Ya sea por la enemistad que existía entre la denunciante y su ex esposo, ya sea porque la denunciante hablaba de referencias en su escrito de denuncia y no por propia observación de los datos indiciarios, lo cierto es que la juez no se apoya en esa declaración para fundamentar la intervención telefónica.

Ni se refiere de forma concreta a esa denuncia, ni tampoco llamó a la denunciante ni a su hija para corroborar el dato. Ni, por último, consta la práctica de diligencias por parte de la Guardia Civil que avalaran una denuncia de la que después se desdijeron en el curso del procedimiento la madre y la hija.

TERCERO.- 1. El Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas - en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002, FJ 5; 167/2002, FJ 2; 184/2003, FJ 9; 165/2005, FJ 4; 104/2006, FJ 2; 253/2006, FJ 2).

También ha advertido que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, el presupuesto habilitante de la intervención telefónica, constituye un prius lógico del juicio de proporcionalidad (STC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3; 165/2005, FJ 4; 219/2006; 220/2006; 239/2006; y 253/2006).

Y asimismo ha insistido, en lo que respecta a los indicios, en que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de datos objetivos (SSTC 171/1999, FJ 8; 299/2000, FJ 4; 14/2001, FJ 5; 138/2001, FJ 3; y 202/2001, FJ 4), que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (STC 165/2005; 26/2006; 150/2006; 219/2006; 220/2006; 239/2006; y 253/2006).

Este es el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando en diversas resoluciones exige la concurrencia de "buenas razones o fuertes presunciones" de que las infracciones están a punto de cometerse (STEDH de 6-9-1979, caso Klass, y de 5-6-1992, caso Ludí), expresando en nuestro ordenamiento el art. 579 de la LECr. que han de concurrir "indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa" (art. 579.1) o "indicios de responsabilidad criminal" (art. 579.3).

Además, han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, FJ 8; 166/1999, FJ 8; y 171/1999, FJ 8; 219/2006; 220/2006; 239/2006; y 253/2006). Exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas.

Igualmente ha matizado el TC que el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa (SSTC 299/2000 y 167/2002). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (STC 138/2001, FJ 4, y 167/2002, FJ 3).

2. La aplicación de los criterios que se acaban de exponer al supuesto ahora enjuiciado determina la nulidad del auto en que se acuerda la intervención telefónica con respecto a los dos acusados al vulnerarse el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Pues, tal como se ha anticipado, los indicios concretos de



que se valió la juez para adoptar la medida cercenadora del derecho fundamental carecían de base alguna, ya que ni constan acreditadas las vigilancias en que se sustenta el auto cuestionado, ni tampoco aparecen indicios de una organización dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes. Sin que la juez, a tenor del contenido del auto, diera relevancia alguna a la declaración de referencias de la ex esposa del acusado Rafael.

Al margen de lo anterior, también ha de ponderarse que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad impone que la medida autorizada sea necesaria, adecuada y proporcionada en sentido estricto. De modo que la intervención puede ser constitucionalmente ilegítima cuando no es imprescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación en curso o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales (SSTC 166/1999, FJ 3, y 126/2000, FJ 6).

Asimismo la intervención telefónica tiene que ser idónea para el fin que se propone. Y, por último, en el caso concreto tiene que ser proporcionada la medida en su concesión y ejecución, ponderando a tal efecto los fines de la investigación, los bienes jurídicos menoscabados por la presunta conducta delictiva, el interés social afectado por el modo y la forma del comportamiento ilícito, criterios que deben ponerse en relación con el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en el momento en que se adopta la medida (SSTC 166/1999, FJ 3; 126/2000, FJ 8; 299/2000, FJ 2; 14/2001, FJ 2; 202/2001, FJ 2; 167/2002, FJ 4; 261/2005, FJ 2; y 104/2006, FJ 3 y 4).

En el supuesto que ahora se enjuicia, además de no haber referido ni sopesado la juez como fundamento de la intervención telefónica la denuncia de la ex esposa de la denunciante, tampoco se realizaron diligencias policiales ni judiciales encauzadas a corroborarla. Ni se contrastó el dato de referencia que aportó la denunciante atribuido a una confidencia de su hija, ni tampoco consta que se practicaran vigilancias u otras diligencias de investigación con carácter previo a la adopción de una medida claramente cercenadora de un derecho fundamental cual es la intervención de los teléfonos.

Por lo que, en cualquier caso, no se han cumplimentado los principios de necesidad (subsidiariedad) ni de proporcionalidad de la medida de investigación cuestionada, conculcación que genera también la nulidad del auto al vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones contemplado en el art. 18.3 de la CE.

CUARTO.- 1. Constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional

que la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) determina la prohibición, derivada de la Constitución, de valorar todas las pruebas obtenidas directamente a partir de las referidas intervenciones telefónicas, puesto que desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, ha sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la Constitución (SSTC 114/1984, FJ 5, 81/1998, FJ 2; 69/2001, FJ 26; 28/2002, FJ 4; y 66/2009, FJ 4). Y así ha venido a corroborarlo en su momento la dicción normativa del art. 11.1 LOPJ.

Dicha prohibición afecta, en primer término, a las cintas en que se grabaron las conversaciones y sus transcripciones. Igualmente, de la declaración de la vulneración del mencionado derecho fundamental deriva, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la prohibición de incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas, pues con tales declaraciones lo que accede al proceso es, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita (por todas, SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 13; 165/2005, de 20 de junio, FJ 9).

La ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida).

En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia.

Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de

modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria y las derivadas (SSTC 81/1998, FJ 4, 49/1999, FJ 14; 94/1999, FJ 6; 171/1999, FJ 4; 136/2000, FJ 6; 28/2002, FJ 4; 167/2002, FJ 6; 261/2005, FJ 5; y 66/2009, FJ 4).

La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC 184/2003 de 23 de octubre, FJ 2). Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad) (SSTC 22/2003, FJ 11; y 66/2009, FJ 4).

A su vez, para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad se estableció en la STC 81/1998, de 2 de abril, una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Y, en segundo lugar, una perspectiva externa, que contempla las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige.

Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (SSTC 81/1998, 121/1998, 49/1999, 94/1999, 166/1999, 171/1999, 136/2000, 259/2005, FJ 7; y 66/2009, FJ 4).

El Tribunal Constitucional ha matizado también que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios,

limitándose el control del TC a la comprobación de la razonabilidad del mismo (81/1998, 259/2005, FJ 7, y 66/2009, FJ 4).

2. La ponderación y el análisis de las circunstancias específicas que concurren en el caso concreto sometido a recurso permiten establecer que la condena de los acusados se ha sustentado sobre pruebas ilícitas, vulnerándose por tanto el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

En efecto, en la sentencia impugnada se acogen cuatro elementos probatorios como medios de convicción para fundamentar la condena de los acusados. En concreto: la declaración ante la Guardia Civil del acusado Rubén; las vigilancias de los agentes de la Guardia Civil sobre el domicilio del acusado Rafael; los objetos hallados en la vivienda de éste en el registro judicial practicado el día 2 de mayo de 2005; y, por último, la grabación telefónica que fue escuchada en la vista oral del juicio.

Pues bien, con respecto a declaración autoincriminatoria de Rubén ante la Guardia Civil y su repercusión en la incriminación del otro acusado, lo cierto es que esa declaración fue ya rectificada en sus aspectos inculpativos nucleares ante la Juez de Instrucción, diluyéndose totalmente en la vista oral del juicio, acto en que ninguno de los dos acusados admitieron la autoría delictiva. No cabe, pues, considerar que la prueba de confesión haya solventado el déficit probatorio derivado de la ilicitud de las intervenciones telefónicas y de las consecuencias que ello comporta para la validez del acervo probatorio del proceso.

De otra parte, ya se ha razonado holgadamente en el primer fundamento de derecho que no se ha acreditado en el curso del proceso la realización de vigilancias sobre el domicilio del acusado Rafael, y mucho menos en los términos en que se recoge en el oficio policial que sirvió de sustento al auto que autorizó las intervenciones telefónicas. De ahí que no puedan operar como prueba de cargo unos testimonios de mera referencia expuestos además en unos términos totalmente genéricos, cuando en realidad los posibles testigos directos habrían sido propuestos como prueba y se acabó renunciando a ellos.

En cuanto a la audición de una grabación telefónica en la vista oral del juicio y a su posible valor probatorio, es patente que la nulidad del auto que autorizaba las escuchas genera de forma insoslayable la nulidad de los documentos en que aparecen grabadas las conversaciones ilegítimamente oídas. Ello significa que no tiene validez, por ser ilícita la grabación, la audición de una de las cintas en la vista oral del juicio, careciendo así de toda eficacia probatoria.

Sin que, además, en la sentencia recurrida se haya expuesto una argumentación mínimamente clara y rigurosa sobre cuáles eran las expresiones y las frases de la grabación que incriminaban a los acusados y las razones por las que se trataba de un lenguaje “camuflado”, que es la conclusión a que llega la sentencia. Este vacío argumental en este caso carece de relevancia procesal dada la invalidez del material probatorio utilizado.

Por último, y en lo que concierne a la diligencia de entrada y registro y a las piezas de convicción que en ella fueron halladas, también se trata de una prueba que deriva causal o naturalmente de las intervenciones telefónicas que fueron ilícitamente practicadas.

El auto de la juez de instrucción en que se autoriza la entrada y el registro del domicilio del acusado Rafael, de 2 de mayo de 2005 (folios 42 a 44 de la causa), se fundamenta de forma primordial y básica en el resultado de las intervenciones telefónicas, de acuerdo con el oficio que se aportó para solicitar la diligencia (folios 40 y 41).

Por lo tanto, siendo éstas nulas, el registro domiciliario queda huérfano de una razón causal objetiva que lo legitime, de modo que puede afirmarse que si las conversaciones telefónicas no se hubieran practicado el registro domiciliario no podría haberse autorizado, pues las vigilancias policiales tampoco se han acreditado.

De otra parte, tampoco cabe en este caso acudir para sanear la diligencia de registro a la denominada conexión-desconexión de antijuridicidad, categoría conceptual de carácter penal sustantivo que el Tribunal Constitucional ha extrapolado al derecho procesal penal al efecto de desactivar la interpretación literal de un precepto cuya aplicación favorece al reo, cual es el art. 11 de la LOPJ.

Para ello ha operado con parámetros hermenéuticos sustancialmente contrarios a los que la Jurisdicción Constitucional ha utilizado para la interpretación del instituto de la prescripción en sus sentencias 63/2005 y 29/2008, en las que ha primado el tenor literal de la norma (art. 132.2 del C. Penal) y su sentido gramatical sobre otros que pudieran extender su interpretación en perjuicio del reo.

Criterio que desde luego no se sigue con respecto al tema de la prueba ilícita, en el que se injertan en el art. 11 de la LOPJ categorías de la dogmática penal para, sobre la base de normativizar mediante conceptos notablemente imprecisos e indeterminados la relación de causalidad que describe el precepto (excluye la eficacia de las pruebas obtenidas, “directa o indirectamente”, violentando los derechos o libertades fun-

damentales), acabar desvirtuando en gran medida el claro tenor literal de la norma aplicable.

En el presente caso no puede, sin embargo, solventarse la ilicitud del registro del domicilio del acusado desvinculando jurídicamente esta diligencia de la ilicitud que presentan las intervenciones telefónicas. Pues la proximidad temporal que concurre entre el auto de intervención de los teléfonos de los acusados -18 de marzo de 2005 - con el que autoriza la entrada y registro en el domicilio de Rafael -de fecha 2 de mayo de 2005-, y el hecho de que entre ambas resoluciones no conste practicada diligencia alguna ajena a las escuchas tendente a constatar otros indicios delictivos no viciados en su legitimidad, impide atribuir a la diligencia de registro la condición de prueba autónoma no contaminada por las intervenciones telefónicas que la precedieron.

Además, debe subrayarse que el Tribunal Constitucional viene advirtiendo en la jurisprudencia anteriormente reseñada que la desconexión de la antijuridicidad de las diligencias viciadas de ilicitud en origen con respecto a las pruebas derivadas ha de ser acogida de forma excepcional.

De modo que la norma general será la transmisión de la ilicitud de las intervenciones telefónicas a las pruebas derivadas de las mismas, y sólo excepcionalmente se desvincularán jurídicamente unas pruebas de otras y se afirmará la legitimidad de las segundas.

En cualquier caso, sí conviene también destacar que la diligencia de registro domiciliario sólo se interviene una cantidad mínima de cocaína (0,10 gramos), y que las otras piezas de convicción requisadas -unas cuantas papelinas, una báscula y dos agendas con anotaciones- tampoco contenían datos incriminatorios de carácter concluyente.

Máxime si se repara en que el acusado Rafael ni siquiera estuvo en la vivienda durante el mes inmediatamente anterior al registro, periodo en que se hallaba de viaje en Paraguay, según expone la propia Guardia Civil (folio 40 de la causa). Sin olvidar tampoco que en la propia sentencia se señala que ambos acusados son consumidores de la sustancia estupefaciente intervenida.

La ilicitud de las intervenciones telefónicas y la condena con base en ellas y en otras diligencias vulneradoras de derechos fundamentales evidencian, pues, que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución).

Y como no se cuenta con otras pruebas de cargo alternativas para sustentar la condena, es claro que también se ha vulnerado el derecho

fundamental a la presunción de inocencia, debiendo, pues, anularse la condena de instancia.

#### B) Recurso de Rubén.

QUINTO.- La defensa del acusado Rubén alega como primer motivo de impugnación, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ, la vulneración de los arts. 24, 24.2, 18.2 y 3 de la Constitución, por haberse infringido -señala la parte recurrente- el derecho a la presunción de inocencia.

En este sentido, y siguiendo la misma tesis del otro impugnante, esgrime la nulidad del auto de 18 de marzo de 2005, puesto que los datos objetivos que en él se reseñan para fundamentar la intervención de los teléfonos móviles de los dos acusados no han sido corroborados en ningún momento del proceso, lo que determinaría la ausencia de indicios y de sospechas fundadas de delito alguno idóneas para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones de los imputados que han sido finalmente condenados. Con base a ello, se postula la nulidad del auto y de las demás diligencias probatorias que se derivaron de esa resolución, nulidad que conllevaría la absolución del recurrente por falta de pruebas de cargo que desvirtuaran el derecho a la presunción de inocencia.

La tesis nuclear de este recurrente y los argumentos en que se apoya son los mismos que ha formulado la defensa del otro acusado. Siendo así, y como Rubén se halla, según se expone en el relato fáctico de la sentencia recurrida, en la misma situación que el primer recurrente, han de serle aplicados los mismos razonamientos relativos a la ilicitud de la prueba y a las consecuencias de vacío probatorio que genera en el proceso en orden a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, razonamientos a los que nos remitimos con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Se estima, por tanto, también el recurso de casación y se anula la condena impugnada, declarándose de oficio las costas del recurso (art. 901 de la Ley Procesal Penal).

#### FALLO

Estimamos los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales interpuestos por la representación Rafael y Rubén contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1ª, de fecha 1 de julio de 2008, que condenó a los referidos recurrentes como autores de un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína, y, en consecuencia, anulamos esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la

Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil nueve

El Juzgado Primera Instancia e Instrucción número 1 de Tomelloso, instruyó procedimiento abreviado núm. 139-06, por un delito contra la salud pública, contra Rafael y Rubén, lo remitió a la Audiencia Provincial de Ciudad Real, cuya Sección Primera dictó sentencia en fecha uno de julio de dos mil ocho, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

#### ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia dictada en la instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, no se han acreditado los hechos descritos en el escrito de acusación del Ministerio Público, a tenor de lo cual se excluyen los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. Procede, pues, absolver a los acusados del delito contra la salud pública que se les imputa, con declaración de oficio de las costas del juicio ante la Audiencia y de las correspondientes a este recurso.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Absolvemos a Rafael y a Rubén del delito contra la salud pública que se les atribuye, con declaración de oficio de las costas devengadas en la Audiencia Provincial y en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

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



## TSJ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/276074

TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 11 noviembre 2009. Ponente: D. Agustín Puente Prieto

### Responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por un vehículo lituano no asegurado

*El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la recurrente contra la resolución desestimatoria de la petición de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de un accidente de tráfico, ocasionado por un vehículo con matrícula lituana conducido por un súbdito de dicha nacionalidad sin seguro obligatorio de responsabilidad civil. La Sala considera que el art. 2, 3 Convenio de Schengen atribuye la posibilidad de que las autoridades españolas establezcan en su legislación las comprobaciones necesarias en relación con el cumplimiento de la obligación de poseer el titular del vehículo que entraba en España, matriculado en Lituania, los documentos acreditativos de la existencia del seguro obligatorio, así como que, según la legislación nacional en la fecha del 18 febrero 2001 en que ocurrieron los hechos, las autoridades aduaneras españolas debían de haber denegado el acceso al territorio español de un vehículo, al entrar en España por frontera terrestre, que no acreditaba la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que reuniera, al menos, las condiciones y garantías establecidas en la regulación española para este seguro de suscripción obligatoria.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el presente recurso de casación contra sentencia de 25 de febrero de 2005, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de la Audiencia Nacional, que resuelve, desestimándolo, el recurso contencioso administrativo número 992/03 interpuesto por Dª Otilia, Dª Silvia, y Dª Isabel, única recurrente ésta en casación, contra la desestimación presunta del Ministro del Interior de la reclamación formulada en relación con la responsabilidad patrimonial en cuantía de 227.012, 96 euros.

En el fundamento de derecho primero, la sentencia objeto del presente recurso resume los hechos que constituyen el fundamento de la petición del actor en los siguientes términos:

Así, en fecha 18 de febrero de 2001, sobre las 19,30 horas, mis representadas sufrieron un grave accidente de circulación, cuando viajaban en el vehículo Opel-Kadett, matrícula TA-....-EL, propiedad de Dª Isabel quien conducía el mismo, viajando como ocupantes Dª Otilia y Dª Silvia.

Mis representadas circulaban por la Carretera Nacional 301 Madrid-Cartagena, término de Cieza (Mur-

cia), cuando a la altura del km. 362,2 resultaron colisionadas frontalmente por el vehículo Honda-Prelude, con matrícula de Lituania NLM-...., conducido por el súbdito de esa nacionalidad D. Valeriano, quien circulando en dirección opuesta invadió la banda de circulación contraria, por la que transitaba correctamente el vehículo Opel-Kadett ocupado por mis mandantes.

Tales circunstancias constan detalladas en el Atestado instruido al efecto por la Guardia Civil, y remitido al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cieza (Murcia) que incoó Juicio de Faltas núm. 51-01 (Testimonio del mismo obra a los Folios 121 al 375 del Expediente, así como con nuestra Reclamación Administrativa).

Como consecuencia de dicho Accidente, el conductor lituano falleció, resultando con gravísimas lesiones mis tres representadas, así como la ocupante del vehículo Honda-Prelude causante del siniestro, Dª Marisa.

El referido Juicio de Faltas fue sobreseído y archivado al haber fallecido D. Valeriano, conductor responsable del Accidente. Si bien previamente por la Sra. Médico Forense adscrita a ese Juzgado se realizó el control y seguimiento de las lesionadas, hasta emitir los

correspondientes Informes de Sanidad.

En el Informe Técnico del Atestado instruido por la Guardia Civil, se hizo constar no haber hallado documentación alguna relativa al Aseguramiento Obligatorio del vehículo de matrícula lituana. Aclarando así el error producido en las primeras Diligencias policiales, al considerar la Tarjeta de Inspección Técnica del Vehículo, como un Seguro. (Folio 34 del Expediente).

Igualmente en las Conclusiones sobre la causa del Accidente, después de analizadas las huellas y vestigios del mismo, así como las manifestaciones de un testigo presencial, se llegó a la determinación de que el mismo se produjo como consecuencia de la invasión del carril del sentido contrario por parte del vehículo lituano, así como por su excesiva velocidad. (Folio 44 Expte.).

Así pues nos encontramos con que el vehículo causante del siniestro y carente de Aseguramiento Obligatorio, se encontraba matriculado en Lituania, país que en aquellas fechas no pertenecía a la CEE ni se encontraba adherido al Convenio Multilateral de Garantía, y que para su entrada en circulación en territorio español precisaba de la suscripción y tenencia de un Seguro Obligatorio de Automóviles conforme exige la normativa española (art. 2.2. y art. 3 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, conforme a la redacción dada por la Ley 30/95 de 8 de noviembre, Disposición Adicional 8ª, y art. 28.2 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Vehículos a Motor, R. Decreto de 12 de enero de 2001), teniendo las fuerzas y cuerpos de seguridad la obligación de efectuar ese control, así como el precinto y depósito del vehículo en caso contrario.

Después de analizar en el fundamento de derecho segundo la sentencia recurrida los requisitos exigibles para la admisión de la responsabilidad de la Administración a que se refiere el artículo 106.1 de la Constitución y 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, argumenta en los siguientes términos, en el fundamento de derecho tercero, el fundamento de su resolución desestimatoria del recurso jurisdiccional.

Si subsumimos los hechos de autos en la anterior normativa, la reclamación del actor ha de ser desestimada por entero, respaldando la postura de la propia Administración por las razones de puro Derecho que a continuación se detallan. No es dable de apreciar el requisito de la relación causal entre el daño producido y la inactividad, en este caso, de la Administración. En otras palabras, es lo cierto que a la fecha en que acontece el desgraciado accidente, 18 de febrero de 2001, España como

estado miembro de la CEE se adhirió al Convenio de Schengen desde el 25 de junio de 1991, operativo desde el mes de marzo de 1995, y que, en lo que aquí interesa, supone la supresión de los controles en las fronteras interiores y su realización en las exteriores, lo que significa que el vehículo causante del desgraciado accidente debería ser sometido en su caso a control en el primer país con frontera exterior por donde entró en el Espacio Schengen, de tal modo que no es a España, sino al País Comunitario que tiene frontera con Lituania, el control del vehículo matrícula de ese país NLM-.... que accedió a territorio comunitario, motivo por el cual las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no tenían la obligación de controlar el vehículo en cuestión en lo relativo la tenencia del Seguro Obligatorio de Vehículos de motor. En otras palabras, la pretendida omisión de las FCSE no es tal. El Convenio vigente en ese momento se integra como norma internacional paccionada en el derecho español conforme al art. 1.5 del Código Civil y art. 96.1 CE, y allí donde el legislador internacional ha distinguido, así debe hacerlo el intérprete, que en este caso está condicionado a la finalidad de la norma que es la supresión de controles en las fronteras comunes, tanto en la circulación de personas, como de transportes y mercancías.

**SEGUNDO.-** Contra la indicada sentencia, por la representación, exclusivamente, de Dª Isabel se interpone el presente recurso de casación con fundamento en dos motivos casacionales, denunciándose, en el primero que se formula al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, la infracción de los artículos 2, apartado 3 del Convenio de Schengen, en relación con el artículo 2.2, párrafo último, de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la redacción vigente a la fecha del siniestro litigioso del 18 de febrero de 2001, así como del artículo 28.2 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción del Real Decreto 7/2001 de 12 de enero.

En el segundo motivo casacional denuncia el recurrente, al amparo de la misma norma procesal, la infracción del artículo 106, apartado 2, de la Constitución, así como del 139 y concordantes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Para la resolución del primero de los motivos casacionales, en que se denuncia sustancialmente la vulneración de lo dispuesto en el artículo 2, apartado 3 del Convenio de Schengen ratificado en España en Instrumento de 23 de julio de 1993, debe partirse del análisis de la cuestión prejudicial sometida a las partes, precisamente, en relación con la interpretación de lo dispuesto en ese



precepto sobre el control por la autoridades de las fronteras interiores de la Unión Europea de la documentación exigida para la verificación del seguro obligatorio de Automóviles a ciudadanos no nacionales de países de la Unión.

Para la resolución de la cuestión que en el recurso de plantea, es necesario tomar en consideración dos fundamentales precisiones cual es, en primer lugar, que la parte demandada, representada por el Sr. Abogado del Estado, en su contestación a la demanda en instancia ha aceptado plenamente que los daños sufridos y el accidente ocurrido sólo es debido a una negligencia del conductor del vehículo Honda-Prelude con matrícula de Lituania, insistiendo a continuación, y en el fundamento de derecho segundo de su contestación a la demanda, que el accidente no se produjo por un mal estado de la vía pública, esto es, de la carretera o calzada por donde circulaban los vehículos, sino como consecuencia de una falta de diligencia, impericia o error del conductor del vehículo Honda, matrícula de Lituania NLM-..., que es el único responsable de los daños y perjuicios causados a las recurrentes.

En el mismo sentido, la propia sentencia objeto del recurso argumenta sobre la base de que el vehículo "causante del siniestro" y carente de aseguramiento obligatorio se encontraba matriculado en Lituania, con lo que no cabe duda de que el citado vehículo debía de estar provisto de la documentación acreditativa de la contratación del seguro obligatorio que cubriera los daños ocasionados por el mismo.

En segundo término, cabe destacar, igualmente, que no existe duda alguna de que la sentencia recurrida parte del hecho, no cuestionado eficazmente en vía casacional, de que la entrada del citado vehículo matriculado en Lituania, causante del accidente, se verificó por vía terrestre (la sentencia alude en el fundamento de derecho primero in fine a que verificó su entrada "en circulación" en territorio español), quedando confirmada, por tanto, como cuestión de hecho enjuiciada por el Tribunal de instancia y no discutida, esta entrada del vehículo, en contra de lo que la recurrente argumenta, por vía terrestre y procedente de otro territorio de la Unión Europea, a cuyo Estado hace responsable la sentencia de instancia, exclusivamente, de la falta de vigilancia y control del documento que acreditara la suscripción del seguro obligatorio, puesto que la misma parte de que, antes de llegar a España en vía terrestre, el vehículo de Lituania accedió a través de otra frontera exterior de la Unión Europea a la misma, llegando posteriormente a la frontera española como frontera interior de la Unión Europea en los términos en que a la misma define el artículo 1 del Convenio de Schengen.

TERCERO.- Sobre la base de estas premisas, ha de partirse de que el artículo 2, apartado 3 del Convenio de Schengen, después de precisar en su párrafo 1 que las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice control alguno de las personas, dispone en dicho apartado 3 que la supresión del control de personas en las fronteras interiores no afectará a lo dispuesto en el artículo 22, ni al ejercicio de las competencias de policía por las autoridades competentes en virtud de la legislación de cada parte contratante sobre el conjunto de su territorio, ni a las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar títulos y documentos contemplados en su legislación.

El recurrente, en su escrito interpositorio, al igual que alegó en la demanda, entiende que el citado precepto permite a las autoridades españolas ejercer un control al acceder a territorio español el vehículo al objeto de comprobar si el mismo está dotado del documento que cubra la responsabilidad del seguro obligatorio, argumentando, en tal sentido, que conforme al artículo 2 de la Ley del Seguro de Responsabilidad Civil y Seguro de Accidentes de Vehículos de Motor, número 30/95 de 8 de noviembre, en su apartado 2, párrafo 3º, Las autoridades aduaneras españolas serán competentes para comprobar la existencia y, en su caso, exigir a los vehículos extranjeros de países no miembros del Espacio Económico Europeo que no estén adheridos al Convenio multilateral de garantía y que pretendan acceder al territorio nacional la suscripción de un seguro obligatorio que reúna, al menos, las condiciones y garantías establecidas en la legislación española. En su defecto, deberán denegarles dicho acceso.

A juicio de la recurrente no existe duda acerca de los términos en que se expresa el citado texto y que permiten -y, en realidad, imponen- a las autoridades españolas el control del documento acreditativo de la suscripción del seguro obligatorio para acceder al territorio nacional, lo que ratifica el artículo 28, apartado 2, del Reglamento de la citada Ley en la redacción dada por el Real Decreto 7/2001 de 12 de enero, que expresa, que en el supuesto de vehículos extranjeros de países no miembros del espacio económico europeo que no estén adheridos al Convenio multilateral de garantía, las autoridades aduaneras españolas deberán denegar el acceso al territorio nacional si éstos no acreditan la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que reúna, al menos las condiciones y garantías establecidas en la legislación española para este seguro de suscripción obligatoria, precepto que resulta afectado por lo dispuesto en la Ley 34/2003 de 4 de noviembre y que modificó el párrafo b, del apartado 1 del artículo 8 del Reglamento sobre funciones del Consorcio de Compensación de Seguros, atribuyendo

a dicho Consorcio la cobertura de la indemnización de daños a personas y bienes ocasionados con un vehículo con estacionamiento habitual en un tercer país no firmante del convenio multilateral de garantía cuando dicho vehículo no esté asegurado.

En definitiva, argumenta la recurrente que, desde la entrada en vigor de la reforma introducida por el Real Decreto 7/2001, producida conforme a su Disposición Final Única el 13 de enero de 2001, hasta la entrada en vigor de la reforma de la Ley 34/2003 de 4 de noviembre, antes mencionada, no existía órgano de garantía alguno que supliría la cobertura de los daños correspondientes al seguro obligatorio y que a ello se debió la especial exigencia de control de esos vehículos cuando entren por España, que debía ser realizada por las autoridades españolas y que, en caso de falta de cobertura de seguro obligatorio cuya responsabilidad no se asumía por organismo de garantía alguno, debían de negar el acceso a territorio español, resultando por ello, y al no hacerlo así, responsable la Administración española de los daños ocasionados, y que no se hubieran producido, en otro caso, al estar obligadas dichas autoridades a negar el acceso al territorio español.

CUARTO.- Recordamos en sentencia de 15 de noviembre de 2007 que es al Juez nacional a quien corresponde valorar la necesidad de una decisión prejudicial y la pertinencia de las cuestiones suscitadas por las partes, atendiendo a la existencia o no de un problema de interpretación del Derecho comunitario aplicable que no pueda resolver por sus propios medios; pues no puede ignorarse que también a él le corresponde aplicar dicho Derecho comunitario y que el monopolio jurisdiccional del T.J.C.E. sólo afecta a la declaración de invalidez de los actos de Instituciones comunitarias (S.T.J. C.E. 22 de octubre de 1987, Foto Frost, 341/1985). De manera que el art. 177 T.C.E.E. no constituye una vía de recurso abierta a las partes de un litigio pendiente ante el Juez nacional; no basta con que las partes sostengan que el litigio plantea una cuestión de Derecho comunitario para que resulte obligado el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que el Juez nacional ha de decidir sobre la necesidad del reenvío prejudicial tomando en consideración los siguientes elementos:

- Aplicabilidad de las disposiciones de Derecho comunitario al litigio.
- Existencia de una duda sobre el significado o la validez de una norma de Derecho comunitario aplicable, de cuya decisión dependa el fallo del litigio.
- Imposibilidad de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en ries-

go la uniformidad interpretativa y de aplicación del Derecho comunitario.

En síntesis, sustituido, en la propia doctrina del Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas, el criterio de la "separación" por el de la "cooperación" al diseñar el reparto de las funciones jurisdiccionales entre el Juez comunitario y el Juez nacional (S.T.J. C.E. 11 de diciembre 1965, Schwarze, 16/1965), corresponde a éste la iniciativa de la remisión (SSTJCE de 16 junio de 1981, Salonia, 126/1980, y 6 de octubre de 1982, Cilfit, 283/1981); y decidir si es "necesario para dictar su fallo" que el T.J.C.E. se pronuncie prejudicialmente, con autoridad de cosa interpretada (STS de 3 de noviembre de 1993), sobre algún extremo del Derecho comunitario ("pertinencia de la cuestión planteada"). Así, pues, conforme al sistema resultante del art. 177 (actual 234) T.C.E.E., "el Juez nacional, que es el único que tiene un conocimiento de los hechos del asunto así como de los argumentos aducidos por las partes, y que deberá asumir la responsabilidad de la resolución judicial que haya de ser pronunciada, está mejor situado para apreciar, con pleno conocimiento de causa, la pertinencia de las cuestiones de Derecho suscitadas en el litigio de que conoce y la necesidad de una decisión prejudicial, para poder dictar su resolución" (S.T.J. C.E. de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board, 83/1978).

Los párrafos 2 y 3 del citado art. 177 (actual 234) T.C.E.E. distinguen la facultad de plantear cuestiones al Tribunal de Justicia, que corresponde a cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, y la "obligatoriedad" de plantear la cuestión y efectuar la remisión al Tribunal de Justicia cuando se trata del "órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno". Ahora bien, ello no supone negar un margen de apreciación del Juez de última instancia o supremo Juez nacional para determinar la "pertinencia" o efectuar el "juicio de relevancia" para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

En el presente caso, no existe duda en la interpretación de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Convenio de Schengen en cuanto a la posibilidad de que las autoridades españolas establezcan en su legislación las comprobaciones necesarias en relación con el cumplimiento de la obligación de poseer el titular del vehículo que entraba en España, matriculado en Lituania, los documentos acreditativos de la existencia del seguro obligatorio, así como que, y según la legislación española que antes recogíamos, en la fecha del 18 de febrero de 2001 en que ocurrieron los hechos, las autoridades aduaneras españolas debían de haber denegado el acceso al territorio español de un vehículo, al entrar en España por fron-

tera terrestre, que no acreditaba la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que reuniera, al menos, las condiciones y garantías establecidas en la regulación española para este seguro de suscripción obligatoria.

De ello se deriva la procedencia de estimar el primero de los motivos casacionales y acceder a la pretensión indemnizatoria formulada por la representación de la actora, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, aceptando también la vulneración de dichos preceptos denunciada en el motivo casacional segundo.

QUINTO.- Y entrando a resolver el fondo de la cuestión planteada, y en relación la cuantía de dicha indemnización, ha de tomarse en consideración que la misma fue fijada en la propuesta en la Subdirección General de Recursos del Ministerio del Interior en una cantidad de 185.750,83 euros, aplicando para ello, en términos casi coincidentes con los que formula la recurrente, los distintos conceptos indemnizables referidos a 41 días de hospitalización y 424 días impeditivos, por un total de 21.184,96 euros, así como las secuelas, valoradas en el informe forense en Sanidad en un total de 71 puntos, que ponderados suponen 56 y los perjuicios estéticos que procede valorar, como se hizo en aquella propuesta de resolución, en 9 puntos, tras aplicar las indemnizaciones básicas establecidas en la Tabla III, incrementadas en un 10%, al tratarse de una perjudicada en edad laboral, conforme a la Tabla IV de la citada resolución y de lo que resulta un total de 129.565,87 euros; a ello ha de sumarse la indemnización por la incapacidad permanente parcial, que el Instituto de Servicios Sociales de la región de Murcia reconoció en un grado de minusvalía del 65%, dentro de los límites establecidos en la Tabla IV del Anexo de la resolución de 20 de enero de 2003 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones fijando un importe no coincidente con la cifra que propone la recurrente sino con la de dicha propuesta de resolución, que se estima acertada y que cuantifica la misma en 35.000 euros, a los que han de sumarse los 8.118 euros, correspondientes a las facturas justificativas de los gastos médicos, que fueron ya incluso aceptados en el Auto de 28 de febrero de 2003 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Cieza al cuantificar la cuantía máxima de la responsabilidad derivada de los hechos. Suma un total lo indicado de 193.868,83 euros, que habrá de actualizarse, como interesa la recurrente, aplicando el interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación hasta la de la sentencia.

SEXTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la condena costas en el presente recurso.

## FALLO

Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Isabel contra Sentencia de 25 de febrero de 2005 dictada en el recurso núm. 992/03 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de la Audiencia Nacional, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la recurrente contra resolución desestimatoria presunta de la petición del Ministerio de Interior sobre responsabilidad de la Administración, cuya sentencia casamos y anulamos, declarando en su lugar que procede estimar el recurso contencioso administrativo, anulando la resolución recurrida y reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada por la Administración del Estado en la cantidad de 193.868,83 euros, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Miguez.- Octavio Juan Herrero Pina.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Agustín Puente Prieto.

2009/283257

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 4, Sentencia 17 noviembre 2009. Ponente: D. Antonio Martí García

## Sobre la aprehensión de ganado Legitimación del ayuntamiento para impugnar la vía de hecho de otra corporación local

*El TS estima el recurso casación interpuesto por el Ayuntamiento de Lena frente a la STSJ del Principado de Asturias que no admitió el recurso contencioso por considerar que la corporación recurrente carecía de legitimación activa, y en su lugar, revoca la sentencia impugnada y estima en parte el recurso contencioso interpuesto frente a la actuación de los guardas del Aramo al servicio del Ayuntamiento de Quirós que aprehendieron cabezas de ganado de vecinos del Ayuntamiento de Lena al carecer dicha actuación de cobertura en la ordenanza invocada para ello puesto que la misma no contempla pastos de la sierra del Aramo, con la consecuencia obligada de la devolución del aval prestado por el Ayuntamiento de Lena en garantía de las aprehensiones efectuadas, la indemnización de los gastos producidos por el mismo y la satisfacción a los ganaderos afectados de las cantidades indebidamente exigidas.*

*Admitida la legitimación del ayuntamiento recurrente, concluye la Sala que el plan anual de aprovechamiento esgrimido por la corporación demandada de Quirós no afecta, a la vista de la documentación obrante en el expediente, a los litigiosos pastos de la sierra del Aramo en los que tuvo lugar el prindaje discutido, por lo que dicha actuación carece de cobertura.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Lena interpuso el recurso de casación núm. 712/2005, contra la sentencia de inadmisibilidad de fecha 13 de diciembre de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sección Primera, en el recurso núm. 617/2000, deducido por aquel contra una vía de hecho del Ayuntamiento de Quirós, consistente en la aprehensión -prindaje- de varias caballerías de ganaderos vecinos del municipio de Lena, en términos de los pastos del Aramo, el 6 de julio de 2000, impugnando tanto la actuación material de aprehensión de 54 reses de vacuno de ganaderos de Lena, como la mención que se hace en el Anexo del Plan Anual de Aprovechamientos en Montes de Utilidad Pública del Municipio de Quirós para el año 2000, que reza que "todo el ganado de otros municipios, que tengan derechos reconocidos para pastar en terrenos de Quirós, tendrán que marcar con chapa de Quirós y sacar la licencia en el Ayuntamiento de Quirós".

Identifica la sentencia el acto impugnado en su Primer fundamento mientras en el Segundo y Tercero recoge los argumentos de ambas partes en pretensión de la estimación y desestimación de su pretensión.

Ya en el cuarto subraya que debe examinar con carácter preferente la falta de legitimación activa opuesta por la parte demandada, resolviendo dicha cuestión en los siguientes términos: "...resulta preciso indicar que esta misma Sala en Sentencia de 7 de julio de 2004 dictada en el Procedimiento Ordinario núm. 605/2000 tiene declarado que, a los efectos de determinar si en la Administración recurrente concurren los requisitos establecidos en el art. 19 de la Ley 29/98 para justificar en interés legítimo en este litigio, debe de concluirse que ello no es así porque habiéndose impugnado una vía de hecho en nada afecta al recurrente sino a determinados vecinos del municipio que son, por tanto, los únicos legitimados para accionar; y sin que resulte tampoco admisible articular una impugnación indirecta de una disposición general, atacando un acto de aplicación, por haberse podido interponer en tiempo y forma el oportuno recurso directo frente aquella".

SEGUNDO.- Un primer motivo de casación se articula conjuntamente al amparo de lo establecido en los apartados a) y c) del artículo 88,1 de la Ley Jurisdiccional. Se aduce que la sentencia, al declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa del Ayuntamiento de Lena, ha quebrantado las normas sobre admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, con infracción, asimismo, de las normas que rigen los actos y garantías procesales, produciendo indefensión a la parte y conculcando el derecho de la misma a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, con violación del artículo 24 de la Constitución Española y de las jurisprudencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Discrepa el recurrente de la declaración de inadmisibilidad pronunciada en la sentencia tras la tramitación del proceso. Aduce existe constancia documental de una larga tradición histórica de pactos y convenios entre ambos Ayuntamientos, el de Quirós y el de Lena, para regular tales aprovechamientos de pactos comunales limítrofes: las contrataciones de pastos de 1515 y 1688 que fueron objeto de actualización y refundición en la más reciente de 20 de noviembre de 1828. Tales regulaciones de aprovechamientos se suscribieron entre representantes de los municipios y parroquias, de forma acorde con la característica de comunales de los bienes a utilizar para pasto de los ganados.

Mantiene que las licencias para el aprovechamiento de tales pastizales del Aramo por parte de los ganaderos del municipio de Lena siempre fueron otorgadas por dicho Ayuntamiento matriz, como representante de su colectivo vecinal en el aprovechamiento de dichos derechos históricos consuetudinarios. Añade que en fecha reciente, y habida cuenta de las controversias y disputas, también consta acuerdo suscrito el 7 de junio de 1996, ante la Consejería de Agricultura del Principado de Asturias, Administración forestal competente debido a las transferencias autonómicas, y en el que participaban los distintos Ayuntamientos con derechos de Pastos en el Aramo: los de Riosa, Quirós, Lena y Morcín.

Subraya que las comunicaciones e incidencias respecto a las aprehensiones y su resolución siempre se efectuaron entre Ayuntamientos. Relata que la aprehensión que subyace en el fondo del presente asunto fue comunicada mediante fax al Ayuntamiento de Lena (no a los ganaderos concretos), existiendo abundante constancia en los autos de las distintas comunicaciones efectuadas entre los Ayuntamientos respecto a las distintas incidencias de las actuaciones y de la aprehensión. La aprehensión se paralizó y la subasta no se llevó a efecto, merced a una transacción extrajudicial entre los Ayuntamientos

de Lena y Quirós, al prestar el primero un aval ante el Ayuntamiento vecino para responder de los prindajes efectuados, y “a expensas de lo que en su día se resolviese por la autoridad judicial”.

Razona que la legitimación en vía administrativa fue en todo momento reconocida por el Ayuntamiento de Quirós. Y, en tal contexto, la declaración en la sentencia de la falta de legitimación activa le resulta inverosímil al recurrente.

En particular, defiende la concurrencia de interés legítimo en su pretensión, con respecto a la conculcación de derechos de los ganaderos en la aprehensión e irregular tramitación de la subasta, en cuanto que se trababa de ganaderos del concejo de Lena, que contaban con autorización municipal para el aprovechamiento de pastos, y a los que el municipio había supervisado la documentación administrativa y sanitaria precisa para acudir a los mismos. Defendiendo los derechos de estos ganaderos, se estaría defendiendo al colectivo entero de ganaderos del municipio y los derechos del mismo concejo en la utilización de los pastos, en cuanto que garante último de los derechos de un sector importante de sus vecinos.

Con respecto a la impugnación del Anexo del Plan Anual de Aprovechamientos en Montes de Utilidad Pública del Municipio de Quirós para el año 2000 por la introducción de un párrafo limitativo y que afecta al aprovechamiento de pastos históricos, sostiene su legitimación activa en que el Ayuntamiento de Lena de siempre ha venido otorgando licencias para los pastizales, viéndose por tanto afectado en sus intereses y competencias, sin ningún conocimiento de la situación ni habersele prestado audiencia.

Por último, respecto al destino y resolución sobre el aval prestado por el Ayuntamiento recurrente al de Quirós, manifiesta es patente el interés que ostenta en que se defina su destino, pues no en vano lleva cuatro años generando gastos a la Administración recurrente en sede casacional.

Por todo ello, entiende el Ayuntamiento de Lena, que no sólo ostenta un interés legítimo para promover e intervenir en el litigio, sino que cuenta también con un interés directo para participar en el mismo y obtener una resolución fundada sobre el fondo de los temas planteados.

En cuanto a la concurrencia de un interés directo, invoca que defiende su derecho inmemorial al aprovechamiento de los pastos de la sierra del Aramo, materializado a través de los concretos ganaderos a que cada año se expide licencia para su aprovechamiento. Desde esta perspectiva, razona que está ejercitando acciones para la defensa de los bienes y dere-

chos municipales y de la correcta utilización de la comunidad de pastos existente, y actuando a su vez en cumplimiento de la obligación impuesta a las Entidades Locales en el artículo 68,1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en sintonía con lo establecido en el artículo 9,2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, R.D. 1372/1986, de 13 de junio, así como en el artículo 220,1 del R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Remacha su argumento en cuanto a la concurrencia de interés legítimo, refiriéndose al interés municipal en la protección de las licencias expedidas por el Ayuntamiento a sus ganaderos; el propio interés económico del municipio en cuanto a la posibilidad de pacífica utilización de unos bienes económicos para un sector de actividad profesional de sus vecinos; la representatividad en la defensa de tales derechos que le han conferido históricamente a su municipio los ganaderos, entidad a la que acuden cuando se les somete a un “prindaje” -en este sentido y a la luz del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril citada, se estarían satisfaciendo las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal-.

Añade luego la jurisprudencia que del art. 19.1. LJCA ha expresado este Tribunal en sus SSTS de 18 de febrero de 1997, 27 de julio de 1993, 29 de setiembre de 1997, 16 de enero de 1998, y 6 de marzo de 1997, así como la del Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 29 de enero de 2001 y de 19 de abril y 23 de marzo de 2004.

Concluye su alegato con el reconocimiento previo de legitimación en vía administrativa, pues las comunicaciones directa y exclusivamente efectuadas al Ayuntamiento de Lena sobre las aprehensiones, el intercambio de oficios entre ambas entidades respecto al concreto incidente y la propia aceptación del aval prestado por el Ayuntamiento para la liberación de las reses, no hacen sino ser muestra de que la representatividad en todo lo concerniente al aprovechamiento de los pastos siempre se entendió entre las dos corporaciones municipales. Sostiene entra en juego la teoría de los actos propios por lo que no reputa aceptable plantear en sede jurisdiccional una falta de legitimación no negada en vía administrativa (SSTS 7 de marzo de 1995, 16 de setiembre de 1994, 27 de julio de 1993).

Objeta el motivo la Corporación de Quirós que entiende bien inadmitido el recurso sin perjuicio de lo cual aduce que se trata de una cuestión fáctica.

TERCERO.- Sentado en los fundamentos precedentes el marco del que debemos partir no está de más

recordar que es consustancial a nuestro sistema distinguir entre la legitimación para el proceso, que exige reunir las cualidades necesarias para comparecer ante los tribunales, y la legitimación para un asunto concreto.

Esta última requiere, para que la pretensión procesal pueda ser enjuiciada en cuanto al fondo y para que la oposición y las excepciones a la misma puedan hacerse valer, que las partes ostenten legitimación procesal. Ello significa que se encuentren en una determinada relación con el objeto del litigio en virtud de la cual dichas personas sean las llamadas a ser partes (activa o pasiva) en el proceso de acuerdo con los criterios para el reconocimiento del derecho a impetrar la tutela judicial establecidos en la ley según los distintos órdenes jurisdiccionales.

La legitimación activa, que aquí fue negada en instancia y, por tanto, sobre la que se insiste en el motivo de casación, es una relación fijada por la ley entre una persona física o jurídica y el contenido de la pretensión necesaria para que aquélla pueda ejercitarla ante los tribunales de justicia.

En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se deduce, según una consolidada jurisprudencia de este tribunal, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un efecto positivo o beneficioso o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva.

El criterio de delimitación de la legitimación fundado en la existencia de un derecho o interés legítimo (art. 19.1.a LJCA 1998), como superador del inicial interés directo (art. 28 LJCA 1956) en el orden contencioso-administrativo, ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 60//2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de octubre, y 10/2003, de 20 de enero).

Así la STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3 nos recuerda que en relación al orden contencioso-administrativo, “el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patri-

monial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; con relación a un sindicato, STC 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3)”.

El máximo intérprete constitucional remarca que el derecho a la tutela judicial efectiva está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilizan en la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (STC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3 STC 226/2006, de 17 de julio, FJ 2). Mas también ha dicho que el principio *pro actione* no implica, en modo alguno, una relativización o devaluación de los presupuestos y requisitos procesales establecidos por las leyes ni debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4 y ATC 430/2004, de 12 de noviembre, FJ 4).

Por su parte, este Tribunal ha venido insistiendo (por todas, las SSTS de 24 de mayo de 2006, recurso de casación 957/2003, y de 22 de mayo de 2007, recurso de casación 6841/2003, con cita por ambas de la STS de 30 de enero de 2001) en que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos.

A todo lo anterior debe adicionarse, respecto el caso concreto cuyas vicisitudes están reflejadas en el fundamento precedente, lo manifestado en la STS de 20 de setiembre de 2004, recurso de casación 2874/2001, con cita de otras anteriores (sentencias de 21 de enero y 3 de julio de 1991 y 18 de junio de 1998) recordando que es doctrina jurisprudencial reiterada la de que la Administración no puede desconocer en vía contenciosa la personalidad reconocida en vía administrativa, aunque no sean coincidentes los términos de la legitimación en vía administrativa con los propios de la vía jurisdiccional.

CUARTO.- La doctrina expuesta en el fundamento precedente conduce a reconocer la legitimación pretendida al Ayuntamiento recurrente, como ya se hizo en el recurso de casación 9811/2004, resuelto mediante la Sentencia de 29 de junio de 2007, que planteaba una problemática similar a instancia de la misma Corporación municipal, y en el recurso de casación 1203/2005, a iniciativa esta vez del Ayuntamiento de Riosa, siendo resuelto mediante sentencia de 28 de mayo de 2008. Sustentábase

mos en la primera de aquellas resoluciones: "Por un lado, resulta indubitadamente acreditado (escritura de contrata otorgada entre representantes de los Concejos de Quirós y de Lena, en fecha 20 de noviembre de 1828, con referencias a contratas anteriores de 1515) que los montes y puerto de Aramo han sido objeto de disfrute en su pasto por ganado perteneciente a residentes en ambos municipios desde hace siglos interviniendo los Concejos -ahora Ayuntamientos- en la resolución de los múltiples y reiterados conflictos suscitados entre los vecinos de los municipios respecto al aprovechamiento.

En fecha más reciente, 7 de junio de 1996, los representantes de ambos Ayuntamientos más los de Riosa y Morcín llegaron a una serie de acuerdos mientras la Dirección Regional de Montes de la Consejería de Agricultura del Principado de Asturias elaboraba una ordenación de los pastos de la Sierra del Aramo, cuyo resultado se desconoce, pues ninguna de las partes ha interesado nada al respecto. Sí obra en el expediente la Resolución de 7 de marzo de 2000 por la que se aprueba el Plan Anual de Aprovechamiento en Montes de Utilidad Pública. Lo más destacado del antes citado acuerdo de fecha 7 de junio de 1996 entre los cuatro Ayuntamientos era que se respetaba el movimiento del ganado en el puerto por su propia inercia, así como las zonas tradicionales de pastoreo, comprometiéndose cada Ayuntamiento a sancionar al propietario que traslade su ganado intencionadamente a zonas de distinta propiedad.

Además, por otro lado, en el expediente administrativo consta el cruce de comunicaciones entre ambos Ayuntamientos respecto a la aprehensión o prindaje de varias caballerías de vecinos del Ayuntamiento de Lena por parte del Ayuntamiento de Quirós. De modo significativo obra en el expediente, la contestación del Ayuntamiento de Quirós al Ayuntamiento de Lena aceptando la propuesta formulada por el primer Ayuntamiento al segundo -siguiendo indicaciones de la Consejería de Medio Rural- respecto a la presentación por el Ayuntamiento de Lena de un aval que cubra las cantidades correspondientes para satisfacer el coste de los animales retenidos en poder del Ayuntamiento de Quirós, que una vez presentado permitirá a los propietarios o personas habilitados por los mismos la retirada del ganado. Y, finalmente, figura el aval presentado por el Ayuntamiento de Lena al Ayuntamiento de Quirós para responder del abono de los gastos originados por el prindaje de ganado efectuado por el Ayuntamiento de Quirós.

No es solo obvia la ventaja concreta y efectiva mediante su personación en la causa, pues se trata de una cuestión que afecta a su círculo de

intereses, sino que además intenta eliminar el perjuicio derivado del "prindaje" en zona de aprovechamiento de pastos controvertidos. No debe olvidarse que el Ayuntamiento de Lena había presentado un aval a favor del Ayuntamiento de Quirós respecto del cual éste no opuso reparo alguno. Hubo, pues, un reconocimiento de legitimación en vía administrativa por lo que es contrario a la buena fe procesal y al principio de lealtad institucional entre las Administraciones Públicas (art. 4 LRJAPAC) negársela en vía contencioso-administrativa."

Por lo tanto, en este caso, como hicimos en aquél, debe estimarse el primer motivo del recurso que conduce a que, conforme al art. 95. 1.c) y d), esta Sala resuelva lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

QUINTO.- Para resolver la cuestión se hace necesario recordar cuáles fueron las pretensiones que en la instancia planteó la Corporación recurrente. Se concretaron en que se anulase la actuación en vía de hecho del Ayuntamiento de Quirós al aprehender 54 reses de ganado de vecinos de Lena así como la mención del anexo que el Principado adiciona al plan anual para el aprovechamiento de pastos en Montes de Utilidad Pública, resolución de 7 de marzo de 2000 de la Consejería de Medio Rural y Pesca, en que se dice que "todo el ganado de otros municipios, que tengan derechos reconocidos para pastar en terrenos de Quirós, tendrán que marcar con chapa de Quirós y sacar la licencia en el Ayuntamiento de Quirós". Asimismo, solicita la devolución del aval prestado por el Ayuntamiento de Lena en garantía de los prindajes efectuados, la indemnización de los gastos producidos por el mismo y la satisfacción de 170.000 pesetas a cada uno de los ganaderos afectados en concepto de reparación de daños morales.

Como advertíamos en las Sentencias citadas de 29 de junio de 2007 y de 28 de mayo de 2008, al resolver ahora en la instancia lo hacemos teniendo en cuenta lo probado ante la Sala sentenciadora y lo que resulta del expediente administrativo, y en consecuencia hemos de considerar probado que en distintas ocasiones en los meses de junio y julio de 2000 se aprehendieron cabezas de ganado de vecinos de Lena por Guardas del Aramo al servicio del Ayuntamiento de Quirós en la zona de Ballongo, La Vargana y Cubiellos de modo que las aprehensiones al ser realizadas por Guardas de Aramo se realizaron dentro de la Sierra de ese nombre.

Conviene también recordar ahora que en la Ordenanza del Ayuntamiento de Quirós que éste aplica, su art. 7 dispone que, dadas las características geográficas e históricas que inciden en el aprovechamiento de pastos de la denominada "Sierra del Aramo", pastos tradicionalmente

aprovechados por los Concejos de Morcín, Quirós, Riosa y Lena, se establece la posibilidad de llegar a acuerdos puntuales con los mencionados Concejos. Tales acuerdos o en su caso Ordenanzas reguladoras de la sierra del Aramo, deberán de ser elaboradas con participación de los Ayuntamientos respectivos y representaciones de ganaderos de los mismos, respetando en todo caso, las competencias que la Consejería de Agricultura ostente en la redacción de la misma. En todo caso se deberá de respetar la carga ganadera de cada Concejo en relación al terreno que aporta de la totalidad de la Sierra del Aramo.

Y por último cuestión a destacar es que el invocado Plan de aprovechamiento de los montes de utilidad pública de 7 de marzo de 2000, enumera los de Carrizal, La Cuesta, Lienzos, Piedrafita, Puerto de Andruas, Guariza y Valle del Siblo, Tornos y El Grande, pero no figura en la relación referencia alguna a la Mancomunidad de Pastos de la Sierra del Aramo (mención que si aparece en el acuerdo entre los municipios de Quirós, Riosa, Morcín y Lena de fecha 7 de junio de 1996) cuya vigencia nadie cuestiona.

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que el Plan anual de aprovechamiento esgrimido por la Corporación demandada de Quirós no afecta, a la vista de la documentación obrante en el expediente, a los litigiosos pastos de la Sierra del Aramo en los que tuvo lugar el prindaje discutido. Y del tenor literal del apartado segundo del art. 7 es evidente que el aprovechamiento de la Sierra del Aramo tiene lugar bien mediante acuerdos puntuales con los mencionados Concejos, del cual el tantas veces citado acuerdo de 7 de junio de 1996 es un ejemplo, o bien mediante Ordenanzas reguladoras de la sierra del Aramo en la que no se integra la núm. 20 del Ayuntamiento de Quirós.

En consecuencia procede estimar en parte el recurso contencioso administrativo planteado en la instancia en relación con la pretensión de nulidad de la actuación de los Guardas del Aramo al servicio del Ayuntamiento de Quirós que prindaron cabezas de ganado de vecinos del Ayuntamiento de Lena al carecer dicha actuación de cobertura en la Ordenanza invocada para ello puesto que la misma no contempla pastos de la Sierra del Aramo, con la consecuencia obligada de la devolución del aval prestado por el Ayuntamiento de Lena en garantía de los prindajes efectuados, así como la indemnización de los gastos producidos por el mismo, y la satisfacción a los ganaderos afectados las cantidades indebidamente exigidas por las aprehensiones realizadas. Por el contrario, no procede anular la parte del anexo referido del Plan de Aprovechamiento ni reconocer haber lugar a indemnización de los daños

morales producidos a los ganaderos, puesto que los mismos no se acreditan.

SEXTO.- No procede, de conformidad con el art. 139.1, imponer las costas de la instancia al no apreciarse la presencia de temeridad o mala fe en las posiciones procesales de las partes. En cuanto a las devengadas por la casación, tampoco procede realizar condena en costas de la Corporación recurrente de conformidad con el art. 139.2, al producirse la estimación parcial del recurso de casación.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso extraordinario de casación núm. 712/2005, interpuesto por el Procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer, en representación del Excmo. Ayuntamiento de Lena frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 13 de diciembre de 2004, que no admitió el recurso 617/2000, interpuesto contra la vía de hecho del Excmo. Ayuntamiento de Quirós referida a la aprehensión de ganado caballar perteneciente a ganaderos residentes en el término municipal de Lena y vulneración de la legislación y normas que regulan los aprovechamientos en común (con los Ayuntamientos de Quirós, Lena, Riosa y Morcín) de los pastos de la Sierra de Aramo, así como contra el Anexo de la Resolución de 7 de marzo de 2000 de la Consejería de Medio Rural y Pesca de Asturias, y en su virtud:

A) Casamos y declaramos nula y sin ningún valor ni efecto, la citada sentencia de 13 de diciembre de 2004.

B) Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo 617/2000 interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Lena frente a la actuación de los Guardas del Aramo al servicio del Ayuntamiento de Quirós que prindaron cabezas de ganado de vecinos del Ayuntamiento de Lena al carecer dicha actuación de cobertura en la Ordenanza invocada para ello puesto que la misma no contempla pastos de la Sierra del Aramo, con la consecuencia obligada de la devolución del aval prestado por el Ayuntamiento de Lena en garantía de los prindajes efectuados, la indemnización de los gastos producidos por el mismo y la satisfacción a los ganaderos afectados de las cantidades indebidamente exigidas por las aprehensiones realizadas. Desestimando el resto de las pretensiones articuladas.

Sin que haya lugar a expresa imposición de costas ni en lo que se refiere a la instancia ni al recurso extraordinario de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Le-

gislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Celsa Pico Lorenzo.- Antonio Martí García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certificado.

le-Nederlanden un seguro colectivo en cumplimiento de lo previsto en el artículo 72 del IX y 77 del X Convenio Colectivo de la ONCE, preceptos de idéntica redacción en los que se establecía lo siguiente:

“a) Indemnizaciones por fallecimiento y accidente: La ONCE concertará una póliza de seguro de vida y de accidentes para todos los trabajadores, que tendrán derecho a una indemnización de 3.000.000 de pesetas por las contingencias siguientes:

1. Fallecimiento: Con la extensión y las exclusiones que determine la póliza”

4.- Solicitado el pago de la mejora por fallecimiento en marzo del año 2003, le fue denegado por no estar la trabajadora en alta en el momento del fallecimiento.

A partir de tales hechos, la sentencia recurrida mantuvo la decisión de instancia de reconocer el derecho al cobro de la mejora por fallecimiento, basándose para ello en una extensión jurisprudencial de la doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, establecida para la contingencia de accidente de trabajo en la sentencia de Pleno de 1 de febrero de 2.00 (recurso 646/2000) y otras posteriores como la de 30 de abril de 2007 (recurso 618/2006), dictada en un supuesto de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, cuyos fundamentos tercero y cuarto transcribe literalmente. Además cita otras sentencias de la propia Sala de Las Palmas para concluir que de tal doctrina se desprende que en este caso el hecho causante determinante de la mejora voluntaria reconocida a la causante había de situarse en el 5 de marzo de 1998 “... o, en su caso, desde el 22.04.98, esto es, bien desde el primer proceso de incapacidad temporal que finalizó el 20.03.98, bien desde el inicio del segundo proceso de IT de fecha 22.04.98 y que concluyó, en fecha 31.01.99, con el fallecimiento de la misma. Y es que, como ha quedado probado, la patología diagnosticada entonces resultó ser la causante, sin romperse el nexo de causalidad, de la muerte de la trabajadora...”.

SEGUNDO.- Frente a la referida sentencia recurre ahora en casación para la unificación de doctrina la Organización Nacional de Ciegos (ONCE), denunciado como infringidos los artículos 77 del X Convenio Colectivo de la recurrente, así como el artículo 83 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro. Como sentencia de contraste se propone la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, de fecha 29 de mayo de 2007. En ella se resuelve un supuesto que, como va a verse enseguida guarda en relación con el de la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la ley de Procedi-

miento Laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En esa resolución se trataba de un trabajador que hacía labores de jardinero y estaba sujeto al Convenio Provincial de Hostelería de Las Palmas, en el que se establecía una mejora para caso de muerte, razón por la que la empresa suscribió la oportuna póliza con una Compañía de Seguros en la que se incluyó al demandante. Éste inició un proceso de incapacidad temporal el 28 de agosto de 2000, con el diagnóstico de carcinoma en lengua. El 18 de octubre de 2000 el trabajador es dado de baja en la S. Social por causa de despido, estando aún en situación de incapacidad temporal. Después de haber sido sometido a tratamiento de radioterapia es ingresado hospitalariamente de nuevo y fallece el 26 de mayo de 2001 como consecuencia de la adversa evolución de la referida enfermedad.

Solicitada la correspondiente mejora por fallecimiento por sus herederos, la sentencia de contraste ratifica la desestimación de la demanda llevada a cabo en el Juzgado de Instancia y sostiene que, a pesar de que el Tribunal Supremo ha cambiado la doctrina anterior a propósito de la determinación del hecho relevante a efectos de causar una prestación derivada de accidente de trabajo (STS de 1 de febrero de 2000), en supuestos derivados de enfermedad común y cuando la mejora voluntaria pactada es para asegurar el fallecimiento del trabajador, éste es un acaecimiento de tracto único, que sólo puede situarse en el momento del óbito.

Existe entonces, como antes se dijo, contradicción entre ambas sentencias, pues mientras la recurrida reconoce el derecho a la mejora postulada, la de contraste lo negó, lo que exige que, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, la Sala haya de unificar doctrina señalando la que resulte ajustada a derecho.

TERCERO.- Como se acaba de decir, las dos sentencias de la Sala de Las Palmas parten del mismo supuesto para llegar a soluciones contrapuestas, y además en ambas también se cita como apoyo a sus diferentes posiciones distintas sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo. Sin embargo, es la de la sentencia de contraste la que contiene la doctrina que en opinión de la Sala se ajusta a derecho.

Para llegar a tal solución no podemos perder de vista que estamos en presencia de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social aseguradas por las empresas afectadas en cumplimiento de previsiones de los correspondientes Convenios Colectivos, y para casos en los que el objeto del seguro es el fallecimiento del trabajador, no el accidente de trabajo. En ambos casos también ese fallecimiento ocurre cuando

## TS SOCIAL

2009/259260

TS Sala 4ª, Sentencia 21 septiembre 2009. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

No se encontraba en alta en el momento del óbito

# Trabajadora fallecida sin derecho a causar mejora voluntaria prevista en convenio

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la ONCE demandada contra sentencia que la condenó al abono de la cantidad reclamada, en concepto de mejora voluntaria prevista en el convenio aplicable para el caso de muerte, teniendo en cuenta que en el momento del fallecimiento la trabajadora no se encontraba en alta en la empresa.*

*La Sala señala que cuando la circunstancia asegurada es el fallecimiento derivado de enfermedad común no hay posibilidad de entender que ese suceso pueda separarse del hecho en sí mismo considerado y anticipar sus efectos a un momento anterior, por ello, si el convenio establece como mejora a proteger el fallecimiento del trabajador que esté de alta en la empresa en el momento del óbito, es manifiesto que en este caso no existe derecho a la cantidad reclamada, puesto que el fallecimiento ocurrió cuando la trabajadora había cesado en la empresa.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la trabajadora de la Organización Nacional de Ciegos (ONCE) fallecida tenía derecho a causar la mejora voluntaria prevista en el Convenio Colectivo para el caso de muerte y concertada con una Entidad Aseguradora mediante la correspondiente póliza colectiva, teniendo en cuenta que en el momento del fallecimiento no se encontraba en alta en la empresa, al haber cesado con anterioridad.

El Juzgado de lo Social número 5 de los de Las Palmas de Gran Canaria estimó en parte la demanda a favor de los herederos de dicha trabajadora y les reconoció el derecho al cobro de la cantidad de 18.030,36 euros con cargo exclusivo a la ONCE, absolviendo a la compañía aseguradora “Nationale-Nederlanden Vida” de las pretensiones de la demanda, al apreciar en relación con ella la excepción de prescripción.

Recurrida esa sentencia en suplicación por la ONCE, la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, en la sentencia de 11 de abril de 2008 que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia.

Los hechos que tuvo en cuenta dicha resolución, al no haberse modificado los consignados en la sentencia de instancia, cabe resumirlos de la siguiente forma:

1.- La trabajadora prestó servicios para la Organización demandada en calidad de Agente Vendedor, suscribiendo al efecto sucesivos contratos temporales desde el 1 de julio de 1976 al 17 de mayo de 1998.

2.- Inició un proceso de incapacidad temporal que se extendió desde el 5 al 20 de marzo de 1998 y otro desde el 22 de abril de ese mismo año que se extendió hasta su fallecimiento, ocurrido el 31 de enero de 1999. Consta desde la baja de 22 de abril de 1998 el diagnóstico “adenocarcinoma pulmonar”.

3.- La empresa ONCE tenía concertado con la Aseguradora Nationa-



se ha cesado en el empleo y se está fuera de la cobertura de la póliza y la causa de la muerte es una enfermedad común grave de la que existe constancia antes del cese en el trabajo y que es la causa de dicho fallecimiento.

Como recuerda nuestra sentencia de 30 abril 2007 (recurso 618/2006) transcrita en parte en la sentencia recurrida, que recoge a su vez anteriores pronunciamientos de esta Sala, como los de la STS de 19 de enero de 2004 (recurso 2807/2002), 28 de abril de 2004 (recurso 2346/03), 23 de enero del mismo año, (recurso 3356/03) y 24 de mayo de 2006 (recurso 210/05), entre otras, es cierto que esta Sala, desde la conocida sentencia del Pleno de 1 de febrero de 2000, dictada en el recurso 646/2000, sobre la cobertura del reaseguro y, luego, de forma específica, en otras sentencias posteriores sobre las mejoras voluntarias en el marco de la Seguridad Social complementaria (sentencias de 18 de abril de 2000, 29 de mayo de 2000, 20 de julio de 2000, 21 de septiembre de 2000, 25 de junio de 2001, 4 de octubre de 2001, 16 de junio de 2002 y 24 de marzo de 2003, entre otras), ha precisado que el momento relevante en orden al establecimiento de la cobertura de los accidentes de trabajo es aquél en que se produce el accidente y no el momento en que tiene lugar el reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida o el tránsito de una situación protegida a otra en aquellos supuestos en que de la misma contingencia determinante pueden derivar varias situaciones de este carácter, como sucede con el paso de la incapacidad temporal a la permanente.

Por otra parte, es muy extensa y conocida la jurisprudencia que en los supuestos de incapacidad permanente derivada de enfermedad común -no de muerte- en los que aparece establecida una mejora de la acción protectora pactada en Convenio, el hecho determinante para el percibo de la cantidad asegurada no será el del hecho causante en sentido administrativo -el del dictamen de la Unidad de Valoración- sino que podrá serlo aquél momento en que las dolencias aparezcan fijadas como definitivas e invalidantes (STS 13/02/87, dictada en Sala General, 25/06/87; 29/09/87; 23/12/87; 15/02/88; 08/10/91 -rcud 580/91-; 03/12/91 -rcud 600/91-; 11/12/91 -rcud 564/91-; 27/12/91 -rcud 332/91-; y 21/01/93 -rcud 2277/91).

CUARTO.- Pero esta doctrina no resulta aplicable cuando, como en este caso, se trata de una mejora voluntaria que contiene una regulación específica en orden a fijar el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen aplicable, pues en estos casos es esa regulación la que tiene que prevalecer en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango.

No podemos olvidar que estamos en presencia del un contrato de seguro suscrito por la ONCE para cubrir el compromiso adquirido en los el artículo 72 del IX y 77 del X Convenio Colectivo de la ONCE para con sus trabajadores, y que en este caso concreto se trata del aseguramiento de un suceso determinado como es la muerte, que se rige por lo previsto, además de los preceptos del Convenio, por los artículos 1 y 83 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Pero existe una diferencia fundamental entre los supuestos en los que la mejora se establece para caso de fallecimiento y aquellos en los que se refiere a la incapacidad permanente, uno y otro derivados de enfermedad común. En éste segundo supuesto la determinación del instante en que la contingencia asegurada aparece o es identificable puede fijarse (así lo ha hecho la jurisprudencia de la Sala en muchas ocasiones, como antes se dijo) en el momento en que las lesiones incapacitantes se muestran definitivas o consolidadas con esa intensidad, entendiéndose entonces que es en ese momento anterior cuando cabe situar realmente el hecho determinante de la mejora. Pero cuando la circunstancia asegurada es el fallecimiento derivado de enfermedad común, no hay posibilidad de entender que ese suceso pueda separarse del hecho en sí mismo considerado y anticipar sus efectos a un momento anterior, con independencia de que la muerte sea causada por una enfermedad conocida con anterioridad y que pudo ser el diagnóstico que determinó la incapacidad temporal que precedió al fallecimiento.

Por ello, si el Convenio Colectivo establece como mejora a proteger el fallecimiento del trabajador que esté de alta en la empresa en el momento del óbito, es manifiesto que en el caso que ahora resolvemos no puede causar derecho a la cantidad reclamada, puesto que el hecho determinante, el fallecimiento, ocurrió el 31 de enero de 2009, cuando la trabajadora había cesado en la empresa el 17 de mayo de 1998.

QUINTO.- En consecuencia, como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, la sentencia recurrida incurrió en las infracciones que en el recurso se denuncian, tal y como se ha razonado en los anteriores fundamentos, lo que determina que se haya de casar y anular la misma y resolver el debate planteado en suplicación en su día por la Organización recurrente estimando el de tal clase, revocando la sentencia de instancia, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

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 inter-

puesto por la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), contra la sentencia de 11 de abril de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de suplicación núm. 102/2006. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el de tal clase interpuesto en su día por la ONCE, revocando la sentencia de instancia de 30 de septiembre de 2005 dictada en autos 406/2003 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de las Palmas de Gran Canaria, y desestimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Justa contra la Once y Nationale-Nederlanden Vida Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. y absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- Mariano Sampeiro Corral.

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

2009/259257

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 6 octubre 2009. Ponente: D. Benigno Varela Aufrán

No existe previo reconocimiento por la CIVEA

## Denegación de abono de complementos a personal laboral de la Administración del Estado

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Medio Ambiente demandado frente a sentencia que le condenó al abono de las cantidades reclamadas por los complementos de jornada partida, prolongación de jornada y singular de puesto.*

*La Sala señala que, de acuerdo con la regulación del Convenio Único para el Personal de la Administración del Estado, la asignación de los complementos corresponde a la CIVEA, a través del proceso de negociación previsto,*

*no siendo posible su abono por vía judicial sin ese reconocimiento previo, de forma que la falta de este en el caso de autos es suficiente para rechazar la pretensión de la parte actora pues hacer lo contrario supondría desconocer lo querido por los negociadores y la fuerza vinculante los convenios.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea en la demanda originaria de estos autos, actualmente en fase procesal de recurso de casación para unificación de doctrina, la reclamación del importe de los complementos de jornada partida, de prolongación de jornada y el singular de puesto D.1 -Aislamiento- por el período comprendido desde el 1 de julio de 2004, fecha, ésta, en la que toma posesión de su plaza de Oficial de Mantenimiento y Oficios, Grupo V, el trabajador demandante de autos, D. Eutimio en la Confederación Hidrográfica del Segura, en la que viene prestando servicios en jornada de 1826 horas anuales y 40 semanales y en puesto de trabajo aislado.

Por Acuerdo, publicado el 29 de diciembre de 2003, de la Comisión correspondiente del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, que es el aplicable a la relación laboral mantenida entre las partes hoy contendientes, a los trabajadores en situación laboral idéntica a la del, ahora, trabajador demandante recurrido en este proceso, se le asignó un complemento de jornada partida denominado A), que comporta la realización de dos tardes a la semana y que no conlleva prolongación de jornada, puesto que, esta última, se cifra en 37 horas y 30 minutos semanales ó 1.711 horas anuales.

No obstante lo acordado se siguió realizando la jornada partida con un cómputo de 40 horas semanales y 1826 horas anuales.

Por Acuerdo de la Comisión General de Clasificación Profesional del precitado Convenio Colectivo Único, de fecha 7 de febrero de 2006, se modificó el expresado régimen de Complementos retributivos y a quienes venían realizando la actividad laboral en los términos que la desarrolla el trabajador demandante de autos se les asignó el complemento de jornada partida tipo B) que supone la realización de cuatro tardes a la semana y 1826 horas de jornada anual, si bien poniendo como fecha inicial de los mismos la de 31 de marzo de 2005, en la que se aprobó la R.P.T. del Ministerio de Medio Ambiente.

Es de significar que, si bien en la indicada R.P.T. no se asignó al trabajador demandante complementos de puestos de trabajo ni complemento de horario jornada, tampoco en la precitada resolución de la CIVEA,

de 7 de febrero de 2006, se le asignaron los complementos hoy reclamados que, sin embargo, fueron reconocidos a otros trabajadores que realizan la misma actividad laboral que dicho trabajador y en iguales condiciones.

Frente a esta omisión en el abono de los complementos en litigio desde la fecha del inicio de su actividad laboral en los términos que ya quedan expuestos, el trabajador plantea demanda ante el Juzgado de lo Social número 2 de Albacete, en solicitud de que le fueran abonados desde la fecha de su incorporación al trabajo en las condiciones determinantes del percibo de los mismos. Por sentencia de 8 de mayo de 2007 dicho Juzgado estima, parcialmente, la demanda, reconociendo el derecho a los cuestionados complementos y condenando a la Confederación Hidrográfica del Segura -Ministerio de Medio Ambiente- a abonar al trabajador en tal concepto la cantidad de 6.742,71 euros. Recurrida en suplicación esta sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, pronuncia, en fecha 26 de junio de 2008, la ahora recurrida, por la que desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia.

Se alza en casación unificadora de doctrina la Abogacía del Estado, en nombre y representación de la Confederación Hidrográfica del Segura -Ministerio de Medio Ambiente-, proponiendo, como término de contraste, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, la de esta Sala, de fecha 27 de febrero de 2008, dictada en el recurso unificador de doctrina número 2294/2007.

SEGUNDO.- Con carácter previo habrá de determinarse si entre ambas sentencias comparadas dentro del presente recurso se da la necesaria contradicción doctrinal que permita viabilizar el presente recurso unificador de doctrina. Y, al respecto, la simple lectura de una y otra resolución judicial pone de relieve la concurrencia de ese requisito, previo e ineludible conforme al artículo 217 de la L.P.L., de la contradicción judicial. En efecto, se trata de trabajadores que vienen prestando servicios para la Administración General del Estado en distintos Departamentos Ministeriales, a los que resulta de aplicación el mismo Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de dicha Administración General del Estado y que reclaman el abono de unos complementos salariales respecto de los que se halla convencionalmente previsto que, previamente, se produzca el correspondiente acuerdo de la CIVEA que no se ha producido todavía. En tanto la sentencia recurrida, reconoce el derecho al abono de los referidos complementos, la sentencia de contraste

dictada por esta Sala, deniega el reconocimiento y abono de los mismos en tanto no se produzca el pertinente acuerdo de la CIVEA.

El Ministerio Fiscal, en su preceptivo dictamen, propone la inadmisión del recurso por ausencia de una propia y verdadera contradicción entre las dos sentencias comparadas dentro del mismo. Si bien es cierto que en el caso de la sentencia recurrida se da la circunstancia de que otros trabajadores de la empresa hoy recurrente, compañeros del accionante de autos y que realizan unas mismas funciones viene percibiendo ya los reclamados complementos salariales, sin embargo, tal circunstancia, que, efectivamente, parece incidir en un manifiesto comportamiento empresarial que conculca el principio de igualdad y de no discriminación, no alcanza, no obstante, a desvirtuar la esencial igualdad de hechos, pretensiones y fundamento jurídico de estas últimas entre la sentencia impugnada y la propuesta como término comparativo, siendo de resaltar que, en definitiva, la problemática planteada y resuelta en uno y otro caso con manifiesto signo contradictorio se reconduce a determinar si para la percepción de los cuestionados complemento retributivos se exige, o no, el correspondiente acuerdo de la CIVEA. Y en este sentido, en tanto la sentencia recurrida prescinde de dicho requisito para el reconocimiento de los controvertidos conceptos salariales, nuestra sentencia propuesta como término comparativo, siguiendo una línea jurisprudencial muy consolidada ya exige el precitado acuerdo de la CIVEA. Desde esta perspectiva enjuiciadora ha de admitirse la concurrencia del requisito de la contradicción judicial.

TERCERO.- La Abogacía del Estado recurrente denuncia como infringidos por la sentencia que impugna el artículo 75.3 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, en la redacción dada al mismo por el Acuerdo de la Comisión Negociadora de 24 de septiembre de 2003, que supedita la efectividad de la asignación de complementos al Acuerdo previo de la CIVEA y, asimismo, infracción de los artículos 37.1 de la CC y 82 del Estatuto de los Trabajadores, invocando asimismo una reiterada jurisprudencia de esta Sala que, expresamente, cita y de la que se infiere la ineludible necesidad del acuerdo previo de la CIVEA para hacer efectivos complementos salariales como los reclamados en la presente demanda rectora de estos autos.

Aunque, en un principio, pudiera pensarse que le asiste razón a la parte que recurre, habida cuenta que vino realizando, sin alteración alguna, el régimen de jornada partida y de jornada continuada en los términos que ya se deja relatados, sin embargo, es lo cierto que la determinación de la RPT y de los complementos asignables a

cada uno de los puestos de trabajo de conformidad con el nuevo Convenio Colectivo aplicable -el Único de Personal Laboral de la Administración de Justicia- es algo que, por propia voluntad colectiva, quedó subordinado a lo que hubiera de determinar, en su caso y momento, la CIVEA.

En este sentido se pronuncia el apartado 1º del Acuerdo sobre racionalización de los complementos de puesto de trabajo del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, aprobado por Resolución de 11 de noviembre de 2003 que añade al art. 72 del citado Convenio lo siguiente: 72.3.- La distribución de la masa salarial correspondiente al incremento retributivo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para aplicar a los complementos de puesto de trabajo y la productividad o incentivos en la producción será acordada por la Comisión de Interpretación, Vigilancia y Estudio de aplicación del Convenio (CIVEA).

Y es importante resaltar que el Convenio Colectivo no solo atribuye a la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudios y Aplicación del mismo la determinación y concreción de los complementos retributivos como los hoy reclamados en el presente litigio, sino que, a mayor abundamiento, exige, para ello, la celebración de una ulterior negociación colectiva -artículo 75.3.2.9.- lo que pone de relieve la importancia, transcendencia y complejidad de la labor reguladora de los complementos salariales previstos en la norma convencional, entre los que se hallan los hoy en litigio, y la necesidad de ese previo acuerdo convencional colectivo para que pueda accederse a una pretensión como la actuada hoy en los presentes autos.

Siendo ésta y no otra la regulación convencional -normativa a la que se quiso someter el reconocimiento y otorgamiento de los complementos salariales, entre los que se incluyen los ahora reclamados en el presente litigio-, sin perjuicio de reconocer que, tal vez, pudiera denunciarse una cierta demora en la concreción de los mismos, lo cierto y verdad es que, esto último, no autoriza a desconocer y dar plena virtualidad a los términos en que, finalmente, aparecen reconocidos por la CIVEA y sancionados por la Autoridad Administrativa correspondiente.

La demora en la definitiva concreción de los reclamados complementos salariales podría llegar a suscitar, en su caso, otro tipo de reclamación, pero no puede ser subsanado por el Orden Jurisdiccional competente, mediante su intromisión en una tarea de regulación de la relación laboral que no le incumbe.

De cuanto se deja razonado se recoge en la sentencia de contraste que,

además, concuerda con otras muchas dictadas en la materia por esta Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, -sentencias de 12 de noviembre de 2007 (rec. 899/07), 14 de febrero de 2008 (rec. 3543/06), 18 de septiembre de 2008 -rec. 222/08- y 4 de febrero de 2009 (rec. 270/08)- y que consagran la doctrina jurisprudencial de que en casos como el hoy enjuiciado en el presente recurso, se hace imprescindible el previo acuerdo de la CIVEA par el reconocimiento y abono de los complementos salariales reclamados en la demanda origen de las presentes actuaciones.

CUARTO.- Por todo lo que se deja razonado, el recurso tiene que ser estimado, con casación y anulación de la sentencia recurrida y al resolver el debate en suplicación en términos ajustados al principio de unidad de doctrina, procede con estimación del recurso planteado por la Abogacía del Estado, revocar la sentencia de instancia y con desestimación de la demanda rectora de autos, absolver de la misma a la Administración pública demandada.

Sin imposición de costas.

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 unificación de doctrina, promovido por la Abogacía del Estado, en nombre y representación de LA Confederación Hidrográfica del Segura, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 27 de junio de 2008, en recurso de suplicación núm. 1145/2007, correspondiente a autos núm. 787/2006 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Albacete, en los que se dictó sentencia de fecha 8 de mayo de 2007, deducidos por D. Eutimio, frente al Estado y la Confederación Hidrográfica del Segura, sobre reclamación de derechos y cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y al resolver el recurso de suplicación en términos ajustados al principio de unidad de doctrina, con estimación del mismo, revocamos íntegramente la demanda rectora de autos, absolviendo a la Administración pública demandada de la pretensión ejercitada en la misma. Sin imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- Rosa María Viroles Piñol.- María Lourdes Arastey Sahun.- Benigno Varela Aufrán.

(...)



## RESEÑA

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



2009/251502

TS Sala 1ª, Sentencia 6 noviembre 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

### Inviabilidad de opción de compra en resolución de arrendamiento de local por obras inconcensadas

Declara el TS que no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la arrendataria demandada contra sentencia dictada por la AP confirmatoria de la de instancia que declaró resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio por obras inconcensadas. Responde el TS que la causa está contemplada expresamente para los arrendamientos de vivienda, operando su inclusión también en el caso de autos. Aclara que en el momento en que se ejerció la opción de compra que se plantea, la arrendataria se encontraba ya incursa en causa legal de resolución del contrato, por lo que aquel derecho resultó inviable.

2009/259047

TS Sala 1ª, Sentencia 12 noviembre 2009.  
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

### Ejercicio de acción de suspensión de obra nueva entre copropietarios

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, dedicada a la explotación minera, contra sentencia dictada por la AP revocatoria de la desestimatoria de instancia que acogió la acción de suspensión de obra nueva ejercitada por los demandantes, que habían adquirido por título sucesorio la copropiedad de varias fincas junto con otros herederos, los cuales vendieron sus respectivas participaciones a la demandada. Resalta el TS que cuando existan diversos copropietarios de una superficie, también lo son de lo que está bajo ella, sin que puedan realizarse divisiones en razón de las utilidades económicas que la cosa proporciona a cada uno de ellos, y siendo evidente la perturbación que se está generando a los actores, resulta admisible el ejercicio de las acciones posesorias entre copropietarios

que sean a la vez coposeedores por no haberse pactado entre los copartícipes ningún tipo de uso exclusivo.



2009/245672

TS Sala 2ª, Sentencia: 6 octubre 2009.  
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

### Concepto de organización en delito contra la salud pública

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. Subraya el TS que existe organización para delinquir cuando se acredite la concurrencia estable de una pluralidad de personas, dotadas de una articulación interna, con reparto, normalmente jerarquizado, de papeles y la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.



2009/288397

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 20 noviembre 2009. Ponente: D. José Díaz Delgado

### Inadmisión del recurso en el que se planteaba una interpretación del voto en blanco

El TS declara inadmisibles los recursos contencioso administrativo interpuestos contra el acuerdo de la Junta Electoral Central por el que se publicaron los resultados de las elecciones al Congreso y al Senado celebradas el 9 marzo 2008, ante la falta de legitimación del actor, quien no ostenta un derecho o interés legítimo. La recurrente no demuestra que de prosperar su pretensión esta tendría un beneficio o un perjuicio

efectivo de carácter material y jurídico, y que el beneficio o el perjuicio derivan inmediatamente del acto o disposición recurrida, pues tan solo muestra su discrepancia con la existencia legal de los votos en blanco, y ni demuestra que votó de esta forma, aunque lo afirma, ni podría demostrarlo, dado el carácter secreto del voto y su mantenimiento durante el proceso electoral. De todas formas, el acuerdo impugnado, que se limita a ordenar la publicación del resumen de los resultados de las elecciones, nada tiene que ver con la pretensión del recurrente de que haga una interpretación de lo que es voto en blanco distinta de la que lleva a cabo la Junta Electoral Central.

2009/271374

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 26 noviembre 2009. Ponente: D. Mariano de Oro-Pulido y López

### Reconocimiento del derecho de asilo a familiar de opositor a la dictadura castrista

El TS, estimando el rec. de casación, revoca la SAN parcialmente estimatoria del recurso interpuesto frente a la resolución del Ministerio del Interior que denegó a la recurrente el derecho de asilo en España por razones humanitarias, pues según constante jurisprudencia, la situación de acoso y hostigamiento laboral por causa de la disidencia o desafección hacia el régimen castrista resulta incardinable entre las causas de asilo, a lo que cabe añadir la relevancia que comporta el hecho de que la solicitante tenga familiares conocidos por su labor pública de disidencia política frente a la dictadura castrista, como ocurre en el caso objeto de litigio.



2009/245800

TS Sala 4ª, Sentencia 15 septiembre 2009.  
Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

### Compensación de plus de turnicidad

El TS desestima los recursos de casación interpuestos por los sindicatos

demandantes frente a sentencia que rechazó su demanda sobre conflicto colectivo en relación con el derecho de los trabajadores afectados a percibir el plus de turnicidad conforme está establecido en el Convenio Colectivo de aplicación -Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias-.

La Sala señala que el propio convenio regula unas especificaciones con respecto al plus de turnicidad disponiendo que podrá ser absorbido y compensado, total o parcialmente, de las retribuciones que la empresa abone y que superen a las establecidas en la tabla salarial del convenio y, en este caso, se da tal circunstancia, por lo que procede la absorción y compensación del plus de turnicidad, no teniendo derecho los trabajadores sujetos a turnos al percibo del mismo; por otro lado, la vulneración del art. 14 CE alegada en función del hecho de que existan trabajadores de la empresa que sin realizar turnos perciben retribuciones superiores a las fijadas en el convenio aplicable, no puede ser examinada por constituir una cuestión nueva.

2009/259273

TS Sala 4ª, Sentencia 6 octubre 2009.  
Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

### Desestimación de recurso de revisión por prescripción de acción de reclamación de daños y perjuicios

El TS desestima el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que declaró prescrita la acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo.

La Sala señala que al actor le incumbía probar que la acción no había sido ejercitada extemporáneamente aunque hubiera transcurrido un plazo superior al legalmente establecido y ello porque el plazo quedó interrumpido por la presentación de papeleta de conciliación en vía civil; así pues, el actor debió acudir a la vista con los documentos acreditativos de dicha reclamación o, en caso de no disponer de ellos, solicitarlos al juzgado; también pudo interesar la prueba de interrogatorio de los demandados, a fin de que reconocieran que se había formulado una reclamación en vía civil, pero ninguna de estas pruebas fue solicitada por la parte actora y, en consecuencia, el juzgado no dio por probado que se había efectuado dicha reclamación; en definitiva, no puede achacarse a una maquinación fraudulenta de la demandada lo que no es más que inactividad del demandante, que incumplió la carga probatoria legalmente establecida.