



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVI. Número 2764

Madrid, lunes 30 de noviembre de 2009



2009/205404

TS Sala 4ª, Sentencia 7 julio 2009. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Por falta de cotización

## Incremento del porcentaje de responsabilidad de Ministerio en pago de pensión de jubilación

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el codemandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión de la profesora de religión accionante sobre pensión de jubilación.*

*Explica la Sala que en el caso de autos la falta de cotización por parte del Ministerio empleador incidió directamente en la cobertura del período de carencia genérica de quince años exigido para tener derecho a la prestación contributiva de jubilación, que le fue denegada a la actora en vía administrativa por tal motivo, e igualmente en el montante de la base reguladora y, también, ha repercutido en el porcentaje, derivado de los años cotizados e incrementable en atención al número de éstos a partir de los quince primeros años cotizados, aplicable a la base reguladora, por lo que procede incrementar el porcentaje de responsabilidad a cargo de la empleadora.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora es la referente a la determinación del alcance de las responsabilidades empresariales por posible incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social por parte de la Administración Pública empleadora de una profesora de religión católica en un colegio público, existiendo una discutida falta de alta y de cotización en un período anterior al día 1-enero-1989 que incidiría en la carencia genérica necesaria para la acceder a las prestaciones contributivas de jubilación, con las derivadas consecuencias, en su caso, sobre el importe de la base reguladora y la determinación del porcentaje aplicable; así como si en el cumplimiento de las referidas obligaciones en materia de seguridad social en el perio-

do cuestionado pudo incidir el estado jurídico de la cuestión relativa a la naturaleza y carácter de tal tipo de relaciones docentes existente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 50/1998 de 30 -diciembre (de medidas fiscales, administrativas y del orden social), que añadió un nuevo párrafo a la disposición adicional 2ª de la Ley Orgánica 1/1990 de 3 -octubre (de ordenación general del sistema educativo).

2.- La sentencia recurrida (STSJ/Madrid de fecha 13-junio-2008 -rollo 179/2008, revocatoria de la sentencia la sentencia de instancia, de fecha 30-abril-2007, dictada por el JS núm. 28 Madrid -autos 1017/2006), absuelve al Ministerio de Educación e imputa el pago íntegro de la prestación al INSS. En cambio, la sentencia invocada como de contraste por el INSS, recurrente

en casación unificadora (STSJ/Madrid 25-febrero-2008 -rollo 4207/2007), en un supuesto similar de profesora de religión católica respecto a la que el Ministerio empleador no cotizó en diversos periodos, entre otros, algunos de ellos también anteriores al año 1989, imputa la responsabilidad al INSS y al Ministerio de Educación en proporción al porcentaje por el tiempo de falta de alta y cotización; planteándose, además, en ambas resoluciones comparadas la posible incidente en el tema de la entrada en vigor de la Ley 50/1998 de 30 -diciembre.

3.- Concorre, como pone de evidencia el Ministerio Fiscal en su informe, el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora; que se formula por el INSS, invocando como infringidos por la sentencia recurrida el art. 126 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en relación con los arts. 94, 95 y 96 de la Ley de la Seguridad Social de 1966.

SEGUNDO.- 1.- La razonada sentencia de suplicación recurrida para exonerar de responsabilidad al Ministerio de Educación empleador argumenta con base, en primer lugar, a que el reconocimiento de una relación laboral del colectivo de profesores de religión católica no se llevó a cabo hasta la Ley 50/1998 de 30-diciembre, que modificó la disposición adicional 2ª de la Ley Orgánica 1/1990 de 3 -octubre, y, en segundo lugar y derivadamente, a la aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS/IV 1-junio-2006 (recurso 5458/2004), relativa al personal agente-vendedor de cupones en la ONCE y a la exoneración de responsabilidad de la empleadora, en la que se concluye que “-la responsabilidad por la infracotización-, ha de afirmarse con SSTS 28/11/05 (rec. 4928/04) y 20/02/06 (-rec. 125/05-) que “si no ha existido fraude u ocultación, o si ha habido error en la base cotizada, o ha existido cualquier otra anomalía, pero se ha cotizado de forma que haya encontrado correcta la administración de la Seguridad Social, no puede alcanzar ninguna responsabilidad a la empresa, sino que es la Entidad Gestora la que debe responder. Esta doctrina ha sido seguida

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Intromisión en el derecho al honor de reportaje 6

#### PENAL

Improcedente cierre de establecimiento en relación al tráfico de drogas 7

#### ADMINISTRATIVO

Denegación de los daños solicitados por la mercantil derivados de la alteración del planeamiento 11

#### SOCIAL

Incremento del porcentaje de responsabilidad de Ministerio en pago de pensión de jubilación 1

Falta de caducidad de expediente de recargo por falta de medidas de seguridad 4

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

por varias resoluciones posteriores, siendo de citar, por todas, las Sentencias de 1 de febrero de 2000 (Rec. 694/99), 29 de febrero de 2000 (Rec. 1106/99), y 5 de abril de 2001 (Rec. 1838/00) (...) Conforme a lo antes dicho, debe llegarse a la conclusión en el sentido de que en aquellos supuestos, como el presente, en los que la ONCE ha venido cotizando en todo momento en los términos resultantes de los sucesivos convenios colectivos y con la plena anuencia de la Administración de la Seguridad Social, no debe alcanzarse a dicha empresa responsabilidad alguna en cuanto a las diferencias de pensión resultantes, sino que tal responsabilidad ha de asumirla el INSS".

2.- El planteamiento inicial del que parte la sentencia recurrida no puede ser aceptado por los motivos que se indicarán, por lo que, derivadamente no es dable la aplicación de la doctrina exoneradora de la responsabilidad empresarial a la que se llega en la resolución ahora impugnada.

TERCERO.- 1.- La jurisprudencia de esta Sala, con reiteración, en sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 50/1998 de 30-diciembre o con posterioridad a esta fecha pero con referencia a preexistentes relaciones jurídicas del colectivo del profesorado de religión católica, ha venido declarando el carácter laboral de la relación jurídica y determinado que el verdadero empresario era la Administración Pública contratante y no la Autoridad religiosa proponente, afirmando precisamente que el "arranque de esas reglas lo marcó el Acuerdo sobre la Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede" e incluso destacando en las sentencias ulteriores al año 1998 que tal doctrina vendría a ser ratificada "a posteriori" por la citada Ley 50/1998 de 30-diciembre y el nuevo párrafo que añadió a la disposición adicional 2ª de la Ley Orgánica 1/1990 de 3-octubre, pero en ningún caso ha interpretado que fuera otra la naturaleza de la relación jurídica u otro el verdadero empresario.

2.- En este sentido ya se pronunciaron con anterioridad al año 1998 las SSTS/IV 19-junio-1996 (recurso 2743/1995) y 30-abril-1997 (recurso 3561/1996) declarando la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer del asunto por tratarse no de un nombramiento administrativo ni de un personal de esta naturaleza sino de una relación laboral entre el profesor de religión y la Adminis-

tración empleadora, argumentándose que tal carácter, aparte de la posterior normativa de desarrollo, derivada ya directamente del Acuerdo de 3-enero-1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede ratificado por Instrumento de 4-diciembre-1979.

3.- En posteriores sentencias, en las que se juzgaban relaciones jurídicas de referido tipo surgidas con anterioridad al año 1998, se reitera el carácter laboral de la relación existente entre las partes, afirmando que "El punto de arranque de esas reglas lo marcó el Acuerdo sobre la Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede", señalando que el verdadero empresario es la Administración Pública, razonando al efecto que "Toda esa normativa pone de manifiesto que el verdadero empleador de los profesores de religión es el Ministerio de Educación y Cultura, por ser el destinatario de los servicios que le presta este personal; planifica, organiza y controla el trabajo; ejerce la potestad disciplinaria y son de su cargo todos los gastos que con ello se ocasionen y, sobre todo, es el obligado a remunerar a este profesorado, pues si bien debe poner los fondos necesarios a disposición de la Conferencia Episcopal Española, la autoridad eclesiástica limita su intervención a la de simple pagador por cuenta de otro o distribuidor de los fondos recibidos. Además, la designación y el nombramiento de estos profesores se lleva a cabo por la autoridad docente del Estado, reservándose la jerarquía eclesiástica la única facultad de presentar los candidatos que considere más idóneos para impartir esta enseñanza, pero quien realmente crea el vínculo jurídico es la Administración del Estado al efectuar la designación y el nombramiento de cada trabajador" y añadiendo, lo que reviste especial interés a los efectos ahora cuestionados, que "Si con los anteriores argumentos no quedaran disipadas todas las dudas que pudieran abrigarse al respecto, la situación está hoy perfectamente clarificada con la entrada en vigor del Convenio sobre el régimen económico-laboral de las personas que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, están encargadas de la enseñanza de la Religión Católica en los Centros Públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria, que sustituye al Convenio de 20 de mayo de 1993, y que ha sido publicado por Orden de 9 de abril de 1999, en cuya cláu-

sula quinta dispone que "Los profesores encargados de la enseñanza de la religión católica a los que se refiere el presente Convenio prestarán su actividad, en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso o año escolar, a tiempo completo o parcial y quedarán encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social al que serán incorporados los profesores de Educación Infantil y de Educación Primaria que aún no lo estén.

A los efectos anteriores, la condición de empleador corresponderá a la respectiva Administración educativa. Transitoriamente, en tanto no se lleve a cabo el traspaso de los profesores de religión católica, de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria a la correspondiente Administración educativa, el Ministerio de Educación y Cultura asume, respecto de estos profesores, la condición de empleador a los efectos previstos en el apartado anterior" (entre otras muchas, SSTS/IV 27-abril-2000 -recurso 3295/1999, 8-mayo-2000 -recurso 3075/1999, 9-mayo-2000 -recurso 3067/1999, 9-mayo-2000 -recurso 2693/1999, 9-mayo-2000 -recurso 2693/1999, 9-mayo-2000 -recurso 735/1999, 9-mayo-2000 -recurso 2712/1999, 10-mayo-2000 -recurso 3770/1999, 10-mayo-2000 -recurso 3066/1999, 16-mayo-2000 -recurso 3294/1999, 31-mayo-2000 -recurso 3899/1999, 2-junio-2000 -recurso 2585/1999, 2-julio-2000 -recurso 3068/1999, 3-julio-2000 -recurso 2692/1999, 18-septiembre-2000 -recurso 2694/1999, 31-octubre-2000 -recurso 442/2000).

4.- La jurisprudencia social posterior, partiendo ya de aquellas circunstancias jurídicas sobre la naturaleza de la relación y la determinación del verdadero empleador, ha resuelto, también sobre relaciones jurídicas surgidas muchas de ellas con anterioridad al año 1998, otras cuestiones, como las afectantes a la naturaleza temporal y no indefinida de la relación laboral (entre otras, SSTS/IV 20-noviembre-2000 -recurso 455/2000, 29-noviembre-2000 -recurso 4190/1999, 4-diciembre-2000 -recurso 21/2000, 16-octubre-2001 -recurso 4820/2000, 11-abril-2003 -recurso 1776/2002, 9-julio-2003 -recurso 1945/2002, 16-junio-2004 -recurso 38/2003, 7-noviembre-2005 -recurso 208/2004) o a la equiparación con el personal interino y la posible incidencia de la Ley 50/1998 (entre otras, SSTS/IV 12-abril-2002 -recurso 2527/2000, 29-enero-2003 -recur-

so 352/2002, 5-mayo-2003 -recurso 340/2002, 5-mayo-2003 -recurso 340/2002, 20-noviembre-2003 -recurso 4810/2002, 3-diciembre-2003 -recurso 4218/2001).

5.- En definitiva, que dado el carácter laboral de este tipo de relaciones y el carácter de empresario de la Administración Pública contratante, reiterada jurisprudencialmente, en aplicación de la normativa derivada del Acuerdo sobre la Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3-enero-1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, no existe base para entender que la empleadora no estaba en condiciones de haber cumplido con sus obligaciones de seguridad social con respecto a su trabajadora, profesora de religión católica, -al igual que debió haber cumplido con sus obligaciones retributivas-, ni, en consecuencia, para exonerarle de responsabilidad por tal causa, sin perjuicio de la flexibilización que, como a continuación se indicará, surge de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad empresarial en materia de seguridad social y los supuestos de aplicación del principio de proporcionalidad en la responsabilidad. Además, conforme al art. 15.1 LGSS, la obligación de cotizar nace desde el momento mismo de iniciación de la actividad correspondiente, y no desde la fecha de firmeza de la posible sentencia declarativa del carácter laboral de la relación, como ha recordado el competente, en esta materia, orden jurisdiccional contencioso-administrativo, interpretado que no es sostenible, "desde un punto de vista teórico, la tesis de la Administración, pues las sentencias del orden social... no tienen carácter constitutivo sino meramente declarativo de la naturaleza laboral de la relación contemplada" y que "no nace con ella la obligación de cotizar que surge, por el contrario, desde el momento de la iniciación de la actividad correspondiente (art. 15.2 LGSS), y no puede considerarse que solo a partir de tales sentencias nazca la acción para exigir el cumplimiento de la obligación de cotizar" (entre otras, SSTS/III 28-febrero-2000 -recurso 2218/1997 interés de ley).

6.- Debe advertirse, además, que en el supuesto enjuiciado en casación unificador relativo a los agentes-vendedores de la ONCE (citada STS/IV 1-junio-2006), la infracotización empresarial derivaba de haberse cotizado por los referidos trabajadores como si se tratara de representantes de comercio integrados en el correspondiente Régimen Especial de la Seguridad Social y no

de trabajadores por cuenta ajena ordinarios incluíbles en el Régimen General de la Seguridad Social, lo que había sido admitido como correcto por la TGSS ("con la plena anuencia de la Administración de la Seguridad Social" afirma la citada sentencia). En cambio, en el supuesto ahora enjuiciado, existe una falta de alta y un descubierto total de cotización durante el periodo cuestionado y quizá "pasividad" de la Administración de la Seguridad Social pero no "plena anuencia".

CUARTO.- 1.- En orden a la determinación y alcance de la responsabilidad empresarial por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad social por su posible incidencia en la prestación de jubilación contributiva pretendida, -como consecuencia de la demora en el alta en el RGSS de la trabajadora en los periodos en que prestó servicios como profesora de religión católica y el derivado retraso en el cumplimiento de la obligación de cotización que ha repercutido, como mínimo, en la cobertura del periodo de carencia exigible para tener derecho a la referida prestación-, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia unificadora recaída sobre esta materia en fechas más recientes, en especial la que aborda la aplicación del principio de proporcionalidad.

2.- Así, en la ya citada STS/IV 1-junio-2006 (recurso 5458/2004) se recuerda, sobre el que denomina "módulo de la responsabilidad", que "Tal criterio se complementa con el de proporcionalidad en la responsabilidad, tanto en los supuestos de descubiertos de cotización temporales como en los que traen causa en cotización inferior a la debida (STS de 17/01/98 -rec. 3083/92-), de forma que la responsabilidad empresarial por defectos de cotización ha de ser proporcional a su incidencia sobre las prestaciones (SSTS 28/09/94 -rec. 2552/93-; 16/01/01 -rec. 4043/99-; 03/07/02 -rec. 2901/01-; 22/07/02 -rec. 4499/01-; y 19/03/04 -rec. 2287/03-), incluso en el supuesto de incumplimientos que impiden al trabajador cubrir el periodo de carencia (STS 25/01/99 -rec. 500/98-), atendiendo a "la parte proporcional correspondiente al periodo no cotizado" sobre el total de la prestación (SSTS 20/07/95 -rec. 3795/94-, para Jubilación; 01/06/98 -rec. 223/97-, para Jubilación; 25/01/99 -rec. 500/98-, para Jubilación; y 14/12/04 -rec. 5291/03-, para subsidio por desempleo para mayores de 52 años). De esta manera, no sólo se ha liberado de responsabilidad a la empresa cuando los descubiertos son ocasionales, sino que cuando se le ha de imputar responsabilidad por descubiertos reiterados -sean temporales o por cotización inferior a la debida-, se hace responsable a la empresa y al INSS pero en proporción a la influencia que el defecto de cotización haya tenido en la cuantía de la prestación (SSTS 28/09/94 -rec. 2552/93-; 20/07/95 -rec. 3795/94-;

27/02/96 -rec. 1896/95-; y 31/01/97 -rec. 820/96-)".

3.- La STS/IV 26-febrero-2008 (2341/2006), sintetiza la doctrina unificada señalando que "las sentencias de la Sala de 14-diciembre-2004 (rec. 5291/2003), 1-febrero-2000 (rec. 694/99), 29-noviembre-1999, 17-marzo-1999, 28-abril-1998 y 8-mayo-1997, entre otras muchas, han afirmado que "para que la falta de ingreso de las cotizaciones del empresario en plazo legalmente establecido pueda determinar la declaración de responsabilidad empresarial tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección?, así como que "como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 9-abril-2007 (rec. 143/2006), "la doctrina unificada que esta Sala ha venido reiterando en las sentencias de 3-abril-2001 (RCUD núm. 3221/1999), 17-septiembre-2001 (RCUD núm. 1904/2000), 22-julio-2002 (RCUD núm. 4499/2001) y 19-marzo-2004 (RCUD núm. 2287/2003) reproducida en la de 18-noviembre-2005 (RCUD núm. 5352/2004)" que debe tomarse "como punto de partida la literalidad misma del art. 126.2 LGSS, que impone la responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones por el incumplimiento de las obligaciones en materia de cotización, entre otras, cuyo incumplimiento no se circunscribe a la ausencia de cotización, sino que abarca también la cotización por cantidad inferior a la procedente en la medida en que influya sobre el importe de una prestación".

4.- En el supuesto analizado en la STS/IV 25-septiembre-2008 (recurso 2914/2007), se trataba de determinar el alcance de la responsabilidad empresarial por falta de alta y cotización de un trabajador, en un concreto periodo de tiempo, que determinó el no reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación y si era posible que la imputación de aquella fuera proporcional al periodo descubierto, a lo que se dio una respuesta positiva, argumentándose, con invocación de la STS/IV 14-diciembre-2004 (recurso 5291/2003) y las precedentes que en la misma se citaban, que "La Sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión debatida en sus sentencias de 20-julio-1995, 1-junio-1998, 20-diciembre-1998 y 25-enero-1999. En la primera sentencia citada, el alcance de la responsabilidad se modera -en unas circunstancias ciertamente excepcionales- atendiendo a "la parte proporcional correspondiente al periodo no cotizado" sobre el total de la prestación, que era una pensión de jubilación. El mismo criterio aplica la sentencia de 1-junio-1998 también para una pensión de jubilación, ya que la condena a la empresa "ha de quedar reducida al abono del porcentaje correspondiente a los 210 días no cotizados entre la condena" y lo mismo sucede con las sentencias de 20-diciembre-1998 y 29-enero-1999, también sobre la pensión de jubilación. Es cierto que algunas de estas

sentencias ponderan para aplicar este criterio de proporcionalidad la incidencia de factores que disminuyen la gravedad del incumplimiento empresarial, mientras que en el caso de la sentencia recurrida el incumplimiento es objetivamente grave. Pero el elemento de gravedad, que ha de ponderarse a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, no es esencial en orden a la determinación de la responsabilidad, que, de acuerdo con la doctrina de la sentencia de 8-mayo-1997, ha de tener en cuenta, cuando se trata de contingencias comunes, la proyección del incumplimiento sobre la acción protectora".

Aplicando el principio de proporcionalidad en el supuesto concretamente enjuiciado, afirmando que el mismo "no se trata ciertamente de un descubierto de corta duración, porque el periodo sin cotización es de 5078 días, pero hay que tener en cuenta que la empresa cotizó 4588 días, haciéndolo a partir de 12-06-1990, hasta el 31-08-2004 en que finalizó la relación laboral, sin interrupción, periodo significativo que impide la configuración del caso como un supuesto de resistencia al cumplimiento, aunque sea cierto, que la falta de cotización, durante 887 días, impedía reunir la carencia genérica de quince años, exigida en el art. 161-2 LGSS, repercutiendo además en la cuantía de la pensión a aplicar a la base reguladora y en los porcentajes a aplicar, teniendo en cuenta los años en los que se trabajó y no se cotizó, tal y como dispone el art. 163 LGSS; siendo esto así, de acuerdo con lo que dispone el art. 126-2 de la misma Ley, existe responsabilidad empresarial por su incumplimiento por el perjuicio sufrido por el trabajador, que debe repararse por el empresario, en el porcentaje procedente, si bien la entidad gestora, para cumplir el interés público en la protección efectiva en las situaciones de necesidad, haya anticipado el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad, con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, no prescritas".

5.- Por último, la STS/IV 10-marzo-2009 (recurso 4016/2007) en un supuesto precisamente afectante a una prestación de incapacidad permanente absoluta solicitada por una trabajadora que había prestado servicios como profesora de religión católica para el Ministerio de Educación desde el 15-septiembre-1993 al 31-agosto-1997 y que no se acreditaba cotización en los periodos correspondientes a la prestación del servicio para el referido Ministerio en el que fue dada de alta el 1-mayo-1997, se aplica el criterio de proporcionalidad, con invocación, entre otras, de la doctrina contenida en las SSTS/IV 2-junio-2004 (recurso 1628/2003) y 25-septiembre-2008 (recurso 2914/2007), señalando que "dichas sentencias llegan a la conclusión de que la responsabilidad patronal por incumplimiento de la obligación de

cotizar, es exigible no solo cuando éste afecta al periodo de carencia de la pensión de jubilación, sino también cuando incide sobre la cuantía de la base reguladora (supuesto de infracotización) o, sobre el porcentaje aplicable a ésta última...

Porque también en estos dos últimos casos, el descubierto tiene trascendencia en la relación jurídica de protección, ya que determina una disminución en el importe de la pensión a percibir por el trabajador".

Entendiendo que, en el caso enjuiciado, "la empleadora incumplió la obligación de cotizar -falta de cotización- y tal incumplimiento tiene relevancia en cuanto al importe de la prestación que corresponde al trabajador.

En efecto... si la empleadora... hubiera cotizado por la trabajadora durante todo el tiempo en que esta prestó servicios, la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta, computando los 8 años anteriores a la solicitud ascendería a 706'33 euros, conforme a los salarios devengados y, en el supuesto de que se computaran las bases mínimas durante el periodo en que la empleadora no cotizó, la base reguladora ascendería a 469'72 euros, por lo que el citado Ministerio ha de ser declarado responsable de la diferencia entre la base reguladora de 706'33 euros y la de 469'72 euros, es decir, el INSS será responsable en un 66'50% y el Ministerio de Educación y Cultura en el 33'50%, debiendo anticipar el INSS el abono de la totalidad de prestación".

QUINTO.- 1.- En el presente caso, la falta de cotización por parte del Ministerio empleador de la trabajadora en el periodo comprendido entre el 16/03/1992 al 31/12/1997, en el que, entre otros, prestó servicios por cuenta ajena para el mismo como profesora de religión católica, ha incidido directamente en la cobertura del periodo de carencia genérica de 15 años (5.475 días) exigido en el art. 161.1.b) LGSS para tener derecho a la prestación contributiva de jubilación, la que le fue denegada en vía administrativa por tal motivo; igualmente ha incidido en el montante la base reguladora pues el periodo tenido en cuenta para su cálculo ha sido el cotizado desde el día 01/01/1989 al día 31/12/2003, por lo que se incluyeron cotizaciones por bases mínimas en el periodo coincidente con el ahora cuestionado (art. 162.1 LGSS), así mismo ha repercutido en el porcentaje, derivado de los años cotizados e incrementable en atención al número de éstos a partir de los quince primeros años cotizados, aplicable a la base reguladora (art. 163.1 LGSS).

2.- En aplicación del principio de proporcionalidad, dadas las circunstancias concurrentes anteriormente expuestas, y no discutido en la impugnación del recurso por parte de la

empleadora el porcentaje de responsabilidad propuesto por el INSS en su recurso, coincidente con el formulado en suplicación, y partiendo de que en la base reguladora y porcentaje aceptado coincidentemente por las partes en el acto del juicio se tuvo en cuenta el mayor tiempo cotizado para el supuesto de estimación de la demanda, procede fijar en un 26,88% el porcentaje a cargo de la empleadora, y el resto a cargo del INSS, sin perjuicio de su obligación de anticipo, en interpretación conforme a la jurisprudencia unificada de lo dispuesto en el art. 126.2 LGSS.

3.- Por lo expuesto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, debe estimarse el recurso en la forma indicada, sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).

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

### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 13-junio-2008 (rollo 179/2008), en el recurso de suplicación interpuesto por el Ministerio de Educación, Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de instancia, de fecha 30-abril-2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 28 de Madrid (autos 1017/2006), en autos seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Adelaida frente al referido Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Ministerio de Educación y la Comunidad de Madrid; revocamos la sentencia de suplicación y confirmamos la de instancia, salvo en el extremo del porcentaje a cargo del Ministerio empleador que se fija en un 26,88 % el porcentaje y el resto a cargo del INSS, sin perjuicio de la obligación de anticipo de este último; sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agustí Julia.- María Luisa Segovia-no Astaburuaga.

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

2009/205416

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 8 julio 2009.

Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Aún con resolución administrativa dictada fuera de plazo

## Falta de caducidad de expediente de recargo por falta de medidas de seguridad

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado frente a sentencia que estableció la caducidad del expediente y nulidad de la resolución que imponía el recargo de prestaciones por entender que la resolución administrativa fue dictada fuera del plazo máximo de 135 días desde el inicio del expediente sancionador.*

*La Sala señala, siguiendo doctrina unificada, que la inactividad de la Administración no puede perjudicar al trabajador que ninguna intervención tuvo en el expediente, además, la caducidad se produce cuando se ejercitan potestades sancionadoras y el de imposición del recargo no es de esta naturaleza sino que deriva de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo, de forma que la única consecuencia que deriva de la inobservancia del plazo es que el interesado -en este caso, el beneficiario de la prestación- tenga expedida la vía para la correspondiente reclamación judicial frente al efecto del silencio negativo.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por sentencia de 26/10/2005, el Juzgado de lo Social núm. 10 de los de Valencia (autos 236/05) dictó sentencia desestimatoria de la demanda formulada por la empresa «Matrickería Villaplana, S.L.», interesando se dejase sin efecto el recargo de prestaciones acordado por el INSS (resolución de 07/06/02) respecto del accidente de trabajo sufrido en 30/01/01 por el demandado D. Bernardo, tras expediente iniciado a instancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en propuesta de 11/07/01.

2.- Recurrida en Suplicación, la STSJ Comunidad Valenciana 18/07/2006 (rec. núm. 904/05) acogió la tesis de la empresa y declaró caducado el expediente de recargo, por haber transcurrido el plazo máximo para dictar resolución. Y frente a tal criterio formula el INSS recurso para la unificación de doctrina, en que señala como referencial la STSJ

Madrid 03/05/04 (rec. 778/04) y denuncia aplicación indebida del art. 44.2 LPAC e inaplicación del art. 44.1 LPAC, en relación con el art. 14.3 OM 18/01/96.

3.- Concorre la exigencia de contradicción impuesta por el art. 217 LPL, pues se trata de supuestos esencialmente iguales en hechos, pretensiones y fundamento, con solución jurídica diametralmente opuesta.

En ambos casos: a) se trata de trabajadores por cuenta ajena del RGSS que sufren accidente de trabajo; b) se inicia de oficio el expediente para imponer recargo por infracción de medidas de seguridad; c) se resuelve imponer el incremento de prestaciones con posterioridad al plazo de 135 días previsto en el art. 14 OMIL; y d) las empresas acuden a la vía judicial, resolviéndose el supuesto en atención a las citadas previsiones de la OMIL y de la LPAC.

A pesar de tal identidad, ambas resoluciones llegan a conclusión diversa, pues en tanto la recurrida entiende caducado el expediente, la de contraste entiende que el transcurso del tiempo únicamente comporta que se deja expedida la vía judicial, por lo que la resolución finalmente dictada, ha de considerarse válida y eficaz.

4.- De esta forma queda patente que la cuestión sometida a nuestro enjuiciamiento es la relativa a determinar las consecuencias que en orden a la válida imposición del recargo por infracción de medidas de seguridad pueda implicar la superación del plazo -135 días- previsto en el art. 14.1 OM 18/01/96. Cuestión a la que la doctrina unificada ha dado respuesta en muy numerosas resoluciones (desde la sentencia de 09/10/06 -rcud 3279/05- y hasta las más recientes de 30/01/08 -rcud 4374/06-, 09/07/08 -rcud 4534/06- y 26/05/08 -rcud 4755/06-, a cuyo criterio hemos de estar por elementales razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Y al efecto reproduciremos literalmente la STS 26/09/07 -rcud 2573/06 -.

SEGUNDO.- 1.- Entre las disposiciones generales que regulan la actividad de las Administraciones Públicas, el art. 42 LPAC establece que «el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento».

Remisión que a los efectos de que tratamos -recargo por infracción de medida de seguridad- nos lleva art. 14 de la OM 18/Enero/96 (dictada en desarrollo del RD 1300/95, de 21 /Julio), que señala un plazo máximo para resolver de 135 días (fuera de supuestos en que se acuerde expresamente la ampliación) y establece que el transcurso del citado plazo sin dictar la resolución que corresponda determina el efecto propio del silencio administrativo negativo, al normar

que en tal supuesto «la solicitud podrá entenderse desestimada, en cuyo caso el interesado podrá ejercitar las acciones que le confiere el art. 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral».

Se presenta incontestable que de la redacción literal de la norma no se deriva la consecuencia de que la inobservancia del plazo previsto comporte la caducidad del expediente; antes al contrario, el único efecto declarado es el ya referido de que el interesado -en este caso, el beneficiario de la prestación- tenga expedida la vía para la correspondiente reclamación judicial frente al efecto del silencio negativo.

2.- Ateniéndonos a la regulación contenida en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 /Noviembre), la caducidad del expediente por transcurso del tiempo máximo legalmente previsto únicamente se contempla en dos supuestos:

a).- En el art. 92 LPAC, para los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y de paralización imputable al mismo, a la par que relativa a trámites «indispensable para dictar resolución»; y su efecto -conforme al apartado tercero del mismo art. 92 LPAC - ni tan siquiera alcanza a la prescripción de las acciones, sino que tan sólo determina la ineficacia de su interrupción. Y

b).- En el art. 44.2 LPAC, referido a las actuaciones iniciadas de oficio, expresamente se dice que «en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o (...) susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad».

3.- Es evidente que el caso de autos no es el contemplado en el primero de los casos, una vez que el procedimiento no se inició a instancia de los beneficiarios (causahabientes del trabajador fallecido). Y aunque tal actuación se produjo de oficio, tampoco el supuesto tiene encaje en la previsión del art. 44.2 LPAC, habida cuenta de que el recargo de prestaciones no admite sin más -como veremos- su consideración como simple sanción o acto de gravamen.

Con ello estamos afirmando -es claro- que la solución al tema que se plantea -caducidad del expediente- viene determinada por la naturaleza jurídica que se atribuya al recargo, pues si se califica de sanción ha de aplicarse la caducidad del procedimiento; imponiéndose la solución opuesta si diversamente se considera -con posibles adjetivaciones- como indemnización.

TERCERO.- 1.- La doctrina de la Sala ha sido vacilante en torno a esta cuestión, pues si bien ocasionalmente se ha mantenido -con ron-

tundidad- que el recargo tiene carácter de un prestación de la Seguridad Social (SSTS 12/12/97 -rec. 468/97-, a propósito del plazo de prescripción para reclamarlo; 10/12/98 -rec. 4078/97-, versando sobre la reclamación adicional por daños y perjuicios; y 21/07/06 -rec. 2031/05 -, al tratar los intereses de capitalización del capital coste del recargo), no lo es menos que mayoritariamente se ha defendido la tesis sancionadora (sanción con finalidad preventiva), bien para afirmar su inaplicación a las mejoras voluntarias de las prestaciones (SSTS 20/03/97 -rec. 2730/96-; 11/07/97 -rec. 719/1997-; y 02/10/00 -rec. 2393/99 -, bien para justificar que su importe no ha de ser computado en el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, o para excluir el aseguramiento -público o privado- de tal responsabilidad (SSTS 08/04/93 -rec. 953/92-... la decisiva 02/10/00 -rec. 2399/99-...y 22/04/04 -rec. 4555/02 -, pero sin que tal consideración punitiva se lleve a su consecuencia procesal de suspensión del procedimiento del derecho al recargo por la existencia de procedimiento penal, ex art. 3.2 LISOS, por considerarse -más eclécticamente- que

«(...) la naturaleza jurídica del recargo por falta de medidas de seguridad es un tanto compleja, teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque acaba teniendo una consideración sui generis que le aparta de la sanción propiamente dicha, al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes» (SSTS 17/05/04 -rec. 3259/03-; y 25/10/05 -rec. 3552/04 -); y -con similar planteamiento- sostenerse que su finalidad es, de una parte, disuasoria para obtener el mayor grado de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales; y de otra, incrementar el importe de unas prestaciones debidas en virtud de la relación trabajador empresa cuando esta no ha dispensado las medidas de protección que el contrato de trabajo impone (art. 19 ET), con lo que podría afirmarse que el recargo no deriva propiamente de la potestad sancionadora de la Administración -esa potestad se manifiesta en la imposición de la correspondiente multa- sino más bien de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo (STS 05/12/06 -rec. 2531/05 -).

2.- En esta última línea -naturaleza compleja y sui generis del recargo- es oportuno destacar que si bien el recargo parece responder en principio al concepto genérico de sanción administrativa («mal infligido por la Administración -privación de un derecho (sanción interdictiva) o imposición de una obligación (sanción pecuniaria)- como consecuencia de una conducta ilegal, llevados a cabo con finalidad represora»), en todo caso concurren una serie de notas que le

alejan de esa naturaleza estrictamente sancionadora; que no se trata de una genuina sanción administrativa. Al efecto se ha argumentado:

a) en tanto que el fundamento de la sanción se encuentra en el mero incumplimiento de un deber tipificado, el recargo de prestaciones exige no solamente la infracción del deber genérico de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino también la producción causal de un resultado lesivo, que es precisamente el eje sobre el recargo se construye;

b) el recargo de prestaciones no figura en el texto refundido de la LISOS, cuya finalidad -conforme a su Exposición de motivos- es «agrupar e integrar en un texto único (...) las diferentes conductas reprochables contrarias al orden social»;

c) en materia sancionadora, si bien la LISOS atribuye a las Entidades Gestoras -que no son autoridades administrativas, sino organismos administrativos- la imposición de sanciones a los trabajadores en cuestiones de Seguridad Social (art. 48.4), tratándose de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la misma siempre corresponde -en función de la cuantía- al Director Provincial de Trabajo, al Director General o al Ministro de Trabajo y Seguridad Social;

d) parece ausente el obligado principio de tipicidad (art. 129 LPAC), al no identificarse con una mínima precisión las conductas reprobables y las sanciones correspondientes;

e) ostenta el trabajador denunciante o compareciente obvio interés que le atribuye siempre cualidad de parte;

f) el importe de la «sanción» no se ingresa en el Tesoro Público, sino que se incorpora al patrimonio del beneficiario, de forma que si éste no existe no hay recargo, lo que -señala la doctrina- es impensable en una sanción; y g) el procedimiento regulado en la OM 18/01/96 no es propiamente sancionador, por carecer de las garantías que debe reunir todo procedimiento de aquella naturaleza punitiva y ser muy semejante al previsto para el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social.

3.- A la vista de tales manifestaciones bien pudiera alcanzarse la conclusión de que la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones es dual o mixta, pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora (siquiera no puede calificarse de sanción propiamente dicha), no es menos cierto que desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio (a tener en cuenta que su regulación por la LGSS se hace en Sección -2ª- titulada «Régimen General de las Presta-

ciones», ubicada en Capítulo -III- denominado «Acción Protectora» y dentro del Título -II- «Régimen General de la Seguridad Social»; y que ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS).

De esta manera, atribuyendo una naturaleza mixta a la institución de que tratamos, se justificarían las soluciones -aparentemente contradictorias- que en doctrina se ha dado para los diversos problemas que en torno al tema se suscitan, sin que ello signifique que se haya calificado la naturaleza jurídica de la institución en función de los efectos que a la misma se han atribuido jurisprudencialmente, sino -antes al contrario- que de su formulación positiva se obtiene una naturaleza compleja que explica satisfactoriamente las consecuencias deducidas en diversos órdenes por la unificación de doctrina.

Así, desde la primera vertiente (sanción para el empresario), adquiere plena justificación el criterio jurisprudencial expresivo de que el recargo no puede descontarse del importe de la indemnización a percibir por los daños y perjuicios causados; en tanto que desde la segunda perspectiva (cobertura adicional e indemnizatoria para el beneficiario), no sólo queda aclarada la competencia del INSS para imponer el incremento de la prestación reconocida (el art. 57.1ª) LGSS le atribuye «la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social»), sino que también tiene cumplida respuesta el tema que es objeto del presente debate, el relativo a la caducidad del expediente por transcurso de los 135 días previsto en el art. 135 OM 18/01/96.

4.- En efecto, concebido el recargo a manera de indemnización (con añadida finalidad de carácter preventivo), el supuesto objeto de litigio tiene expresa descripción en el art. 44.1 LPAC, al tratarse de procedimiento -recargo de prestaciones- del que «pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas»; y para tal caso la norma contempla la exclusiva consecuencia de que los interesados «podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio negativo»; sin que para nada se mencione la caducidad acogida por la sentencia de instancia.

Y aquella consecuencia -el silencio negativo- es también precisamente la establecida en el precitado art. 14.3 de la OM 18/Enero/96, que con carácter específico regula el procedimiento para reconocer las prestaciones por IP y la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene.

A lo que añadir, para finalizar el argumento, que el propio art. 42.1

LPAC dispone con carácter de general que la «Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos»; que más específicamente, el art. 44.1 LPAC establece que «en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido (...) no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver»; y -sobre todo- que producida la resolución expresa, aunque sea tardíamente, es indudable que se abre para el interesado el plazo para ejercitar en vía judicial las acciones pertinentes.

CUARTO.- La aplicación de las precedentes argumentaciones nos lleva a entender, tal como informa el Ministerio Fiscal, que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste, revocando la recurrida; sin que haya lugar a pronunciamiento alguno sobre costas en este trámite, aunque sí en el de Suplicación, que han de ser a cargo de la empresa entonces recurrente (art. 233.1 LPL).

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

## FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la STSJ Comunidad Valenciana 18/07/2006 (rec. núm. 904/06), que casamos y anulamos, confirmando la sentencia que con fecha 26/10/2005 había sido pronunciada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de los de Valencia (autos 236/05), desestimando la demanda formulada por la empresa «MATRICERÍA VILLAPLANA, S.L.», sobre caducidad de expediente en materia de recargo de prestaciones de Seguridad Social, frente al Organismo recurrente en este recurso y D. Bernardo.

Se imponen las costas del recurso de Suplicación a la empresa entonces recurrente, sin pronunciamiento de las habidas en el presente.

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

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

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



2009/233847

TS Sala 1ª, Sentencia 16 octubre 2009. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Fijación de la cuantía indemnizatoria

## Intromisión en el derecho al honor de reportaje

*El TS desestima el recurso por infracción procesal y casación de la demandante y estima el de casación de la codemandada en un solo extremo -el de la publicación de la sentencia-. Se dirige contra la sentencia que confirmó la de instancia en relación a la condena de los codemandados en el ejercicio de la acción en protección de los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar de la demandante y su esposo fallecido. Recurriéndose por ambas partes en esta alzada la indemnización acordada.*

*Señala la Sala que tan sólo cabría aceptar una revisión del "quantum" si la sentencia recurrida no hubiera tenido en cuenta los parámetros que marca la ley, o hubiera denegado el derecho plenamente o fijando una cantidad ridícula, o si es desproporcionada. Añade que no puede prevalecer la libertad de expresión al no tratarse de un reportaje neutral el caso de autos, y tratarse de artículos en los que se mezcla información y opinión, y que una y otra constituyen intromisión en los derechos al honor y a la intimidad de los demandantes.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se ha ejercitado en el presente caso, hoy ante esta Sala por recurso por infracción procesal y sendos recursos de casación, acción en protección de los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar de Dª Mª del Carmen y del fallecido, su esposo, D. Hans, fundada en el artículo 18.1 de la Constitución Española y en la Ley Orgánica 1/1982, 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El sustrato fáctico se halla en dos artículos que aparecieron en la revista Tiempo, en sendos números, ambos en la portada con la foto de dicha demandante y el título "Tita intenta forrarse con la venta de su colección privada" el primero y "José Luis desvela las miserias de Mª del Carmen". Su autor es el periodista D. Sebastián, el director de la revista D. Jesús, la editora "ediciones Zeta S.A." y el autor de las declaraciones que se insertan, D. José Luis.

Todos ellos demandados en la instancia y condenados tanto en la sentencia de primera instancia, como por la Audiencia Provincial, Sección 20ª, de Madrid, sentencia de 24 de marzo de 2006 que confirmó la anterior salvo en la cuantía de la indemnización que la elevó considerablemente y que es objeto de los recursos que han interpuesto los demandantes

y los tres codemandados de la revista Tiempo, no así el fallecido D. José Luis cuyo recurso no ha sido mantenido por sus herederos.

**SEGUNDO.-** El recurso por infracción procesal que ha sido interpuesto por los demandantes se fundamenta en el número 2 del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y se articula en dos motivos, ambos relativos al quantum de la indemnización acordada en la sentencia recurrida. La jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo reiteradamente que no es revisable en casación la indemnización, pero sí las bases o parámetros que se han utilizado para fijar ésta. Sin embargo, el recurso por infracción procesal no puede referirse a ello, sino que sólo debe centrarse en la infracción de normas procesales, sin alcanzar al fondo de derecho material y la indemnización pertenece al mismo.

Por ello, ambos motivos se desestiman.

El primero, porque alega infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de motivación de la sentencia recurrida, pero en el desarrollo del motivo estudia los parámetros y dice textualmente que "se pretende la revisión... de los distintos parámetros o bases de cuantificación de la indemnización...": es claro, pues, que no se trata de infracción procesal, sino del

fondo de derecho material. Pero, además, no puede mantenerse que falte la motivación de la sentencia, pues ésta es fundada, razonada y argumenta con detalle (en el fundamento quinto) la cuantía de la indemnización, sin que se pueda confundir con la disconformidad con los argumentos empleados que es, ciertamente, el caso presente.

El segundo, porque, al socaire de la alegada infracción del valor probatorio del documento privado que proclama el artículo 336 en su remisión al 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que realmente pretende es que se modifique el quantum indemnizatorio. Estos documentos certifican la difusión de la revista Tiempo y hacen prueba plena (artículo 326), qué duda cabe, del hecho que certifican (artículo 319): no más; es decir, no hacen prueba de los efectos que el recurrente pretende, que no son otros que la revisión de la indemnización lo cual no es objeto de infracción procesal, sino de casación, como realmente se hace en el presente caso.

**TERCERO.-** El motivo único del recurso de casación que han formulado los demandantes en la instancia, se formula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 18.1 de la C.E y 9.3 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, este último, que regula los parámetros legales o bases de cuantificación de la indemnización por el daño moral padecido.

En el desarrollo de este motivo se mantiene que la indemnización acordada en la sentencia recurrida de 120.000euros a cada uno de los demandantes es escasa e insuficiente. Ni la sentencia de la Audiencia Provincial ni esta Sala lo estiman así. El artículo 9.3 de la mencionada ley de 5 de mayo de 1982 da unas pautas para valorar el etéreo daño moral: circunstancias del caso y gravedad de lesión, para cuyas pautas se tomarán en cuenta la difusión del medio y el beneficio que haya resultado probado. Este artículo no ha sido infringido, sino que lo ha aplicado, razonando y remitiéndose en parte a la sentencia de primera instancia, cuya cuantía es aumentada. En el recurso no se acredita la infracción del mismo, sino simplemente la disconformidad con la cifra total, para lo que se explican los detalles de la versión que mantiene la parte. La cual no es compartida por esta Sala, que siempre ha mantenido un criterio de prudencia en orden a las cuantías de las indemnizaciones, no aceptándose en nuestro Derecho la sancionadora del ofensor, ni la enriquecedora de la ofendida. Tanto más cuanto unas indemnizaciones exageradas, como la que aquí se pretende, pueden dar lugar a la ruina económica de entidades editoras con graves perjuicios a la libertad de prensa.

Tan sólo cabría aceptar una revisión del quantum si la sentencia recurrida no hubiera tenido en cuenta los parámetros que marca la ley, o hubiera denegado el derecho plenamente o fijando una cantidad ridícula, o si es desproporcionada. Ninguno de los tres supuestos se da en el caso presente.

**CUARTO.-** De entre los codemandados, el recurso de casación formulado por la representación procesal del fallecido D. José Luis ha sido archivado por esta Sala por auto de 10 de marzo de 2009 por no haberse personado sus herederos por lo que esta parte queda aquietada a la condena.

El resto de los codemandados, periodista, director y editora de la revista Tiempo, han formulado recurso de casación en dos motivos. El primero se refiere al fondo del asunto, no tanto discutiendo el que se haya atentado al honor y a la intimidad del matrimonio T., lo que ciertamente es indiscutible, sino manteniendo que se ha producido un reportaje neutral, que lleva a negar que haya habido intromisión ilegítima en aquellos derechos. El segundo de los motivos discute el quantum indemnizatorio, aun reconociendo que es excepcional el que la casación entre en este tema y mantiene la improcedencia de la publicación íntegra de la sentencia.

**QUINTO.-** En cuanto al primero de los motivos, como se ha apuntado, alega, al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 20.1 de la Constitución Española en relación con la consolidada doctrina sobre el reportaje neutral, que establece que toda información en la que el periodista o profesional de la información se limita de forma objetiva a transmitir las manifestaciones de terceras personas, queda exento de responsabilidad frente a cualquier vulneración en el derecho al honor e intimidad, al no poder calificar al propio medio o periodista como de autor de la noticia.

Lo cual es cierto. Lo que no es cierto es que el caso presente sea un simple reportaje neutral, tal como dice la sentencia recurrida. Y asimismo mantienen reiteradas sentencias de esta Sala que forman un cuerpo muy claro de doctrina.

La idea esencial del reportaje es que sea un mero transmisor de declaraciones o noticias, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 136/2004, de 13 de septiembre y de esta Sala, de 18 de mayo de 2007; es decir, que el medio informativo es un mero transmisor -transcribe exactamente lo manifestado por su fuente- pero debe personalizar en concreto de quien partieron las manifestaciones vertidas, como matizan las sentencias 30 de junio de 2006 y 21 de julio de 2008; y precisa la de 1 de octubre de 2008, que es el que expone de forma objetiva una

información aportada por terceros; el carácter de mero transmisor lo vuelve a destacar la sentencia de 4 de diciembre de 2008 que resume la doctrina jurisprudencia y la del Tribunal Constitucional.

En el caso presente, se recogen unas declaraciones del codemandado, también condenado, lo que en sí mismo podría ser reportaje neutral, pero junto a ellas se han publicado sendos reportajes que están muy lejos de ser neutrales, ya que se vierten una serie de noticias (información) y comentarios (opinión) que atentan claramente al honor y a la intimidad de la demandante y de su esposo fallecido, tan claramente que en esta vía de recurso ni siquiera se ha cuestionado. Aunque el caso no es el mismo, puede recordarse lo que expone la sentencia de 24 de enero de 2008, que sí es traspolable aquí: "Y en lo que respecta a la alegación de reportaje neutral, resulta jurídicamente incomprensible porque no se reproduce una información ajena (de tercero), es la demandada, por medio de sus directivos o representante, quien elabora el contenido de la información, y además se conoce con exactitud lo que sucedía en la realidad y sin embargo conscientemente se publica con omisiones relevantes y sin las explicaciones oportunas sobre las circunstancias concurrentes, con todo lo que se contradice de modo patente la doctrina jurisprudencial sobre el reportaje neutral (por todas, SS. 6 de febrero de 1996, 6 de junio y 22 de diciembre de 2003 y 18 de mayo de 2007)."

No es, pues, un reportaje neutral: los reportajes que aparecen en los dos números de la revista Tiempo no son meros transmisores de lo que declaró o escribió el señor José Luis (que sí lo son en las transcripciones encuadradas tipográficamente); no expone hechos de forma objetiva aportados por tercero, sino que los califica malévolamente incluso en los propios títulos que aparecen en las respectivas portadas; son artículos en que se mezcla información y opinión y que una y otra constituyen intromisión en los derechos al honor y a la intimidad de los demandantes.

No pueden prevalecer, pues, unas supuestas libertades de información y expresión, no se ha infringido el artículo 20.1 de la Constitución Española y el motivo se desestima.

**SEXTO.-** En cuanto al segundo de los motivos del recurso de casación, se ha articulado al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al incurrir la sentencia dictada por la Sección vigésimo quinta de la Audiencia Provincial de Madrid en infracción de Ley, por infracción del artículo 9.2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y de la jurisprudencia aplicable a este respecto. El motivo tiene dos apartados. El primero de ellos señalado con la letra A se refiere al quantum indemnizatorio y el segundo, letra B, a la publicación íntegra de la sentencia.

En cuanto al primero, ya se ha dicho anteriormente que la indemnización no es revisable en casación, pero sí los parámetros que llevan a ella. Tal como dice la sentencia de 15 de julio de 1995 que se enfrenta a esta cuestión directamente: "si bien es cierto que reiterada y conocida doctrina de esta Sala tiene proclamado que la fijación del "quantum" indemnizatorio es atribución de los juzgadores de instancia que, en general, queda excluida de la revisión casacional, al no ser este recurso extraordinario una nueva instancia, también lo es que, en materia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, marca unas pautas valorativas del daño moral, el cual (dice el precepto) "se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido", por lo que cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, la fijación del "quantum" indemnizatorio hecha por el Tribunal de apelación".

Tal como se dijo al tratar de este mismo tema en el recurso de casación formulado por los demandantes, la sentencia recurrida ha tenido en cuenta los parámetros que señala la ley y la cifra, si bien un tanto elevada, no se considera desproporcionada, por lo que no aparece infracción alguna de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982.

En cuanto al segundo, se alega la improcedencia de la publicación íntegra de la sentencia porque tal medida, dice en el desarrollo del motivo, además de ambigua por su incorrección, es innecesaria y excesiva. Lo cual es cierto en ambos extremos. Es ambigua porque la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso, confirma en este punto la de primera instancia, ya que sólo modifica el quantum indemnizatorio y la de primera instancia condena "a que publiquen (los demandados) a su costa la presente resolución...", pronunciamiento que ha quedado firme: así pues, si se publica íntegra la sentencia del Juzgado no es correcta porque en parte ha sido revocada y la de la Audiencia Provincial su publicación no ha sido ordenada.

Ambigüedad que se solventa, dando lugar al segundo extremo: la publicación íntegra es innecesaria y excesiva. Tal como dice la sentencia de 30 de noviembre de 1999.

"Teniendo la publicación de la sentencia una finalidad reparadora del derecho vulnerado por la intromisión ilegítima, esta medida ha de

ser la suficiente a conseguir esa reparación, guardando por tanto una relación de proporcionalidad con el daño causado; la publicación íntegra de la sentencia, por las consecuencias económicas que acarrea, supera aquella finalidad reparadora del derecho lesionado, siendo bastante para ello la publicación del encabezamiento y de la parte dispositiva de la resolución judicial; al no entenderlo así, la sentencia de instancia infringe el art. 9.2 de la citada Ley Orgánica, por lo que procede la estimación del motivo en este aspecto."

Se estima, pues, este submotivo y se concreta la publicación al fallo de la sentencia de primera instancia y a su corrección por la de segunda.

**SÉPTIMO.-** Por todo ello, en conclusión, se desestiman los recursos por infracción procesal y de casación que ha interpuesto la parte demandante, con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y se estima en un solo extremo, el de la publicación de la sentencia, el recurso de casación que ha formulado la parte codemandada, sin que se le impongan las costas.

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 a los recursos por infracción procesal y de casación, interpuestos por la representación procesal de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen y D. Borja, contra la sentencia dictada por la Sección 20<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de marzo de 2006.

**Segundo.-** Se condena a dicha parte recurrente en las costas causadas por ambos recursos.

**Tercero.-** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "Ediciones Zeta, S.A.", D. Jesús y D. Sebastián, contra la misma sentencia.

**Cuarto.-** Se ordena la publicación a costa, solidariamente, de todos los demandados, en uno de los tres primeros números de la revista Tiempo desde la fecha de la notificación de la presente sentencia, del fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y del de la sentencia de la Audiencia Provincial, ambas relativas al presente caso.

**Quinto.-** No se hace condena en costas, de las causadas en este recurso.

**Sexto.-** 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.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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



2009/178820

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 1 julio 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Ausencia de motivación de esta medida

## Improcedente cierre de establecimiento en relación al tráfico de drogas

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por dos de los acusados, el TS acoge parcialmente el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la salud pública y de tenencia ilícita de armas. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el cierre definitivo del establecimiento que había sido acordado, pues careciendo de datos acerca de la situación actual del uso del referido local y teniendo en*

*cuenta el tiempo transcurrido desde los hechos hasta el momento actual, así como la ausencia en la sentencia de una motivación suficientemente explicativa de los aspectos de una medida de esa clase, se entiende que no está suficientemente justificada.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia condenó a los acusados Imanol, Rosalia y Mateo como autores de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de 12.000 euros al primero y de 7.000 euros a los otros dos, y a Imanol, además, como autor de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de un año y tres meses de prisión. Los tres interponen recurso de casación, de forma conjunta la segunda y el tercero.

### Recurso de Imanol

En el primer motivo denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación a los dos delitos por los que ha sido condenado. Señala que las inferencias no son lógicas ni creíbles.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual implica que es preciso que se haya desarrollado, con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, una actividad probatoria de cargo, bajo la iniciativa de la acusación, cuyo contenido incriminatorio sea suficiente para desvirtuar racionalmente aquella presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos determinados hechos y la participación del acusado en ellos.

La verificación de la existencia de prueba de cargo bastante requiere una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas

de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

2. A pesar de que en algunas argumentaciones del recurrente parece referirse a cuestiones relativas a su antijuricidad o a su tipicidad, la presunción de inocencia viene referida a la acreditación de los hechos que se imputan al acusado. De todos modos, el recurrente se limita en este motivo a apreciaciones de carácter muy general, sin precisar cuáles de los hechos que en la sentencia se declaran probados, considera que carecen de apoyo probatorio y la razón de su creencia. Ante tan genérica alegación, basta la lectura de la sentencia para establecer la existencia de pruebas bastantes. Así, concretamente, respecto de la existencia de la cocaína, el resultado de la diligencia de entrada y registro y el resultado de los análisis sobre la sustancia; y en cuanto a la venta a terceros, el hallazgo de restos de plásticos característicos de la confección de papelinhas; la declaración de los agentes en cuanto presenciaron la llegada de otras personas, la permanencia en el lugar por poco tiempo, mientras en algunos casos otros esperaban dentro del vehículo, y las declaraciones de algunos testigos, en el plenario o ante el Juzgado en fase de instrucción, relacionados en la fundamentación jurídica, que reconocieron haber adquirido cocaína en el local, así como la intervención en las ventas de los tres acusados. En cuanto al arma de fuego, el resultado del registro y el lugar de su hallazgo, así como el examen pericial sobre la misma.

Por lo tanto, la Sala considera que ha existido prueba de cargo y que su valoración es racional, lo que determina la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- En el segundo motivo se queja de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, de las que se han obtenido todas las pruebas, y del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Argumenta que la petición de la Guardia Civil carecía de indicio objetivo alguno. En segundo lugar sostiene que el registro efectuado es nulo porque se mantuvo al mismo tiempo detenidos a los posteriormente encausados sin darles posibilidad de asistencia letrada. Señala que no aprecia orden de detención o imputación. La detención y el registro se efectuaron con violación de los derechos a saber de qué se les acusaba y a contar con un abogado. Finalmente, señala la vulneración del derecho a contar con un intérprete por parte de la recurrente Rosalia.

En el cuarto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, considera mal aplicado el artículo 368 del Código Penal, lo que vincula al hecho de que se estime su alegación re-

lativa a la nulidad de las intervenciones telefónicas, lo que supondría la de todas las pruebas.

1. La doctrina de esta Sala sobre los requisitos exigibles para la validez de las intervenciones telefónicas es, por reiterada, sobradamente conocida. Los indicios necesarios para superar las meras hipótesis subjetivas deben consistir en datos objetivos y como tales accesibles a terceros y verificables, sugestivos de que se ha cometido, se está cometiendo o se va a cometer un delito grave, así como de la participación en él del sospechoso, o bien de que la intervención telefónica permitirá conocer datos relevantes sobre los hechos.

2. En el caso, la Guardia Civil comunicó al Juez que, tras distintas vigilancias, pudieron comprobar la llegada de numerosas personas al Club de alterne, situado aislado en una carretera, que permanecían escaso tiempo en el interior, esperando en algunos casos algunos de ellos en el vehículo. Igualmente se puso en conocimiento del Juez que algunas de esas personas habían sido interceptadas posteriormente y se les había ocupado droga. Se trata de datos claramente sugestivos de que en el lugar se entregaba droga a terceros, y eran datos objetivos verificables a través de la aportación posterior de las referidas actas de intervención o bien de las declaraciones de los agentes que hubieran intervenido en las diligencias. En relación con las actas de intervención de la droga a los compradores, el recurrente se queja de que no fueron aportadas junto con la solicitud. La jurisprudencia ha entendido que no es preciso en ese momento inicial una prueba acerca de la realidad de lo afirmado por la Policía en su solicitud, aunque ello no impida, de todos modos, que el interesado lo solicite posteriormente.

3. En cuanto a la nulidad del registro, el recurrente la basa en la ausencia de asistencia letrada a los detenidos en ese momento. La ley vigente establecía que la asistencia letrada al detenido era precisa solo en sus declaraciones policiales y judiciales y en cualquier diligencia de reconocimiento de identidad de que fuera objeto. Y posteriormente, en las diligencias de prueba preconstituída. Pero no para las demás actuaciones que se pudieran realizar. Por lo tanto, la ausencia de asistencia letrada en la práctica de la entrada y registro no provoca la nulidad de la diligencia.

En cuanto al derecho a conocer las razones de la diligencia, la ley prevé la notificación del Auto que acuerda la entrada y registro al interesado (artículo 566 LECrim). Asimismo, prevé, (artículo 520 LECrim), la comunicación al detenido de las razones de la detención. Y con carácter general en el artículo 118 LECrim, la puesta en conocimiento de la imputación con el objeto de que pueda ejercer su defensa en el procedimien-

to. De las diligencias resulta que los tres detenidos fueron informados de las razones de la detención y conocían, por lo tanto, las razones de las actuaciones policiales y judiciales.

Respecto de la vulneración del derecho de la recurrente Rosalia a ser asistida de un intérprete, sin perjuicio de que sea examinado al resolver su recurso, se trata de un derecho ajeno cuya defensa no compete al recurrente, que no acredita en qué medida su vulneración ha podido causar algún efecto que le resulte perjudicial.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- El tercer motivo se formula con apoyo en el artículo 849.2º de la LECrim. Designa como documentos los folios 432 a 434 sobre datos de información patrimonial, que permiten concluir que no había movimientos económicos relevantes; folios 434 y 435, que se refieren a vehículos usados y de escaso o nulo valor; informe pericial sobre armas, del que se desprende que se trata de unas escopeta antigua y sin munición y dos revólveres antiguos de los cuales solo uno tenía munición; prueba de voces. Informe de adicción a la cocaína. Acreditación de la percepción de 199.931,33 euros del Consorcio de Compensación de Seguros. De todo ello se deduce, según dice, que no había razones ex ante para la intervención telefónica; que los vehículos eran viejos y sin valor, salvo un BMW; que la escopeta era antigua y sin munición y los revólveres eran antiguos y solo uno tenía munición; que la prueba de voces y muestras deben ser practicadas de forma que no den lugar a dilaciones indebidas; que ha sido cocainómano durante años, aunque en la actualidad esté rehabilitado; y que ha percibido de un ente público la cantidad antes mencionada.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmen- sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no

puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

De ello resulta que al efectuar la designación en el motivo, el recurrente debe especificar con claridad el hecho cuestionado y el particular del documento que entiende que produce ese efecto demostrativo del error del Tribunal al declarar o al omitir declararlo probado.

2. Desde la perspectiva expuesta ninguno de los documentos es por sí mismo demostrativo de la existencia de un error del Tribunal. Ni los movimientos económicos ni la percepción de una importante cantidad de dinero, en parte al menos ya invertida, impiden que el recurrente se dedicara a la venta de drogas en el local. La antigüedad de las armas o la carencia de munición de algunas de ellas no desvirtúan su estado correcto de funcionamiento. La certificación sobre la condición de cocainómano no es ignorada por el Tribunal, sino valorada expresamente, aunque la refiere a la fecha que consta en la misma, dos años posterior a los hechos. Y la forma en que deben practicarse algunas pruebas, que deduce de otros documentos, en nada se refieren a errores de hecho por parte del juzgador al valorar la prueba.

Por todo ello, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el quinto motivo, con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 369.1.4, negando que pueda entenderse que la conducta, en su caso, se ha cometido en establecimiento abierto al público. Se refiere al contenido del fundamento decimosexto de la sentencia en el que parece negarse la aplicación de la agravación. Afirma que el club no era un punto de venta y que además no existen pruebas si se excluyen por nulas las cintas.

1. Hemos señalado de forma reiterada que este motivo de casación

permite verificar que el Tribunal ha aplicado e interpretado los preceptos pertinentes a los hechos que se declaran probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

Como se decía en la STS núm. 889/2008, de 17 de diciembre, El fundamento de esta agravación se encuentra (...) en el incremento del peligro para el bien jurídico, en cuanto que pone al alcance del consumidor una mayor facilidad de acceso a la droga y permite al vendedor aprovecharse de las condiciones del establecimiento, en cuanto responsable o empleado del mismo, y de la presencia indiscriminada de clientes en aquél para proceder a la ejecución de los actos de tráfico. No es ajena a esta consideración la exclusión de actos puramente esporádicos y aislados en los que no se aprecian las razones agravatorias que se acaban de expresar, al no revelarse en ellos un mayor peligro para el bien jurídico.

2. En el caso, en los hechos probados se declara que los recurrentes venían dedicándose a la venta de las drogas, de la clase de las que luego les son ocupadas, en horas de apertura en el establecimiento abierto al público como bar especial y pensión, alojamiento rural Camarena, del que el recurrente era titular. Tal afirmación fáctica tiene apoyo en las declaraciones de los agentes policiales que presenciaron la presencia de numerosas personas, llegando a interceptar a algunas portando pequeñas cantidades de droga, y en las declaraciones de los testigos que reconocieron haber adquirido en el local a cualquiera de los tres acusados.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el motivo sexto, por la misma vía de impugnación, sostiene que debió rebajarse la pena conforme al artículo 565 del Código Penal, pues el que la escopeta fuera antigua y el que solo uno de los revólveres, ambos viejos, pudiera utilizar la munición encontrada, demuestra la falta de intención de usarlos con fines ilícitos.

1. El artículo 565 del Código Penal contempla la posibilidad de que los Tribunales rebajen en un grado las penas establecidas en los artículos anteriores siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar el arma con fines ilícitos. La jurisprudencia ha señalado en alguna ocasión, (STS núm. 201/2006, de 1 de marzo), que la circunstancia de posesión del arma por persona, al menos, vinculada con otras dedicadas al tráfico ilícito de drogas, no parece la más idónea para apreciar, en modo alguno, un menor riesgo derivado de la posesión de instrumento tan peligroso.

2. En el caso, el recurrente tenía en su poder tres armas, en perfecto esta-

do de uso según la prueba pericial, una de ellas provista de la necesaria munición, según reconoce, y no es posible desvincular su posesión en el lugar de la actividad ilícita a la que se venía dedicando, por lo que no se aprecia la evidente falta de intención de uso ilícito, que es alegada como razón para la degradación de la pena.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEXTO.- En el séptimo motivo, con igual vía de impugnación, sostiene que debió aplicarse la atenuante de drogadicción como muy calificada, o subsidiariamente como atenuante. Sostiene que la certificación de 17 de mayo de 2004 indica que en 2002 era un cocainómano indiscutible.

1. Esta Sala ha admitido que la adicción, cuando es prolongada en el tiempo e intensa, o reciente pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, puede provocar una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule. La Sentencia de esta Sala 26 de marzo de 1997 aprecia la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a tales formas de dependencia (hepatitis, SIDA), que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud.

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

En los casos en los que concurra una grave adicción a esas sustancias y además se acredite que ésta sea la causa del delito enjuiciado, de tal manera que el impulso del autor hacia la conducta delictiva venga condicionado por una adicción cuya gravedad se haya acreditado, deberá apreciarse la atenuante prevista en el artículo 21.2ª del Código Penal.

Y finalmente, en los casos en los que la adicción a las drogas sea apreciable es posible determinar, a través de las correspondientes pruebas que ha de valorar el Tribunal, la existencia de una afectación leve de las facultades del sujeto, dando lugar a una atenuante analógica del artículo 21.6ª en relación con el 21.1ª y 20.1ª y 2ª, todos del Código Penal.

2. En el caso, no consta ningún dato que acredite de forma indiscutible la duración temporal y la intensidad de la adicción, que permita asociarle consecuencias en la capacidad de culpabilidad que no resulten de un informe pericial. El Tribunal valora la certificación aludida en el recurso, pero la refiere al año 2004 mientras que los hechos suceden en 2002, y tiene en cuenta además las propias manifestaciones del recurrente que en su declaración judicial tras ser detenido reconoció que su consumo en esa época no era alarmante. De otro lado, ni las características de los hechos ni ningún otro dato valorable indican que el recurrente se viera de alguna forma constreñido al tráfico a causa de su adicción.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

SÉPTIMO.- En el octavo motivo, con igual apoyo, sostiene que la atenuante analógica por dilaciones indebidas debió apreciarse como muy calificada. Los hechos tienen lugar en abril de 2002 y el juicio se celebró en marzo de 2008.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Es preciso en cada caso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de

28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación en relación con los demás datos de la causa. La Constitución reconoce el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Esta Sala ha descartado, en relación con lo dispuesto en el artículo 4.4º del Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de ambos, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación en relación con la gravedad de los hechos y con la complejidad de la tramitación.

La jurisprudencia ha vinculado la atenuación de la pena a causa de las dilaciones indebidas a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. (En este sentido la STS núm. 1432/2002, de 28 de octubre; la STS núm. 835/2003, de 10 de junio y la STS núm. 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio que para el acusado puede suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS núm. 1583/2005, de 20 de diciembre; STS núm. 258/2006, de 8 de marzo; STS núm. 802/2007, de 16 de octubre; STS núm. 875/2007, de 7 de noviembre, y STS núm. 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

2. En el caso, aun cuando es cierto que la duración total del proceso supera la normal para hechos de estas características, debe tenerse en cuenta el tiempo empleado en la práctica de pruebas de identificación de voces que revisten cierta complejidad. Incluso el tiempo invertido habría sido superior si el Tribunal hubiera accedido a la petición de revocación del auto de conclusión del sumario presentada por la defensa del recurrente para la práctica de un contraanálisis de la droga, prueba que podría haber solicitado en cualquier momento anterior de la tramitación. De todos modos, no consta la existencia de periodos de paralización injustificados o de práctica de diligencias cuya inutilidad resultara ya desde un principio, que hubieran dado lugar a un retraso indebido en la causa.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

OCTAVO.- En el motivo noveno, con igual apoyo, sostiene la indebida aplicación del artículo 372 en relación con el 369.2.º y 56 del Código Penal, pues entiende que al no haberse realizado los hechos en establecimiento abierto al público, la pena no es procedente.

El motivo debe ser desestimado por las razones contenidas en anteriores fundamentos jurídicos relativos a la pertinencia de apreciar la agravación derivada de la ejecución de los hechos en establecimiento abierto al público.

NOVENO.- En el motivo décimo, por la misma vía impugnativa, sostiene la indebida aplicación del artículo 129 en cuanto se acuerda el cierre del local, pues como reconoce la misma Audiencia no hay peligro de continuidad delictiva.

1. El Tribunal acuerda el cierre definitivo del establecimiento con apoyo en lo dispuesto en el artículo 374 del Código Penal. Debe tenerse en cuenta la redacción vigente al tiempo de los hechos. Este precepto nada dispone, ni en la redacción originaria ni en la vigente, acerca de la posibilidad de acordar el cierre del local donde se ejecutan los hechos. Tal cosa venía establecida en el artículo 370, al que probablemente pretende referirse, y aparece en la actualidad en la redacción vigente del artículo 369, en el apartado 2.2ª en relación con el artículo 129.

2. En el caso, la medida fue solicitada expresamente por el Ministerio Fiscal, por lo que pudo ser objeto del oportuno debate. Su pertinencia se desprende inicialmente de los hechos probados, en cuanto a la reiterada utilización del local como lugar de expendición de la droga, y resulta justificada en la conveniencia de evitar una continuidad en la actividad. El recurrente alega que el propio Tribunal, al proponer un indulto, reconoce que los

acusados han rehecho su vida en otras actividades lícitas.

En esas condiciones, careciendo de datos acerca de la situación actual del uso del referido local y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde los hechos hasta el momento actual, así como la ausencia en la sentencia de una motivación suficientemente explicativa de estos y de los demás aspectos de una medida de esa clase, se entiende que no está suficientemente justificada, por lo que el motivo se estima.

#### Recurso de Rosalia y Mateo

DECIMO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los artículos 368 y 369.4 y los artículos 21.6 y 14.3, todos del Código Penal. Niegan la existencia de pruebas de su participación en el delito por el que han sido condenados. Se basa en las declaraciones de Rosalia en las que afirma que las papelines eran de Imanol y que ignoraba que estaban allí, aunque él entraba en su habitación cuando quería, dadas sus relaciones sentimentales. Afirman que los testigos no los involucran en las ventas y nada se deduce de las conversaciones intervenidas. Entienden que es incorrecto que el Tribunal se base exclusivamente en las declaraciones sumariales. En todo caso, dicen, se trataría de un mero auxilio al autor principal, lo que excluye el concepto de autoría. En cuanto a las dilaciones indebidas señalan el transcurso de un periodo excesivo de seis años. Finalmente, en cuanto a Rosalia entienden que existe un error invencible respecto a la ilicitud del supuesto hecho constitutivo de infracción penal, lo que justifica en su procedencia del Este de Europa y en el escaso tiempo de residencia en nuestro país.

1. alguna de las cuestiones que se plantean en este motivo ya ha sido resuelta en anteriores fundamentos jurídicos, cuyas consideraciones son aplicables a lo ahora planteado por los dos recurrentes. Así ocurre respecto a la existencia de dilaciones indebidas.

2. Respecto a las demás, en cuanto a la existencia de prueba, las declaraciones de los testigos, concretamente Simón, implican la participación de los tres acusados en las ventas, cuya existencia es además afirmada por el testigo Octavio. Estas declaraciones, además, operan como prueba coincidente con las imputaciones que resultan de las declaraciones de los propios coimputados, que no son, de esa forma, prueba única. Además, las conversaciones intervenidas arrojan prueba sobre la participación de la recurrente Rosalia como se expresa en el Fundamento decimocuarto de la sentencia impugnada.

En cuanto a la utilización de las declaraciones sumariales, siempre que se hayan practicado de forma

inobjetable, la jurisprudencia ha admitido su incorporación al juicio oral para su valoración como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la LECrim, cuando se aprecien contradicciones entre las declaradas en la causa y las prestadas en el plenario

En lo que se refiere a la posibilidad de considerar que la conducta de los recurrentes no supera la condición propia del cómplice, el artículo 368 del Código Penal emplea un concepto muy amplio de autor y, concretamente en el caso, se declara probado que cualquiera de los recurrentes entregaba materialmente la droga, lo que supone actos claros de favorecimiento a través del tráfico, excediendo de la acción que caracteriza al cómplice, que ha de ser subordinada o de segundo grado, como favorecimiento al favorecedor.

Finalmente se sostiene la existencia de un error invencible en cuanto a la ilicitud de la conducta de tráfico de drogas, que basa el recurrente en que Rosalia procede del Este de Europa. Sin embargo, sin perjuicio de otras cuestiones, no aporta ningún dato ni ningún razonamiento convincente acerca de que en el lugar de procedencia de la recurrente tal conducta fuera totalmente lícita. De otro lado, su ilicitud en España debería ser fácilmente deducible de la clandestinidad con la que se operaba.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

UNDECIMO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y respecto de Rosalia, además, del derecho a ser asistida de un intérprete. Se da valor pleno a sus declaraciones sumariales. No existe corroboración de las declaraciones de coimputados. Ninguno de los testigos ha manifestado haberlos visto vendiendo droga; de las conversaciones no se obtiene ninguna prueba en ese sentido. En todo caso, por la transmisión de mensajes, se trataría de un auxilio al favorecedor. De otro lado, sostiene que la ausencia de un intérprete en las declaraciones de Rosalia, que cuando ocurren los hechos llevaba en España tan solo unos meses y desconocía el idioma, como hizo constar su letrado, le ha causado indefensión al desconocer el significado y alcance de cuantas diligencias se han llevado a cabo durante el procedimiento e incluso en el juicio oral.

1. La mayoría de las cuestiones planteadas en el motivo han sido resueltas en el anterior fundamento de derecho. Sus declaraciones sumariales han sido practicadas en instrucción de forma inobjetable; las declaraciones de los coimputados no precisan de corroboración al existir otras pruebas, en el caso las declaraciones testificales que reconocen la

existencia de ventas y que se entendían con cualquiera de los tres acusados, y las grabaciones de las conversaciones telefónicas; y la complicidad debe descartarse en cuanto que participaban directamente en la entrega de la droga a los compradores.

2. Resta considerar la alegación referida a la vulneración del derecho a ser asistido de un intérprete. Efectivamente, como se alega, el extranjero que no comprenda o hable el castellano tiene derecho a ser asistido de un intérprete. La finalidad no es, en realidad, que comprenda los aspectos técnicos del proceso, lo que corresponde a su defensa letrada. Lo que se pretende es que comprenda la imputación y pueda defenderse de la misma, lo cual incluye entender lo que se le pregunta y poder responder de forma inteligible, así como entender lo que los testigos de cargo declaran en su contra y poder comunicarse debidamente con su abogado. En definitiva, el derecho a ser asistido de un intérprete se justifica en la protección del derecho de defensa del extranjero que no comprende o no habla el español

En el caso, la cuestión ha sido resuelta ampliamente por el Tribunal de instancia en la sentencia impugnada, fundamento noveno, en el que se pone de relieve que ya el instructor del atestado hizo constar que tenían que hablarle despacio, manifestando la declarante que había comprendido las preguntas formuladas, las cuales, de otro lado, carecían de complejidad. En este sentido carece de relevancia que manifestara desconocer lo que era el tráfico de drogas, ya que fue preguntada acerca de su actividad concreta de venta de tales sustancias. Por otra parte, el Tribunal ha presenciado el interrogatorio realizado en el juicio oral, que se desarrolló sin incidencias y en el que incluso, en una segunda sesión, dispuso de un intérprete, leyéndose su declaración anterior, manifestando no recordar lo declarado en el Juzgado, y sin que rectificara nada de lo dicho con anterioridad basándose en falta de comprensión del lenguaje.

Por lo tanto, no se aprecia indefensión lo que determina la desestimación del motivo.

#### FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional interpuesto por la representación procesal de Imanol contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección Primera), con fecha 25 de marzo de 2.008, en causa seguida contra el mismo y otros tres más, por delito de tenencia de armas y contra la salud pública. Con declaración de oficio de las costas correspondientes a este recurso.

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional interpuesto por la representación procesal de Rosalia y Mateo contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección Primera), con fecha 25 de marzo de 2008, en causa seguida contra los mismos y otros dos más, por delito de tenencia de armas y contra la salud pública.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de julio de dos mil nueve

El Juzgado de Instrucción número 2 de los de Cabra, instruyó Sumario con el número 1/2.004 por delito de tenencia de armas y contra la salud pública, contra Imanol, con DNI número núm.001, nacido en Irún (Guipúzcoa), el día 14 de febrero de 1960, hijo de Francisco y de Andrea, con domicilio en Cortijo Camarena, Carretera cabra-D<sup>a</sup> Mencía km. 94'300 de Cabra (Córdoba); Rosalia, pasaporte núm. núm.002, nacida en Kelme (Lituania), el día 8 de noviembre de 1978, hija de Jonás y de Biruta, con domicilio en Cortijo camarena, Carretera Cabra-D<sup>a</sup> Mencía, km. 94'300 Cabra (Córdoba); Mateo, con D.N.I. núm. núm.003, nacido en Granada, el día 28 de diciembre de 1965, hijo de Francisco y Encarnación, con domicilio en PLAZA000 núm. núm.004, núm.005 Granada, en la actualidad en la localidad de Salobreña, CALLE000 núm. núm.006, núm.006 núm.007 y Carlos Manuel, con D.N.I. núm. núm.008, nacido en D<sup>a</sup> Mencía (Córdoba), el día 28 de noviembre de 1953, hijo de José y de María, con domicilio en AVENIDA000 núm. núm.009, núm.005 núm.010 Cabra (Córdoba); y una vez declarado concluso el Sumario, lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1<sup>a</sup>, rollo 27/2.004) que, con fecha veinticinco de marzo de dos mil ocho, dictó Sentencia condenando a Imanol, como autor penalmente responsable de un delito de tenencia de armas sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de un año y tres meses de prisión, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo du-

rante igual tiempo, y al pago de la mitad de las costas. Condenando igualmente y como autores de un delito contra la salud pública, ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a Imanol, Rosalia y Mateo, a la pena, para cada uno de ellos, de: nueve años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para la profesión de responsable, caso de Imanol, o empleado, caso de Rosalia y Mateo, de establecimiento de hostelería, durante igual tiempo, multa de doce mil euros, para Imanol, y de 7.000 euros, para Rosalia y Mateo, más una octava parte de las costas para cada uno de ellos. Aprobándose el auto de insolvencia dictado por el Juez Instructor en la pieza de responsabilidad civil de la acusada Rosalia y de Mateo. Acordándose devolver al Juzgado instructor la pieza de responsabilidad civil de Imanol al objeto de que se concluya la misma con arreglo a Derecho. Acordándose cursar en su momento petición de indulto parcial para Imanol, Rosalia y Mateo, en los términos arriba indicados, acompañándose la documentación correspondiente. En relación a Octavio, Simón y Carlos María, acordando deducir testimonio de sus declaraciones ante el Juzgado y en el juicio oral al objeto de proceder contra ellos por presunto delito de falso testimonio. Absolviendo a Carlos Manuel de la acusación contra él dirigida inicialmente en la presente causa, declarando de oficio una octava parte de las costas. Acordando abonarse el tiempo de prisión preventiva sufrida por los acusados. Igualmente acordando el cierre definitivo del denominado club Macarena la destrucción de las sustancias intervenidas y el comiso de la balanza intervenida; Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Su-

premo por los acusados, y que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación no procede acordar el cierre definitivo del establecimiento

#### FALLO

Se mantienen todos los pronunciamientos de la sentencia de instancia salvo el relativo al cierre definitivo del establecimiento, que se deja sin efecto.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

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



2009/229087

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 6, Sentencia 29 septiembre 2009. Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

## Denegación de los daños solicitados por la mercantil derivados de la alteración del planeamiento

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la STSJ de la Comunidad Valenciana que desestimó el recurso contencioso administrativo formulado contra la desestimación de la solicitud de responsabilidad patrimonial, que se presentó ante el Ayuntamiento de Orihuela por los daños derivados de la anulación jurisdiccional del proyecto de delimitación de suelo urbano. La Sala rechaza*

*la existencia de indefensión por denegación de prueba y confirma la resolución impugnada, señalando que la obtención de las licencias urbanísticas por silencio positivo, no conlleva el hecho de que la entidad reclamante haya cumplido con las cargas urbanísticas para poder patrimonializar su derecho, en el periodo de tiempo señalado en la instancia, ya que la actora inició las obras sin licencia, antes de la aprobación del proyecto de delimitación, y por lo tanto, no se puede trasladar las consecuencias de tal forma de actuar al Ayuntamiento, por el hecho de que posteriormente se aprobara con tales defectos formales y sustantivos, que merecieran la anulación por los Tribunales, pues la parte no actuó al amparo de tal acto administrativo sino antes de que se produjera, con los riesgos que ello comporta.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de instancia, tras reflejar el planteamiento del litigio por ambas partes, señala que el fundamento básico de la solicitud de responsabilidad patrimonial es la actuación anómala e ilegal en el cumplimiento de los trámites y plazos en la aprobación del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano de 20 de julio de 1988 y ulteriores actuaciones, considerando la Sala el deficiente planteamiento de la reclamación en cuanto la parte no ofrece al Tribunal cual es el vínculo existente entre el funcionamiento normal/anormal y el concreto importe patrimonial que reclama en concepto de daños y perjuicios, ratificando el criterio de la Ley 30/92 según el cual la simple anulación de una actuación administrativa no determina el derecho a obtener una declaración judicial de indemnización de perjuicios, siendo ineludible una prueba de la vinculación causal existente entre la actividad/inactividad administrativa declarada ilegal y daños.

Refiere la Sala de instancia la anulación de Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano de 20 de julio de 1988 por sentencia de la propia Sala de 17 de julio de 1992, dictada en el recurso 112/1989, anulación por motivos formales (plazo de información pública) y sustantivos (inclusión de terrenos clasificados como rústicos en el PGOU y seis de los siete polígonos a los que se extendía la calificación de urbanos carecían de servicios urbanísticos básicos) y razona que:

“A este actuar contrario a Derecho seguido por el Ayuntamiento de Orihuela cabe anular -al menos, hipotéticamente- la existencia de un funcionamiento anormal de un servicio público determinante de la producción de daños para los intereses de la persona física o jurídica afecta-

da por el acuerdo público que la jurisdicción contencioso-administrativo ha declarado contrario a Derecho, y sin que exista duda legítima en el proceso 719/1999 de que esta anulación ha podido afectar a Mil Palmeras SA., por beneficiarse esta entidad de la concesión a un cierto espacio territorial de su propiedad de la clasificación como suelo urbano cuando, con posterioridad, este espacio perdió tal naturaleza jurídica lo que pudo (al menos, en los términos hipotéticos mencionados) haberle causado unos ciertos daños patrimoniales. Sin embargo -insistimos- esa posibilidad debe ligarse con la prueba precisa de los perjuicios singulares que el actuar administrativo ha causado al demandante”.

A tal efecto rechaza la exclusión de responsabilidad por la falta de publicación del Proyecto de Delimitación y porque la nulidad tenga su origen en el hecho de que los terrenos no podían disponer de la calificación de urbanos. Entiende que no pueden derivar responsabilidades para el Ayuntamiento demandado por el hecho de que la revisión del PGOU de Orihuela, aprobada el 25 de julio de 1990, no concediese la calificación de urbano a los terrenos de Mil Palmeras, S.A., cuando la razón determinante de tal variación fue la imposición seguida por la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes. Señala igualmente la Sala que en el proceso no se pueden alcanzar declaraciones sobre si el suelo tiene o no el carácter de urbano, pues el objeto es determinar la existencia de responsabilidad patrimonial, no obstante indica que tal cuestión fue resuelta, en sentido desestimatorio, por la Sala en sentencia de 13 de junio de 2000. Precisa el Tribunal a quo que los perjuicios pueden alcanzarse al periodo de tiempo que media entre julio de 1988 y enero de 1989 (suspensión), señalando al efecto la falta de diligencia de la actora y rechazando sus alegaciones sobre la falta de conocimiento del acuerdo de suspensión del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano adoptado en el recurso 112/1989, ya que dicha entidad fue parte en el mismo.

Desde este planteamiento y a la hora de examinar los daños acreditados, razona la Sala de instancia:

“a.- Los únicos daños que podemos asumir son, dado lo explicitado hasta ahora, aquellos que aparezcan enmarcados entre los meses de julio 1988 y enero 1989.

b.- Estos daños deben ser probados por parte de la solicitante de la heterotutela judicial.

c.- No basta con remitirse a informes periciales situados extramuros del escrito de formalización de la solicitud de invalidez jurídica y reconocimiento de una pretensión económica individualizada.

d.- Para que los daños afecten a las obras de urbanización y edificación ejecutadas por Mil Palmeras SA. es preciso que conste, en primer término, cuáles de éstas se ejecutaron en tal marco temporal y -en segundo lugar- que en el momento de ejecución material de las mismas esta entidad cumplimentaba la totalidad de los requisitos normativos exigidos para poder ejecutar tales obras conforme a Derecho. Nada de ello aparece en la litis en la que, y de una forma muy innominada, sin referencias temporales explícitas y sin detalle del cumplimiento de los presupuestos formales exigidos para poder materializar el aprovechamiento urbanístico derivado de la calificación urbanística concedida a terrenos propiedad de la actora por parte del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano más allá de estas afirmaciones:

“... Se solicitaron las licencias y se pagaron las tasas de las mismas... ante la demora en la concesión de las licencias -que fueron informadas favorablemente por el Arquitecto Municipal el 12-08-88-... se siguieron los trámites del silencio positivo, y con fecha 22-02-1989 se notificó a la Comisión Territorial de Urbanismo la obtención de las mismas”.

En todo caso, no acredita que durante el periodo temporal señalado hubiese patrimonializado un cierto aprovechamiento urbanístico ante la obtención por silencio administrativo de sus solicitudes de licencia de obras.

e.- Las licencias se obtuvieron por la vía del silencio administrativo positivo tal y como han declarado varias sentencias dictadas por la Sección 1ª de esta Sala de lo Contencioso-administrativo (a título ejemplificativo, sentencia 211/2001, de 2 de febrero).

f.- Esta circunstancia no determina el cumplimiento del presupuesto del daño efectivo derivado de un deficiente funcionamiento del servicio municipal de ordenación del territorio a la vista de la necesidad previa de acreditar que el cumplimiento de las cargas y la obtención del aprovechamiento urbanístico coincide con el periodo temporal en que estuvo vigente el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano que, luego, fue suspendido por esta Sala de lo Contencioso-administrativo.

Además, en el folio 12 del expediente administrativo se afirma que “... Mi representada se reserva asimismo los derechos que le correspondan en relación con ulteriores reclamaciones indemnizatorias, no sólo ya por lo que respecta a los bloques derribados y las licencias obtenidas por silencio administrativo, sino de los Recursos pendientes de sentencias ante los Tribunales de Valencia y Madrid”.

g.- Por lo que hace a las escrituras de cesión de terrenos al Ayuntamien-

to de 12 julio 1988 y la suscripción de un aval bancario a favor del municipio de Orihuela, nada impediría acceder (aquí sí) a tal petición de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, resulta difícil relacionar ese importe con el apartado expositivo a donde se contrae la justificación de pago de la cantidad reclamada:

“... El importe total lo fija el informe el la cantidad de 21.671984.497 millones de pesetas, y acreditada y justificada está en el informe pericial de fecha 16.11.1998, que se aportaba como documento núm. 30 del escrito de Responsabilidad Patrimonial y anexo L) de esta demanda” (pg. 15ª, escrito de demanda). Comprobando el tenor al que se contrae este “informe sobre valoración de los perjuicios económicos ocasionados por la anulación del proyecto de delimitación de suelo urbano en los que se incluyó los terrenos propiedad de Mil Palmeras SA. en el TM. de Orihuela” que redacta el 16 de noviembre de 1998 el Arquitecto D. Juan Carlos”, no existe apartado alguno del que quepa derivar, con precisión, a qué cuantía patrimonial se elevan los daños causados a la entidad Mil Palmeras SA. por la entrega de la fianza mencionada y por la cesión de terrenos al recogerse otros conceptos dentro del apartado:

“Daño emergente: valoración de los gastos realizados al amparo del PDSU. 88” que son los de “Honorarios planeamiento y proyecto urbanización. Honorarios proyectos de edificación de las obras declaradas fuera de ordenación. Tasas por licencia de obras. Total honorarios y tasas”.

h.- en cuanto a los daños morales, éstos quedan fuera del ámbito de actuación propio del Ayuntamiento de Orihuela de conformidad con las propias manifestaciones que articula la parte actora en la pg. 5ª escrito de demanda: “... llegando al estado en que se encuentran en la actualidad las obras, en el que fueron interrumpidas como consecuencia de la intervención de la COPUT.... dictó dos resoluciones sobre el mismo objeto, con total publicidad y descrédito de mi representada, como lo justifican los artículos de prensa que en dichas fechas y posteriores fueron publicados, e incluso en radio y televisión... con el daño de descrédito moral y económico causados a mi mandante, que justifican igualmente la presente demanda”.

SEGUNDO.- No conforme con los pronunciamientos de dicha sentencia, la citada entidad mercantil interpone este recurso de casación, en cuyo primer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, alega incongruencia de la sentencia en cuanto se limita a examinar únicamente la responsabilidad por el funcionamiento normal/anormal de la Administración, aun cuando en el fallo mencionada única y exclusivamente la respon-

sabilidad que deriva de la alteración del planeamiento, añadiendo que también resulta incongruente en cuanto se olvida, entre los gastos admitidos, las tasas por licencias con los previos honorarios de proyectos.

En segundo lugar y como infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, se refiere a la denegación de medios de prueba sobre hechos discutidos y esenciales para el objeto del proceso y a la inversión de la carga de la prueba y valoración de la misma. En el primer aspecto, con invocación del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa, art. 60 de la LJCA en relación con el art. 24.2 de la Constitución, alega que por providencia de 14-12-01 la Sala de instancia inadmitió gran parte de la documental propuesta, que fue recurrida en súplica con fecha 24-12-2001, anunciando indefensión a los efectos del art. 24 CE y 88.2 LJCA, como también recurrió la diligencia de ordenación que ponía fin al periodo de prueba, sin que el recurso fuera admitido, como tampoco lo fue el recurso de súplica de 24-12-2001, que fue desestimado por auto de 19-2-02, fundándose en que no era preciso el auxilio judicial para cumplimentar la prueba documental no admitida. Señala la importancia de la prueba ya que la sentencia habla de documentos e informes practicados extramuros del procedimiento, siendo que la ausencia de documentación sólo al Ayuntamiento era imputable y que los documentos versaban o trataban de acreditar cuestiones discutidas y tan importantes como: apartado II letra A, que el Ayuntamiento de Orihuela estaba convencido de la condición de urbanos de los terrenos de Mil Palmeras, S.A., que se tradujo en el aprobación del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano y el informe favorable de las licencias y llevaron a la entidad a iniciar las obras posteriormente suspendidas; que dicho convencimiento y actuación negligente habían provocado unos daños a la recurrente (doc. 2,11,17 y 22); que se abonaron las tasas correspondientes y su importe (doc. 17 y 19); que el Ayuntamiento incluyó en el catastro los terrenos de Mil Palmeras con la condición de solares (doc. 11); y que fue la Comunidad Autónoma la que dio las instrucciones precisas para que por el Ayuntamiento se descalificaran los terrenos (doc. 23). Apartado II letra I, que el Ayuntamiento había aceptado de forma total y absoluta las cesiones realizadas. Apartado II letra G, que acreditada sin duda alguna la realidad de las obras de edificación y urbanización, fechas de ejecución y por tanto realidad del daño que se refleja en el anexo L de la demanda, informe de D. Juan Carlos.

Igualmente fue denegada por auto de 8-1-2002 pericial para que se informara sobre los mismos puntos que figuran en el informe del Sr. Juan Carlos acompañado con el es-

crito de reclamación de responsabilidad patrimonial, recurrido en súplica y desestimado por auto de 19-6-2002 al entender que con los datos que obran en el expediente y en el resto de los litigios planteados entre la entidad y el Ayuntamiento es suficiente para alcanzar una conclusión sobre los hechos determinantes respecto de los que se solicita la pericial.

La recurrente abunda en la finalidad de dicha prueba y señala que la denegación choca con las afirmaciones de la sentencia tales como: "...sin ofrecer al tribunal los datos fácticos que exhiban, con concreción y sin remisiones genéricas a informes periciales situados extramuros de su escrito de formalización de la solicitud invalidatoria y de reconocimiento de una muy elevada situación económica individualizada..."

"b.- Estos daños deben ser probados por parte de la solicitante de la heterotutela judicial".

"c.- No basta con remitirse a informes periciales situados extramuros del escrito de formalización..."; "...sin embargo, resultaría difícil relacionar ese importe con el apartado expositivo a donde se contrae la justificación el pago de la cantidad reclamada..."; "... no existe apartado alguno del que quepa derivar, con precisión, a qué cuantía patrimonial se elevan los daños...". Concluyendo que la prueba pericial podría haber aclarado al Tribunal todas las cuestiones que considera que no han sido acreditadas.

En cuanto al aspecto de la inversión de la carga de la prueba, entiendo que la sentencia vulnera el art. 217 de la LEC por distintos motivos: cuando señala que los perjuicios pueden alcanzar al periodo de tiempo que media entre julio de 1988 y enero de 1989, aprobación del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano y suspensión en el proceso 112/89, afirmando que la entidad fue parte en el proceso, no tiene en cuenta que en la propia sentencia de casación de 23 de diciembre de 1997 se indica que la entidad se personó en el proceso en fecha 10-7-1990, cuando ya se había producido la acumulación de varios procesos, quedando acreditado que en el momento en que se dictó el auto de suspensión de 31-1-89 todavía no estaba personada, y se le está exigiendo que pruebe un hecho negativo como es el no haber recibido notificación, que debe acreditar el Ayuntamiento. Señala que coincide el momento en que Mil Palmeras, S.A. se incorpora al procedimiento 112/89 y el que se dictan las resoluciones de suspensión de las obras por parte de la C.O.P.U.T., por las cuales se paralizan efectivamente las mismas, septiembre de 1990. Razona que si las obras comienzan al amparo del silencio positivo de las licencias solicitadas y se paralizan en septiembre de 1990, todas las obras se realizan en ese periodo temporal, hasta el que se debe ampliar la res-

ponsabilidad del Ayuntamiento de Orihuela. Reitera que la denegación de la prueba propuesta ha impedido acreditar extremos relativos al cumplimiento de los requisitos normativos para la ejecución de las obras de urbanización y edificación, cumplimiento de los presupuestos formales para materializar el aprovechamiento urbanístico, que el cumplimiento de las cargas y obtención del aprovechamiento urbanístico coincide con el periodo temporal en que estuvo vigente el Proyecto de delimitación de Suelo Urbano. Además con tales afirmaciones de la Sala de instancia se está vaciando de contenido las licencias que en aquellas fechas se habían obtenido por silencio positivo, como acto que supone que la Administración ha verificado el cumplimiento de la legalidad del proyecto presentado y de cualesquiera cargas que el planeamiento pudiera exigir. Termina alegando que no se ha valorado la abundante documentación aportada en su día y otros se han tenido en cuenta de forma parcial; que no cabe duda que se solicitaron unas licencias, que se iniciaron unas edificaciones y ello provocó la redacción de unos proyectos, con abono de los honorarios correspondientes y las tasas, así como inversiones que luego no se efectuaron con la ejecución de las correspondientes obras, actividad que solo puede tener su causa y origen en la aprobación del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano y en la apariencia de legalidad que la actuación del Ayuntamiento de Orihuela había provocado.

TERCERO.- Este primer motivo de casación contiene los tres submotivos que se acaban de indicar. En cuanto al primero, como señala la parte recurrida, falta cualquier cita del precepto o preceptos que la parte entienda infringidos, incumpliendo lo dispuesto en el art. 91.2 de la Ley de la Jurisdicción, que exige la cita de las normas o jurisprudencia que se consideren infringidas, además de que ello se efectúe de manera razonada, es decir, justificando y argumentando la infracción denunciada. Se desconoce con tal planteamiento la naturaleza del recurso de casación que, como señala la sentencia de 16 de octubre de 2000, es un recurso extraordinario, tanto desde la perspectiva de la limitación de las resoluciones contra las que cabe su interposición, como respecto del carácter tasado de los motivos que cabe alegar y el ámbito restringido de las potestades jurisdiccionales de revisión; en definitiva, se trata de un recurso eminentemente formal, como instrumento procesal encaminado a la corrección de las infracciones jurídicas, sustantivas y procesales, en que pueden incurrir las resoluciones de instancia; esta naturaleza extraordinaria conduce a entender que no es un recurso, como el de apelación, que permita un nuevo examen total del tema controvertido desde los puntos de vista fáctico y jurídico, sino un recurso que solo indirectamente, a través del control de la aplicación

del derecho que haya realizado el Tribunal a quo, resuelve el caso concreto controvertido. En otros términos y como indican las sentencias de 24 de noviembre de 2003 y 25 de mayo de 2005, el objeto del recurso de casación "no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, como si de una segunda instancia se tratara, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión o cuestiones planteadas en la instancia. Lo es, dada su naturaleza de recurso extraordinario, con fundamento en motivos legalmente tasados y con la finalidad básica de protección de la norma y creación de pautas interpretativas uniformes, el más limitado de enjuiciar, en la medida y sólo en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial a quo, bien sea in iudicando, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver aquellas cuestiones, bien sea in procedendo, esto es, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas". Por ello la indicación del motivo, la cita de los preceptos que se entienden infringidos y la argumentación de la infracción no pueden considerarse meras exigencias formales, pues constituyen un presupuesto necesario para determinar el marco de la revisión a través del recurso de casación en el que ha de desenvolverse el ejercicio de la función jurisdiccional por el Tribunal ad quem.

El deficiente planteamiento de la parte en este caso, que no cita precepto infringido, afecta a la viabilidad del motivo en este primer aspecto. Pero aun superando tal deficiencia tampoco podría prosperar en cuanto no se advierte en este caso la incongruencia que se denuncia en el mismo. Así y en primer lugar y en cuanto a la causa de los perjuicios cuya reparación se reclama, la Sala de instancia se refiere a la aprobación del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano y ulteriores actuaciones, deficiente funcionamiento del servicio público municipal, que en el mismo fundamento de derecho cuarto refiere "a la aprobación de un Proyecto de Delimitación de Suelo urbano luego anulado por esta Sala de lo Contencioso-administrativo y a la inactividad seguida por el Ayuntamiento de Orihuela frente a los acuerdos procedentes de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes que impusieron el cambio de clasificación de una serie de terrenos propiedad de Mil Palmeras SA.", examinando seguidamente las actuaciones relativas al Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano de 20 de julio de 1988 y su anulación, así como la responsabilidad en relación con la revisión del PGOU de Orihuela aprobada el 25 de julio de 1990, que no concede la clasificación de suelo urbano a los terrenos propiedad de la recurrente, entendiéndose que no se enmarca tal actuación en el servicio público municipal a efectos de atribuir la res-

ponsabilidad por tal actuación al Ayuntamiento demandado. En estas circunstancias no pueden compartirse las alegaciones de incongruencia, en este caso omisiva, que se denuncian en este motivo y que antes se han señalado, pues la Sala toma en consideración y valora la totalidad de las actuaciones administrativas a las que la parte anuda la reclamación de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de que en el fallo se refiera a la identificación que resulta del propio escrito de interposición del recurso. Lo mismo puede decirse en cuanto al olvido que se atribuye a la Sala de instancia de las tasas abonadas por licencias y los correspondientes honorarios por los proyectos de las obras a que se refieren las mismas, pues muy al contrario, el Tribunal a quo se refiere a tales honorarios y tasas cuando, en el fundamento de derecho sexto, razona la dificultad de relacionar el importe por suscripción de aval bancario y escrituras de cesión de terrenos al Ayuntamiento, sin que a pesar de ello se reconozca por la misma el derecho a indemnización por tales conceptos de honorarios de proyectos y tasas, no se trata de ninguna contradicción u omisión sino de una valoración que se refleja en el resto del fundamento de derecho en relación con la obtención de dichas licencias, el periodo al que se contraen los posibles perjuicios y la falta de justificación de que durante ese periodo se hubiera patrimonializado un cierto aprovechamiento urbanístico ante la obtención por silencio de licencias de obras.

En consecuencia, este primer submotivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el segundo submotivo se viene a plantear la infracción del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, a cuyo efecto conviene señalar las características del derecho invocado, que ha establecido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, como la 247/2004 de 20 de diciembre y 4/2005, de 17 de enero, en las que se señala, en síntesis: Que se trata de un derecho de configuración legal y para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos; que no tiene un carácter absoluto, por lo que no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas; que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa; y que

corresponde al recurrente justificar la indefensión sufrida.

Pues bien, en este caso las pruebas cuya denegación se alega por la parte recurrente, lo fueron en virtud de resolución judicial motivada, expresando las razones procesales de la decisión denegatoria que, sin embargo, no han sido cuestionadas de manera fundada en este recurso de casación. Así y en cuanto a la documental, la Sala de instancia en auto de 19 de febrero de 2002, resolviendo recurso de súplica contra la providencia de 14 de diciembre de 2001, además de señalar que no se demuestra por el recurrente el concreto peso probatorio que puede concederse a tales documentos, funda la denegación de la prueba en el hecho de que se trata de documentos anteriores a la presentación de la demanda, por lo que debieron acompañarse a la misma y no ahora junto al escrito de proposición de prueba bajo riesgo de dañar el derecho de defensa, contradicción e igualdad de armas que beneficia todas las partes y es en tal sentido que añade que se trata de medios que debieron ser ya aportados a la controversia sin necesidad de solicitar ahora un auxilio judicial que no precisa. Tal denegación fundada en la norma procesal que regula la admisión de documentos en el proceso, no ha sido combatida en este recurso por la parte, que se refiere ampliamente a la incidencia que los mismos podrían tener para acreditar determinados extremos relevantes para su resolución o la falta de aportación por el Ayuntamiento, sin que en ningún momento se discuta el hecho determinante de la denegación, que se trataba de documentos anteriores a la demanda, ni se justifique que no obstante ello, concurrían causas que imposibilitaron su aportación en dicho momento y que permiten su aportación en este momento posterior.

A ello ha de añadirse, como señala la parte recurrida en su escrito de oposición, que gran parte de los documentos inadmitidos ya obran en las actuaciones, incluido el informe del Arquitecto D. Juan Carlos, cuya importancia destaca la recurrente, y finalmente, que basta comparar las razones dadas por la parte para estimar la relevancia de dichos medios de prueba con las valoraciones de la Sala de instancia, para apreciar que no se desconoce su contenido y que ninguno de los documentos en particular resulta determinante del fallo.

En consecuencia ha de concluirse que la denegación de tal prueba, por no haberse desvirtuado las razones procesales que llevaron a tal denegación, además de constar en gran parte en las actuaciones y no justificarse el carácter determinante de alguno de los concretos documentos en cuestión, no supone infracción del derecho a la utilización de los medios de prueba que se denuncia en este motivo.

Lo mismo puede decirse de la pericial propuesta y no admitida por la

Sala de instancia, pues la forma en que se planteó por la recurrente lleva implícita la resolución denegatoria que se produjo, en cuanto se solicitaba pericial "para que por un Arquitecto Superior, se emita informe sobre los mismos puntos del informe de valoración emitido por el Arquitecto Superior D. Juan Carlos, el cual se acompañaba como anexo núm. 30 con el escrito de Responsabilidad Patrimonial, presentado ante el Ayuntamiento de Orihuela, y que así mismo se acompañaba con el escrito de demanda", lo que llevó al Tribunal a quo a considerar que los datos que obran en el expediente y en el resto de los litigios entre las partes, son suficientes para alcanzar una conclusión acerca de los hechos sobre los que se solicita la pericial, además de que consiste en la emisión de informe sobre los mismos extremos de un informe ya aportado, justificando con ello su denegación, que no queda desvirtuada por las alegaciones de la parte en este recurso, que alude a un contenido de la pericia distinto del propuesto y valorado por la Sala en el momento de decidir sobre la admisión de la prueba, resultando claro, por lo demás, que en los términos que se propuso nada podía añadir a los datos de los que ya disponía la Sala en las actuaciones y ninguna, en consecuencia, en ningún caso resultaba determinante de un pronunciamiento distinto, en contra de lo que se sostiene por la parte en este recurso.

Por todo ello también este segundo submotivo debe ser desestimado.

Finalmente en el tercer submotivo se alega la infracción de las reglas sobre la carga de la prueba y se cuestiona la valoración de la misma en la instancia en unos términos que no pueden compartirse, pues, en primer lugar y como infracción de tales normas que disciplinan la prueba, lleva a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia (S. 18-10-2003), que debe hacerse valer por el cauce del art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y no por la letra c) de dicho precepto, como ha hecho la parte recurrente, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estas deficiencias constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización en casación (Ss. 17-9-2001, 18-11-2003, 8-2-2005, 6-7-2005).

Por otra parte y como señala la sentencia de 27 de enero de 2003, "la infracción de las normas sobre la carga de la prueba sólo puede invocarse en casación cuando la sentencia impugnada imputa erróneamente las consecuencias de la falta de la prueba a una parte a la que no corresponde. Dicha invocación no permite discutir la conclusión del Tribunal acerca del hecho mismo de la falta de prueba de un hecho, como ocurre en el caso examinado", es de-

cir, no permite cuestionar el resultado de la valoración de las pruebas a que llega el órgano judicial, que es lo que aquí se pretende.

Por último y en cuanto a las apreciaciones sobre la prueba que se realizan en este motivo, ha de tenerse en cuenta que la prueba, como ha señalado este Tribunal, sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación, supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falta de razonabilidad. Ninguna de las cuales, descartada antes la alegación del art. 217 de la LEC, se invoca en este apartado del motivo, que por lo tanto tampoco puede prosperar.

Por todo ello este primer motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- En el segundo motivo de casación, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción de los arts. 242 de la Ley del Suelo de 1992, en relación con los arts. 178 y 180 de la Ley del Suelo de 1976 y el art. 3.1 del Decreto de Disciplina Urbanística, al haberse obtenido las licencias por silencio positivo (lo que admite la Sala de instancia y fue declarado por sentencia de 2-2-2001, recurso 217/91 de la misma) y dada la función de control de la legalidad urbanística que cumplen las mismas, lo que es desconocido por el Tribunal de instancia al afirmar que ello no conlleva el hecho de que la entidad reclamante haya cumplido con las cargas urbanísticas para poder patrimonializar su derecho. Añade que se infringen los arts. 42 de la Ley 6/98 y 142.2 de la Ley 30/92 al no reconocer la procedencia de indemnización por alteración del planeamiento, que se produjo cuando la recurrente ya había patrimonializado su derecho con actos de construcción y edificación admitidos por el Ayuntamiento de Orihuela, lo que el art. 142 de la Ley 30/92 reconoce como susceptible de indemnización, señalando que realizadas las actuaciones al amparo del ordenamiento vigente, que han resultado frustradas como consecuencia de la alteración del planeamiento, deben indemnizarse los gastos realizados, aludiendo en cuanto a la imputación de dicha responsabilidad a la titularidad compartida de ambas administraciones de la potestad del planeamiento, que puede conducir a la fórmula de la solidaridad ante la dificultad para el administrado de determinar a cual de ellas corresponde proceder a la indemnización.

La recurrente viene a considerar que la modificación del planeamiento en 1990, que no atribuye a los terrenos de su propiedad la clasificación de urbanos, a pesar de que

figuraban como tales en el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano aprobado por el Ayuntamiento de Orihuela el 20 de julio de 1988, se produjo cuando ya había patrimonializado su derecho en virtud de las licencias obtenidas por silencio positivo, lo que determina la indemnización de los perjuicios sufridos en la realización de las obras y actuaciones urbanísticas, que entiendo amparadas en la regulación urbanística aplicable al momento en que las llevó a efecto.

Tal planteamiento, que desde su reclamación inicial incluye la indemnización por las obras de urbanización y las de construcción de distintos edificios en los terrenos en cuestión, queda desvirtuado por lo resuelto en otros procesos, a los que alude la Sala de instancia, mediante sentencia firme, de los que resulta lo siguiente: La sentencia de 3 de mayo de 2004, dictada en el recurso de casación 7025/2000, que tiene por objeto diversas sanciones impuestas por la realización de tales obras, señala expresamente que "las obras se iniciaron a primeros del año 1988, y que no solo carecían de licencia sino que la empresa promotora era consciente de ello, pues ante el silencio municipal denunció la mora ante la Comisión Provincial de Urbanismo, según lo previsto en el artículo 9.1.7 a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL)", poniendo de manifiesto, por lo tanto que la obras no se iniciaron al amparo del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano aprobado el 20 de julio de 1988 sino con anterioridad, de manera que lo más que puede invocar la parte es que actuó confiado en el desarrollo de tal actuación urbanística por el Ayuntamiento, en previsión de que tal Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano se produjera, pero ello supone asumir los riesgos de que el mismo se llegara a producir y que resultara válido y eficaz, sin que se pueda trasladar las consecuencias de tal forma de actuar al Ayuntamiento por el hecho de que posteriormente se aprobara con tales defectos formales y sustantivos que merecieran la anulación por los Tribunales, pues la parte no actuó al amparo de tal acto administrativo sino antes de que se produjera con los riesgos que ello comporta.

Pero es que, además, dicha sentencia deja claro, igualmente, que las obras se llevaron a cabo sin licencia y con pleno conocimiento de ello por la entidad recurrente. La parte alude a la obtención de las licencias correspondientes por silencio positivo, con referencia a la declaración en tal sentido por sentencia de la Sala de instancia de 2-2-2001, rec. 217/91, pero omite que por sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2004, por lo tanto anterior a la fecha de interposición de este recurso, dictada en el recurso de casación 4020/2001, en relación con las licencias de nueve bloques de 579 viviendas, se estimó el recurso de casación interpuesto contra la citada sentencia de 2 de febrero de 2001, razonado al efecto, tras repro-

ducir la jurisprudencia que "ha declarado que no basta con el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL para entender obtenida por silencio una licencia de obras sino que, además, ha de indagarse acerca de su conformidad con las normas urbanísticas de aplicación", que "el argumento principal de Mil Palmeras, S.A. es que en la fecha en que la Administración debió resolver el suelo sobre el que había solicitado las licencias de construcción tenía la clasificación de suelo urbano, según un Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano aprobado por el Ayuntamiento de Orihuela el 20 de julio de 1988 y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante dos días después. Sin embargo, este instrumento urbanístico no puede ser utilizado como parámetro para contrastar la adecuación de la petición de licencia a la legalidad porque el mismo fue impugnado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia que, primero, suspendió su ejecutividad por auto de 31 de enero de 1989, y, luego lo anuló por una sentencia de 17 de julio de 1992, que ha sido confirmada por la de esta Sala de 17 de julio de 1997. La parte ha intentado acreditar que los terrenos en cuestión contaban con todos los servicios urbanísticos exigidos por el artículo 78 LS para ser clasificados como urbanos, invocando la reiterada doctrina de esta Sala que obliga, en tales casos a su clasificación como urbanos.

Pero, por un lado, se trata de una prueba referida a una situación posterior a la fecha en que se pidieron las licencias y, por otro, no tiene en cuenta que tal jurisprudencia requiere que la urbanización se haya llevado a cabo de acuerdo con el planeamiento o, si es en su contra, que hayan transcurrido los plazos en que la Administración hubiera podido reaccionar promoviendo la restauración de la legalidad urbanística. No consta que la urbanización ejecutada se hubiera llevado a cabo en esas condiciones. Ni cuando se solicitó la licencia de obras a que se refiere este recurso de casación el suelo merecía la clasificación de suelo urbano, ni surtió efecto la posterior inclusión del mismo en el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano aprobado el 20 de julio de 1988 por el Ayuntamiento de Orihuela, por lo que, según resulta del artículo 178.3 LS, el peticionario no pudo adquirir el derecho a edificar (en este caso a legalizar unas edificaciones levantadas antes de la solicitud de licencia) en los términos resultantes de su petición de licencia ".

No sólo se declara la no obtención de licencia por silencio sino que, en contra de la patrimonialización de su derecho invocada por la entidad recurrente, se dice expresamente que el peticionario no pudo adquirir el derecho a edificar, derecho que la recurrente entiende perjudicado y cuya reparación se pretende en este proceso.

La sentencia lo refleja y las solicitudes de licencia que figuran en el expediente llevan fechas de 11 de noviembre de 1987 y 15 de enero de 1987, señalando la propia recurrente en su reclamación inicial que acudió a la CTU el 22 de febrero de 1989, por lo que ni siquiera a falta de la resolución judicial que acabamos de citar y que declaraba inexistente la licencia por silencio positivo y la imposibilidad de legalización de las obras, puede la parte invocar dicha adquisición por silencio durante el periodo de tiempo en el que fue aplicable el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, aprobado por acuerdo de 20 de julio de 1988 y suspendida su efectividad por auto de la Sala de instancia de 31 de enero de 1989, menos aún si se tiene en cuenta lo resuelto en dicha sentencia y que la misma tiene por objeto la impugnación, por la entidad aquí recurrente, del acuerdo de 10 de agosto de 1989 de la Comisión Territorial de Urbanismo de Alicante, que consideró no adquiridas por silencio administrativo las licencias solicitadas, lo que muestra el conocimiento por la recurrente de la situación en la que se encontraba la posible obtención de licencia, reflejada en su propia actitud al impugnar, sin éxito, tal acuerdo.

Es igualmente significativo el pronunciamiento de dicha sentencia sobre la inviabilidad de legalización de las obras, ya que ni cuando se solicitó la licencia ni en otro momento el suelo en cuestión ha gozado de la clasificación como urbano de manera firme, ni el referido Proyecto de delimitación era idóneo al efecto según se refleja en la sentencia de la Sala de instancia de 17 de julio de 1992, rec. 112/89, confirmada en casación por la de 23 de diciembre de 1997, que se transcribe en lo fundamental en la instancia, ni por lo tanto la modificación del PGOU ha supuesto la desclasificación del mismo, pues en ningún momento ha tenido la condición de urbano según un instrumento urbanístico adecuado al efecto, e incluso la entidad recurrente impugnó el Acuerdo de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad Valenciana de 25 de julio de 1990, que aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de Orihuela en cuanto al suelo urbano y no urbanizable, siendo desestimado por sentencia del Tribunal Superior de 16 de julio de 1997 y declarado inadmisibles el recurso de casación formulado frente a ella, reproduciendo sus pretensiones de clasificación del suelo como urbano frente al Acuerdo de la misma Consejería de 17 de julio de 1994 que, tras la anulación por falta de audiencia, vino a sustituir a aquel de 1990, pretensiones de nuevo desestimadas por sentencia de instancia de 13 de junio de 2000, confirmada en casación por la de 7 de mayo de 2003.

En la inviabilidad de la legalización de las obras abunda la sentencia de 3 de mayo de 2004, antes citada, cuando

señala que: "Sin embargo este requerimiento de legalización no es necesario cuando conste de modo evidente que las obras de que se trata no son susceptibles de legalización, como ocurre en el presente caso en el que se ejecutaron unas construcciones sobre terrenos considerados como rústicos en la fecha en que se iniciaron las obras y que actualmente están clasificadas como no urbanizables. Aunque es cierto que en un periodo intermedio, posterior a la iniciación de las obras y anterior a la posterior clasificación de los terrenos como no urbanizables en el Plan General de Ordenación Urbana de Orihuela, dichos terrenos fueron incluidos en un Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano elaborado por dicho municipio, dicho instrumento urbanístico fue impugnado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que lo anuló por sentencia de 17 de julio de 1992, contra la que se interpuso recurso de casación que fue desestimado por sentencia de esta Sala de 23 de diciembre de 1997."

Todo lo expuesto lleva a desestimar las alegaciones que se formulan en este motivo de casación, al no producirse las infracciones que se denuncian y atribuyen a la sentencia recurrida, manteniéndose los pronunciamientos de la Sala de instancia que valorando la situación entiende que no concurren los requisitos, esencialmente la relación de causalidad, para dar lugar a la responsabilidad patrimonial reclamada.

SEXTO.- La desestimación de los motivos invocados lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación, lo que determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 7.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

## FALLO

Que desestimando los motivos invocados, declaramos no haber lugar al recurso de casación 7824/04, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Mil Palmeras, S.A. contra la sentencia de 2 de abril de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso 719/99 que queda firme; con imposición legal de las costas a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, 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.

(...)



## RESEÑA

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

### TS CIVIL

2009/205329

TS Sala 1ª, Sentencia 27 julio 2009.  
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

#### Régimen de visitas a favor de abuelos maternos

Recorre en casación el demandado la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, que confirmaba la de primera instancia en cuanto que fijaba un régimen de visitas del hijo menor del recurrente con los actores, abuelos maternos, tras el fallecimiento de la madre, basando su recurso el demandado en que no se han tenido en cuenta las circunstancias para la fijación del régimen de visitas, lo que es rechazado por la Sala, considerando que tras el recurso subyace las malas relaciones entre el recurrente y los actores, lo que no puede justificar o afectar al régimen de visitas del menor con sus abuelos, señalando la Sala que no puede limitarse dicho régimen a breves contactos, pudiendo consistir en la pernocta en casa o pasar una temporada con aquéllos.

2009/50743

TS Sala 1ª, Sentencia 1 abril 2009.  
Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

#### Improcedente indemnización por daños ocasionados por el conductor del vehículo asegurado

Declara el TS que no ha lugar al recurso de casación instado por la actora contra sentencia dictada por la AP confirmatoria de la resolución de primera instancia que rechazó sus pretensiones en reclamación derivada de accidente de tráfico en el que fallecieron su marido y sus tres hijas, siendo declarada la recurrente penalmente responsable. Reclama la misma a su aseguradora en condición de heredera de su hija, sobreviviente a su padre y hermanas, y como perjudicada por el fallecimiento de todos ellos. Indica el TS que los daños sufridos por la propia persona del conductor del vehículo asegurado incluyendo los daños morales quedan fuera de cobertura, y que el derecho indemnizatorio no opera en

clave sucesoria, sino que atiende al resarcimiento de un daño real y efectivo, el cual no se produjo, no incorporándose al patrimonio de la hija sobreviviente ningún derecho por tal causa que fuera susceptible de ser adquirido a su fallecimiento por su madre.

### TS PENAL

2009/128087

TS Sala 2ª, Sentencia 28 mayo 2009.  
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

#### Absolución de malos tratos en el ámbito familiar ante la ausencia de dolo

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de malos tratos en el ámbito familiar, detención ilegal, y amenazas. Para el TS no cabe duda de que la ausencia de dolo, que proclama la sala "a quo" respecto de las "lesiones", es extensiva respecto a la descrita actividad que se pretende calificar como de "maltrato de obra". Para la Sala de instancia, el acusado sólo pretendía proteger a la denunciante de sí misma, dado el lamentable estado de embriaguez en que se encontraba. Y tampoco son aplicables los tipos subsidiarios en los que la condición de mujer como sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica, en cuanto que quedaron descartados por la sentencia de instancia.

2009/128110

TS Sala 2ª, Sentencia 10 junio 2009.  
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

#### Prueba suficiente en delito de falsificación de moneda

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito de falsificación de moneda. El TS verifica que el juzgador de instancia dispuso de la prueba que ha relacionado en la motivación, consistente en las declaraciones de los acusados, las de los funcionarios policiales que detuvieron a éstos, la intervención de las tarjetas blancas simulando las de crédito, con incorporación

de las bandas magnéticas y los números que permiten su utilización para los reintegros en los cajeros, y las periciales que expresan su utilización para la falsificación de las tarjetas dándoles una apariencia de tarjeta de crédito para que operaran como auténticas.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/171770

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 23 julio 2009.  
Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

#### Inadmisión del recurso por no acreditar el órgano societario poderdante ostenta la facultad del ejercicio de acciones judiciales

El TS desestima el recurso de casación que la entidad mercantil interpone contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que acordó el archivo de las actuaciones, al no haberse argumentado en relación a que la documentación presentada, acreditaría que la secretaria general otorgante del poder, ostenta en la mercantil de que se trata, la facultad de decidir el ejercicio de acciones judiciales y no sólo la de ejercerlas.

2009/171776

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 23 julio 2009.  
Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

#### Nulidad de todos los acuerdos adoptados en la asamblea general a la que se negó el acceso a varios Colegios

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Colegio Oficial de Enfermería de Pontevedra contra la STSJ de Madrid, y en su lugar estima el recurso contencioso administrativo, deducido contra la convocatoria y los acuerdos adoptados por el pleno del Consejo General de Colegios Profesionales de Diplomados en Enfermería de España en asamblea general ordinaria. La Sala considera que al anular el órgano "a quo", en base a los arts 8, 3 Ley de Colegios Profesionales y 62,1, e) Ley 30/1992, los acuerdos adoptados en la asamblea general, incurrió en defecto

de jurisdicción, pues al declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo por haber prohibido el Consejo General el acceso a la asamblea de los representantes de los Colegios demandantes, que no están al corriente de sus obligaciones corporativas, tal declaración de nulidad radical es integral, y consiguientemente se extiende o proyecta sobre todos los acuerdos que fueron tratados en el orden del día, sean o no fiscalizables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

### TS SOCIAL

2009/217633

TS Sala 4ª, Sentencia 14 julio 2009.  
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

#### Pensión de viudedad pese a extinción del régimen de Previsión Sanitaria Nacional

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por las viudas accionantes, y rechaza el interpuesto por la demandada Previsión Sanitaria Nacional, contra sentencia que rechazó la pretensión sobre pensión de viudedad.

Explica la Sala que siendo cierto que la Ley 55/1999, de 29 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, había declarado la extinción del régimen de asistencia médico-farmacéutica, sin embargo, había encargado a la administración que determinara por vía reglamentaria los derechos que correspondieran a los interesados, y el incumplimiento de este encargo, tratándose de un régimen sustitutorio de la seguridad social, no permite entender que lleve consigo la pérdida de los derechos de los asegurados, sino su mera modulación.

2009/217634

TS Sala 4ª, Sentencia 13 julio 2009.  
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

#### Improcedente despido por fraude en contratación temporal

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Xunta de Galicia contra sentencia que declaró la improcedencia del despido de la educadora accionante por fraude en la contratación temporal. Señala la Sala que no se acreditó por la demandada que en el momento inicial concurren las circunstancias que permitirían la contratación eventual, a través de un incremento de la actividad en el centro en el que prestaba servicios la demandante, por lo que no puede pretender que a posteriori, en el momento de la prórroga, por el mero hecho de la suscripción de la misma y sin más elementos probatorios, se llegue a la conclusión de que la causa de temporalidad utilizada, y que aparece por primera vez en la prórroga, existía realmente desde el principio.