



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 2741

Madrid, lunes 5 de octubre de 2009



2009/134892

TS Sala 4ª, Sentencia 20 mayo 2009. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Sobre transformación de contratos indefinidos en fijos

Imposibilidad de Comisión Paritaria de modificar lo dispuesto en convenio

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la condenada Comunidad Autónoma de Madrid contra sentencia que anuló el acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo para el Personal Laboral por el que se establecía que había de otorgarse la consideración de personal fijo al personal laboral incluido en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo 2004-2007 que ostente la condición de indefinido por sentencia firme anterior a la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico.

Según la Sala, esta Comisión carece de competencias normativas y entre sus funciones no figura ni puede figurar la modificación de lo pactado en la propia norma convencional, y esto es lo que ha pasado en el caso de autos, en que la alteración consiste en que en el acuerdo de la Comisión la condición de fijo se otorga en función de la fecha de la sentencia de reconocimiento y en el convenio en función la fecha de efectos de ese reconocimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda interpuesta por la Federación De Servicios Y Administraciones Publicas De CC.OO., ha anulado el acuerdo de 14 de marzo de 2007 de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, por el que se establece que ha de otorgarse la consideración de personal fijo al personal laboral incluido en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo 2004-2007 que ostente la condición de indefinido por sentencia firme anterior a la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico, es decir, anterior al 13-5-2007.

Esta decisión se funda en que la Comisión Paritaria carece de compe-

tencias normativas y que el acuerdo ha alterado lo establecido en la disposición transitoria 11ª del mencionado convenio colectivo, a tenor de la cual el personal que ostente la condición de indefinido por sentencia con efectos anteriores a 7 de octubre de 1996 tendrá la consideración de personal fijo.

La alteración consiste en que en el acuerdo de la Comisión la condición de fijo se otorga en función de la fecha de la sentencia de reconocimiento y sin considerar la fecha de efectos de ese reconocimiento.

Contra este pronunciamiento recurre la entidad demandada, denunciando, en un único motivo, la infracción del artículo 85.3.e) del Estatuto de los Trabajadores en rela-

ción con el artículo 4 y la disposición adicional 32ª del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid.

Lo que en definitiva viene a sostener el motivo es que la Comisión Paritaria tiene competencia para establecer el acuerdo anulado. Pero ninguno de los preceptos citados permite mantener esta tesis.

En efecto, el artículo 85.3.e) del Estatuto de los Trabajadores se limita a prever que dentro del contenido mínimo del convenio colectivo figura la “designación de una comisión paritaria para entender de cuantas cuestiones le estén atribuidas” y la “determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de esa comisión”, lo que obviamente no equivale a reconocer a la comisión facultades normativas, ni mucho menos facultades de modificación de lo establecido en el convenio, lo que daría a la comisión un poder normativo equiparable al del convenio.

Por su parte, la disposición adicional 32ª no resulta aplicable porque no contiene habilitación normativa alguna a favor de la Comisión Paritaria. Se limita a autorizar a las partes para sustituir las disposiciones que resultaran inaplicables por “imperativo legal posterior”, lo que obviamente no es el caso que aquí se examina.

Por último, el artículo 4.1 del Convenio concede a la Comisión Paritaria competencias para “la aplicación y desarrollo” del convenio colectivo, mencionando más adelante, en el apartado e), como materias propias de ese desarrollo las relativas al régimen de provisión, promoción profesional y sistemas de selección, y precisando el apartado f) que se faculta a dicho órgano para incorporar al texto del convenio colectivo los acuerdos que en desarrollo de las previsiones comprendidas en el mismo pudieran producirse”.

Tampoco estas disposiciones habilitan a la Comisión para aprobar un acuerdo como el aquí impugnado. La Comisión Paritaria es en nuestro ordenamiento un órgano de administración del convenio, entendiendo por tal la resolución de las cuestio-

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Ausencia de riesgo para el menor en proceso de divorcio 4

TS

CIVIL

Omisión de la relación de propietarios morosos no es causa de nulidad 5

Exclusión de responsabilidad de aseguradora en accidente agrícola 6

PENAL

Absolución del delito de tenencia de moneda falsa 8

ADMINISTRATIVO

Inadmisión de enclaves de carácter privado en la zona marítimo terrestre 9

SOCIAL

Imposibilidad de Comisión Paritaria de modificar lo dispuesto en convenio 1

Inexistencia de derecho a permiso retribuido para actividades militares de reservistas voluntarios 2

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

nes que puedan dar lugar a la interpretación y aplicación de las normas de aquél (artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores) y la gestión o ejecución de sus mandatos.

No es, por tanto, un órgano con competencias normativas, ni un órgano de negociación permanente y la Sala ha señalado con reiteración que:

1º) entre las atribuciones de la comisión paritaria no figura ni puede figurar la modificación de lo pactado en convenio colectivo (sentencias 15.12.1994, 4.6.1996, 31.10.2005);

2º) la determinación de las funciones respectivas de la comisión negociadora del convenio y de la comisión de aplicación del mismo en el marco de la negociación colectiva de eficacia general corresponde en exclusiva al legislador, y excede, por tanto, de las atribuciones de los sujetos con capacidad convencional representados en la propia comisión negociadora asignar valor normativo a los acuerdos de la comisión de aplicación (sentencia de 30.5.2007, con cita de numerosos pronunciamientos anteriores);

3º) que cualquier acto emanado de las comisiones paritarias que modifique el contenido del convenio habrá de ser declarado nulo (sentencia de 30.5.2007).

Es cierto que la doctrina constitucional y la de esta Sala, al distinguir entre “comisiones de mera administración” y “comisiones negociadoras”, ha venido admitiendo en la práctica la asunción de ciertas funciones reguladoras por parte de estas comisiones. Pero se trata de una competencia limitada por tres exigencias:

1ª) debe tratarse de una mera labor de ejecución y desarrollo de las previsiones ya contenidas en el convenio colectivo y no de una facultad alternativa o autónoma de regulación, ni mucho menos de una facultad de modificación del convenio;

2ª) es preciso que estas comisiones queden abiertas en los términos de legitimación negocial previstos en el Estatuto de los Trabajadores;

3ª) deben cumplirse las exigencias formales de publicidad de las normas. Ninguna de estas exigencias se cumple en el acuerdo indicado, ya que el mismo:

1º) no desarrolla, sino que se opone y modifica lo establecido en el convenio colectivo;

2º) no sólo no se acredita que se hayan cumplido las exigencias de legitimación negocial, sino que sólo consta que el acuerdo se ha aprobado por los votos favorables de UGT y CSIT-UP, cuando el convenio se firmó, en representación de los trabajadores por CC.OO., UGT y CSIT-UP;

3º) tampoco consta la publicación oficial del acuerdo.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, sin que, de acuerdo con el artículo 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral haya imposición de costas por gozar el recurrente de beneficio de justicia gratuita.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Comunidad De Madrid, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de septiembre de 2008, en autos núm. 30/08, seguidos a instancia de la Federación De Servicios Y Administraciones Publicas De CC.OO., contra dicha recurrente, Unión Sindical De Trabajadores, FSP-UGT, Coalición Sindical Independiente De Trabajadores -Unión Profesional (CSIT-UP)-, sobre conflicto colectivo. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación 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.- Jesus Gullon Rodríguez.- Jorge Agusti Julia.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.

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

2009/134903

TS Sala 4ª, Sentencia 26 mayo 2009.

Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Requiere previo acuerdo con la empresa

Inexistencia de derecho a permiso retribuido para actividades militares de reservistas voluntarios

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante contra sentencia que entendió que los permisos solicitados para la incorporación de los trabajadores de la empresa que ostenten la condición, legalmente reconocida, de aspirantes a reservistas voluntarios o reservistas voluntarios nombrados oficialmente como tales, no deben considerarse retribuidos.

Entiende la Sala que no es comparable con supuestos que se caracterizan por la ausencia de voluntariedad en la generación del deber, al imponerse por disposición legal y por el carácter público del mismo -sufragio activo, ser miembro de un Jurado, testigo de un juicio- ni tampoco con otros -representación sindical y cargo público- en los que se accede a la función respectiva de manera voluntaria, como sucede con los reservistas, pues son supuestos de estricta configuración legal y la pretensión de autos de atribuir la cualidad de permiso retribuido a la actividad de reservista voluntario, comportaría soslayar la clara dicción de la ley que condiciona tal posibilidad a un acuerdo previo con la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fecha 6/junio/2008 y en el procedimiento 24/08, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó el Conflicto Colectivo planteado en 11/02/08 por el Sindicato “Alternativa Sindical de Trabajadores” (AST), frente a la empresa “Telefónica de España, SAU”, “Comité Intercentros de Telefónica”, “Comisiones Obre-

ras”, “Unión General de Trabajadores”, “Confederación General del Trabajo”, “Comisiones Obreras de Base” y “Unión Telefónica Sindical-Sindicato de Transportes y Comunicaciones”, con pretensión de que se declarase que “los permisos solicitados para la incorporación de los trabajadores de la empresa que ostenten la condición, legalmente reconocida, de aspirantes a reservistas voluntarios o reservistas voluntarios nombrados oficialmente como tales, deben considerarse como retribuidos, en aplicación de la Normativa Laboral vigente en la empresa, de forma total cuando se trate de periodos de formación y de forma diferencial, y por lo tanto parcial, entre la retribución abonada por el Ministerio de Defensa y el salario íntegro del trabajador durante el periodo de incorporación”.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos articulados por el Sindicato recurrente -amparado en el art. 205.c) LPL - denuncia infracción del art. 218.1 LECiv (por error material se alude al art. 18.1) y acusa a la sentencia recurrida de no haber sido “exhaustiva y congruente” con las pretensiones de las partes, desde el punto y hora en que en el “minuto 27.52” de la grabación oficial de la vista (video 1) la defensa de la parte demandada afirmó que “... hasta faltaría aquí el Ministerio de Defensa para opinar sobre el alcance de todas estas normas...”, con lo que -al entender de la parte recurrente- se estaba formulando una falta de litisconsorcio pasivo que debiera haber sido resuelta por la sentencia.

En el segundo -con la misma cobertura del art. 205.c) LPL - se invoca vulneración del art. 97.2 LPL, por cuanto que habiéndose mantenido en demanda que el deber de los reservistas “era de carácter público y tan personal como podría serlo el de concurrir a unas lecciones como representante político o sindical...”, no se ha hecho constar en la sentencia que la demandada reconoció en el acto de la vista que sí se le conceden permiso retribuido a los representantes sindicales (minuto 17•08” a 17•27” del video 1) y a un concejal (minuto 19•34” a 20•48” del video 2).

En el tercero de los motivos -ya con amparo en el art. 205.d) LPL - se propone que el relato de los hechos declarados probados se complete con la adición de un nuevo ordinal, expresivo de que “La empresa,

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

en caso de trabajadores que han sido elegidos para cargo representativo sindical, derivado de elecciones sindicales a las que voluntariamente se hubieran presentado como candidatos, concede permiso retribuido para el ejercicio de sus funciones.

A su vez, la empresa en caso de trabajadores que han sido elegidos para cargo político, derivado de elecciones al efecto, a las que voluntariamente se hubieran presentado como candidatos, concede permiso retribuido para el ejercicio de sus funciones.

Por el contrario, la empresa en caso de trabajadores que han sido oficialmente nombrados por el Estado (con publicación en el Boletín Oficial de Defensa) para empleo militar de reservista voluntario, derivado de proceso selectivo al efecto, al que voluntariamente se hubieran presentado como candidatos por mor del deber y derecho que les asiste constitucionalmente de defender a España, concede permiso retribuido para el ejercicio de sus funciones”.

Y en el último de los motivos - apartado e) del art. 205 LPL - se acusa la interpretación errónea del art. 37 ET, en relación con el art. 131.g) de la Normativa Laboral de Telefónica, en relación con el art. 14 CE.

TERCERO.- 1.- La primera de las denuncias -incongruencia por omisión- no puede prosperar:

a) está claro que expresión grabada que el recurso aduce se hace fuera del contexto en que fue realizada y que la empresa demandada -contrariamente a lo que el recurso afirmo propuso la pretendida excepción, tal como ponen de manifiesto el hecho de que no conste referencia alguna a tal excepción en el acta del juicio oral (tal sólo se hacen constar la falta de acción y la inadecuación de procedimiento) y -lógicamente- tampoco se hubiese dado traslado de la misma al Sindicato actor, que contestó a las excepciones expresamente referidas y suscribió el texto de aquella sin formular protesta alguna, lo que -por otra parte- ha de entenderse como aquiescencia que enerva la solicitud anulatoria (STS 05/07/90; 27/10/04 -rec. 48/04-; y 03/10/06 -rec. 146/05);

b) hubiera sido ciertamente insólito que se pretendiese la obligada intervención -como parte- del Ministerio de Defensa en un Conflicto Colectivo presentado frente a Telefónica de España SAU, siendo así que la citada figura, de creación jurisprudencial y hoy dotada de configuración legal (arts. 12.2 y 116.1.3º LECiv), obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida (SSTS 16/07/04 -rcud 4165/03-; 19/04/05 -rec. 855/04-; y 02/03/07 -rcud 4602/05-; y 03/06/08 -rcod 98/06 -) y esta cualidad obviamente no corresponde al

Ministerio en el presente proceso, relativo a la interpretación un precepto de la Normativa Laboral de Telefónica;

c) desde el momento en que la indefensión material es la base de toda nulidad de actuaciones, resulta procesalmente inaceptable por abusivo y carente de sentido -salvo el dilatorio- sostener de una parte la correcta composición de la relación jurídico-procesal y a la par insistir en atribuir a la demandada un alegato de litisconsorcio pasivo que la misma niega, para así obtener el recurrente una nueva decisión judicial en la que afirme de manera expresa que el defecto es inexistente;

d) en todo caso, siempre habría de entenderse que en caso se había dado una desestimación tácita, respuesta judicial que en el concreto caso habría de considerarse jurídicamente aceptable, pues si “es preciso ponderar las circunstancias realmente concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del art. 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva” (SSTC 91/2003, de 19/mayo, FJ 2; 193/2005, de 18/julio, FJ 3; 41/2007, de 26/febrero, FJ 3), las circunstancias concurrentes en el presente caso (inexistencia de formal excepción y palmaria improcedencia de la misma) siempre abonarían que el silencio judicial al respecto se entendiese indicativo de tal respuesta tácita.

2.- Tampoco puede acogerse el segundo de los motivos, en el que se solicita también la nulidad de actuaciones, pero en este caso por insuficiencia (concesión de permisos retribuidos a los representantes sindicales y a un concejal), porque existiendo en la casación común u ordinaria un cauce específico para corregir supuestas insuficiencias de la narración fáctica como es la causa o motivo de revisión de los hechos probados del art. 205.d. LPL, es ésta lógicamente la vía que ha de ser utilizada para completar los hechos del caso, y no la más costosa de la anulación de las actuaciones (así, la STS 21/02/06 -rcod 88/04 -).

3.- Pero la precedente afirmación no lleva a la favorable acogida del tercero de los motivos, por el que se pretende la adición de nuevo hecho declarado probado (sobre los permisos retribuidos concedidos por Telefónica de España SAU a los representantes sindicales y a un Concejal), siendo así que:

a).- El hecho conforme no solamente está exento de prueba conforme a los arts. 87.1 LPL y 281.3 LECiv (SSTS 19/05/94 -rcod 4042/92-; y 05/03/96 -rcod 2700/95 -), sino que ni siquiera está necesitado de ser incluido en el relato fáctico, pese a lo cual la Sala puede tenerlo en cuenta, sin

acceder a la correspondiente revisión fáctica, que se hace innecesaria (SSTS 03/01/95 -rcud 950/94-; 14/03/95 -rcod 1577/94-; 17/02/02 -rcod 4859/00-; y 17/01/07 -rcod 16/05 -);

b).- Y otra tanto cabe decir del contenido de las normas oficialmente publicadas (BOE), que al ser dato conocido por el órgano judicial en virtud del principio *iura novit curia*, está liberado de su prueba e incluso no procede su inclusión en el relato fáctico de la sentencia de instancia (SSTS 29/10/02 -rcod 1244/01-; y 25/09/08 -rcod 109/07 -).

Y se hace esta afirmación, porque -como veremos- es la Ley y no la liberalidad de la empresa la que confiere cualidad de permiso retribuido al que corresponde a los representantes sindicales (art. 37.3.e) ET) y a los concejales (art. 75.6 Ley 7/1985, de 2/abril).

CUARTO.- 1.- El examen del motivo -cuarto- que se refiere a la cuestión de fondo obliga a reproducir los preceptos que están en juego y sobre los que versa la denuncia de infracción:

a).- El art. 37.3 ET preceptúa que “El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:... d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo... e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente”.

b).- El art. 75.6 Ley 7/1985, de 2/abril señala que “ A efectos de lo dispuesto en el artículo 37.3 d) del Estatuto de los Trabajadores..., se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una Corporación local, el necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la Corporación o de las Comisiones y atención a las Delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado”.

c).- El art. 131 de la Normativa Laboral de Telefónica, dispone que “los empleados de la Compañía Telefónica tendrán derecho a solicitar licencias con sueldo en cualquiera de los siguientes casos:... g) Cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendiéndose en este apartado las licencias legales o reglamentarias establecidas en favor de los trabajadores con cargo sindical representativo”.

d).- Aclarando el precepto anterior, el apartado 4.11.2 de la Instrucción RL-105 de la Dirección de Relaciones Laborales de Telefónica precisa que “Se entiende por deber inexcusable la obligación que in-

cumbe a una persona cuyo incumplimiento le genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa. No obstante también se comprende el ejercicio del sufragio activo”.

e).- Por su parte, el art. 122.2.a) de la Ley 39/2007 (19 /noviembre), define a los Reservistas voluntarios como “Los españoles que habiendo solicitado participar en la correspondiente convocatoria resulten seleccionados y superen los períodos de formación militar, básica y específica, que reglamentariamente se determinen para adquirir tal condición”; y el art. 134.1.a) de la propia disposición legal -relativo a los derechos de carácter laboral y de Seguridad Social de los reservistas voluntarios- norma que “ Los períodos de formación militar, básica y específica, y de formación continuada a que se refiere el artículo 127 tendrán la consideración de permisos retribuidos, previo acuerdo con la empresa “.

2.- A la vista de la redacción literal de tales preceptos no ofrecen duda alguna las siguientes conclusiones:

a) que la Normativa Laboral de Telefónica es fiel reproducción de la previsión estatutaria común y el único añadido -acertado, por lo demás- es la precisión que se hace en la Instrucción respecto de identificar el “deber inexcusable” como aquél cuyo incumplimiento lleva aparejada responsabilidad;

b) que la Ley 39/2007 condiciona el derecho al permiso retribuido por parte de los reservistas a que medie “previo acuerdo con la empresa”; y c) que los permisos retribuidos que se argumentan como elemento de comparación a los efectos de un juicio de igualdad, son concedidos por expresa disposición legal (art. 37.3.e) ET; y art. 75.6 Ley 7/1985, de 2/abril), como lo son -aparte del sufragio activo- muchos otros no mencionados, entre los que destacar la participación en una Mesa electoral (art. 27.1 LO 5/1985 y art. 14.2 RD 421/1991, de 5 /abril), la intervención como miembro de un Jurado (art. 6 LO 5/1995, de 22 /mayo), la comparecencia como testigo en un juicio (art. 643 y 656 LECiv; art. 410 LECrim) y la intervención en el proceso como Perito en proceso penal (arts. 456 y 462 LECrim).

3.- Hacemos estas últimas referencias normativas para destacar que fuera de los supuestos que se proponen como términos de relación comparativa (representación sindical; cargo público), todos los demás supuestos se caracterizan por la ausencia de voluntariedad en la generación del deber, al imponerse por disposición legal, y por el carácter público del mismo.

La circunstancia de que en aquellos dos casos la situación sea similar a la de los reservistas volunta-

rios, en tanto que se accede a la función respectiva de manera voluntaria, en manera alguna puede llevar a la conclusión judicial que la parte recurrente interesa, precisamente porque todos los supuestos relatados son de estricta configuración legal (nos remitimos a los respectivos preceptos que más arriba hemos citado) y la pretensión de autos -atribuir la cualidad de permiso retribuido a la actividad de reservista voluntario- comportaría soslayar la clara dicción de la Ley, que condiciona tal posibilidad a un acuerdo previo con la empresa.

Literalidad que no puede obviarse con una interpretación acomodada al principio de igualdad (art. 5.3 LOPJ), precisamente porque se trata de un derecho de configuración legal y en su regulación -requisitos y alcance- el legislador goza de amplia discrecionalidad, sin que la Sala encuentre argumentos de entidad para -conforme a los arts. 163 CE, 35 LOTC y 5.2 LOPJ - promover una cuestión de inconstitucionalidad, pues aunque hayamos de coincidir en el acierto de alguna de las consideraciones que al efecto hace el recurso, no tenemos la "duda razonable" que justifique el planteamiento de la cuestión; precisamente porque si el Poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia, la mera discrepancia no puede identificarse con arbitrariedad creadora de desigualdad (STC 99/1987, de 11/junio, FJ 4).

QUINTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la sentencia recurrida es ajustada a Derecho y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada; 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

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación del Sindicato "Alternativa Sindical De Trabajadores" (AST) y confirmamos la sentencia dictada por la Audiencia Nacional 06/junio/2008 (demanda núm. 24/08), y por la que se rechazó el Conflicto Colectivo promovido contra la empresa "Telefónica De España, SAU", "Comité Intercentros De Telefónica", "Comisiones Obreras", "Unión General De Trabajadores", "Confederación General Del Trabajo", "Comisiones Obreras De Base" Y "Unión Telefónica Sindical-Sindicato De Transportes Y Comunicaciones".

Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesus Gullon Rodríguez.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Luis Fernando De Castro Fernández.- José Luis Gilolmo López.- Rosa María Viroles Piñol.

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 Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/150424

TC Sala 2ª, Sentencia 29 junio 2009. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

En el que no fue oído personalmente

Ausencia de riesgo para el menor en proceso de divorcio

El TC desestima el recurso de amparo promovido por la recurrente y su hijo frente a sentencias que modificaron el régimen de visitas del padre en litigio sobre medidas en materia de familia. La Sala considera que los jueces de familia no tienen la obligación en nuestro país de escuchar en un juicio a los niños menores de edad para fijar algunas de las condiciones del divorcio de sus padres, no vulnerándose con ello los derechos fundamentales de los hijos recogidos en la Constitución. Dicho fallo viene a establecer jurisprudencia al considerar que no existe obligación de oír al menor, bastando con la exploración psicológica para que el juez falle.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante de amparo, que actúa en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad, impugna la Sentencia de 26 de noviembre de 2007 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid recaída en recurso de apelación núm. 262-2007, interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 (Familia) de Valladolid en fecha 29 de noviembre de 2006. En la demanda de amparo se alega que las resoluciones judiciales recurridas han lesionado los derechos a la dignidad (art. 10 CE), a la integridad moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del menor, por cuanto los órganos judiciales denegaron la audiencia de éste. El Ministerio Fiscal se opuso a la concesión del amparo, ya que las resoluciones judiciales motivaron debidamente su decisión de no proceder a la audiencia del menor, posibilidad prevista, por otra parte, por la vigente Ley 15/2005. Por parecidos motivos la representación procesal D. Iván, padre del menor, se pronuncia igualmente en contra del otorgamiento del amparo solicitado.

SEGUNDO.- A la vista de las distintas alegaciones realizadas, corresponde establecer a continuación cuál ha de ser el orden en que hemos de examinar las quejas, dando priori-

dad, según jurisprudencia constante de este Tribunal, a aquéllas de las que pueda derivarse una retroacción de actuaciones y, dentro de éstas, a las que, al determinar la retroacción a momentos anteriores, hagan innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes (por todas, SSTC 94/2007, de 7 de mayo, FJ 2, y 205/2007, de 24 de septiembre, FJ 3). Ello implica, en este caso, que debamos analizar, en primer término, la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dado que la estimación de la misma obligaría a la retroacción de las actuaciones para que se cumplimentara el trámite de audiencia que se dice indebidamente omitido, y haría innecesario nuestro pronunciamiento sobre las otras quejas planteadas, habida cuenta la subsidiariedad de esta jurisdicción constitucional.

TERCERO.- La parte demandante sostiene que el trámite de audiencia en los procesos de modificación de las medidas con relación a los hijos es obligatorio para la autoridad judicial, incluso sin necesidad de que sea solicitado por las partes. Esta obligatoriedad resulta de la aplicación sistematizada e integrada del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y de los

artículos 92.6 y 159 del Código civil. La demanda reproduce las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 152/2005, de 2 de junio, y 17/2006, de 30 de enero, que confieren a la audiencia al menor en este tipo de procedimientos la condición de trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En este sentido el fundamento jurídico 5 de la STC 221/2002, de 25 de noviembre, declara que "al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE". Esta doctrina es reiterada en las SSTC 152/2005, de 2 de junio, FJ 3, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5, que se refiere asimismo al art. 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

La demanda sostiene que en el presente caso el menor tenía juicio suficiente para ser oído, pues contaba alrededor de once años cuando se dictaron las Sentencias de primera instancia y de apelación. Y añade que el menor había mostrado su negativa al régimen de visitas a favor de su padre biológico acordado por el Juez. Esta circunstancia genera en el menor serios daños y padecimientos psicológicos y lesiona su integridad moral (art. 15 CE) y su dignidad (art. 10 CE).

CUARTO.- Sin embargo, como señala el Ministerio Fiscal, en 2005 se produjo una reforma legislativa que modifica el régimen jurídico al que se refiere la demanda. La Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, dio una nueva redacción al artículo 92 del Código civil, cuyo apartado 6 establece: "En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio

o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Esta disposición se complementa con el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, que garantiza el derecho del menor a ser oído. El apartado 2 de este artículo establece que el menor puede ejercitar este derecho “por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio” y que “cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”.

Las resoluciones judiciales que han dado origen a la presente demanda de amparo fueron dictadas con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 15/2005, por lo que ésta es la normativa que debían aplicar los órganos judiciales.

QUINTO.- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de noviembre de 2007 que desestimó el recurso de apelación interpuesto por D^a Cristina responde a la alegación de indefensión generada por la falta de audiencia del menor. La Audiencia señala que, siendo la pretensión de D^a Cristina que no se reconozca derecho de visitas al padre, el objetivo esencial de la propuesta de audiencia es conocer la opinión del menor respecto a tal régimen y si desea mantener contactos con su padre.

Esta opinión ya es conocida por la Sala, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicossocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor.

Esta argumentación -expuesta ya en los Autos de 19 de junio de 2007, que denegó la prueba, y de 10 de octubre de 2007, que resolvió el recurso de reposición- es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judi-

cial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

SEXTO.- Descartada la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva procede considerar la alegación relativa a la integridad moral del menor (art. 15 CE). A estos efectos debe señalarse, en primer lugar, que en realidad la demandante de amparo se limita a cuestionar de nuevo la conveniencia o los beneficios del cambio de guarda y custodia de la menor decidido por la Audiencia Provincial.

Este Tribunal “ha manifestado en la STC 71/2004, de 19 de abril, que la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores, cuando la misma no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo... sólo podrá ser efectuada en un proceso de amparo cuando la lesión resulte palmaria, manifiesta o del todo indudable.

Por el contrario, cuando no sea así porque quepan dudas fundadas de que tal lesión vaya o no a producirse o porque resulte ponderada teniendo en cuenta otros factores, y sin que el interés (del) menor deje de constituir siempre norte del órgano que ha de apreciarla, su declaración por este Tribunal invadiría una función que no le corresponde, sino que está atribuida a los Jueces y Tribunales ordinarios ex art. 117.4 CE, esto es, en función de las atribuciones que expresamente les confiere la Ley en garantía de cualquier derecho” (STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 8).

En el presente asunto nada permite determinar ni el daño ni el peligro potencial para la integridad moral del menor, máxime cuando la Sentencia prevé que la comunicación con el padre tendrá lugar en un punto de encuentro, bajo la vigilancia y observación de profesionales y con posibilidad de revisión de la medida en el supuesto de peligro y daño efectivo en el menor.

SÉPTIMO.- Por último hemos de soslayar toda referencia a la denunciada violación de los derechos inherentes a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, alegados en la demanda sin conexión con otros derechos, pues de la sola lectura del art. 53.2 CE ya se desprende inequívocamente que el art. 10.1 CE es un precepto ajeno a la vía del amparo.

OCTAVO.- La publicación en el “Boletín Oficial del Estado” de la presente Sentencia se realizará sin incluir el nombre y los apellidos completos del menor, al objeto de respetar la intimidad de aquél (STC 114/2002, de 5 de abril, FFJJ 5 a 8).

FALLO

Desestimar el recurso de amparo de D^a Cristina y su hijo menor de edad.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintinueve de junio de dos mil nueve. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2009/143734

TS Sala 1^a, Sentencia 2 julio 2009. Ponente: D. Román García Varela

Al concurrir mala fe en la denuncia del defecto formal

Omisión de la relación de propietarios morosos no es causa de nulidad

El TS desestima el recurso de interés casacional planteado contra la sentencia que revocando la de instancia, acogió en parte la demanda acordando la nulidad del acuerdo en el que figura el actor como propietario moroso, desestimando el resto de las pretensiones.

Señala la Sala que se considera contrario a la buena fe impugnar todos los acuerdos de la junta so pretexto de un defecto formal en la convocatoria cuando el impugnante asistió a la junta y no denunció ese defecto al inicio de la misma, además de que el drástico efecto de la nulidad lo produciría cuando se hubiese adoptado algún acuerdo con el voto de un propietario moroso que legalmente está privado del derecho de voto conforme establece el art. 15,2 LPH.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Gregorio, en su condición de Presidente y como propietario de la “Comunidad de Propietarios DE LA DIRECCION000”, demandó por los trámites del juicio ordinario a la “Comunidad de Propietarios de la Comunidad DIRECCION001”, e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

El Juzgado, tras rechazar las excepciones planteadas por la demandada, acogió la demanda y declaró la nulidad de la Junta de Propietarios de 17 de octubre de 2001 del “Complejo Urbanístico DIRECCION001”; y su sentencia fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia, en el sentido de estimar en parte la demanda, y declaró la falta de legitimación activa del actor en su calidad de Presidente de la “Comunidad de Propietarios DIRECCION000”, la nulidad del acuerdo adoptado en el apartado segundo de la Junta General Extraordinaria celebrada el 17 de octubre de 2001, en el que figura el actor como propietario moroso hasta el año 1993, y desestimó el resto de las pretensiones del escrito inicial. La “Comunidad de Propietarios DIRECCION000” y D. Gregorio interpusieron recurso de casación por interés casacional contra la sentencia de segunda instancia, con co-

bertura en el artículo 477.2 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 26 de diciembre de 2007, ha acordado la inadmisión del subapartado primero del motivo segundo, y la admisión de los restantes motivos.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso, que se desarrolla en dos submotivos, acusa que la sentencia impugnada contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

I. El submotivo primero denuncia que la sentencia recurrida se opone al criterio del Tribunal Supremo en cuanto a la prohibición de adoptar acuerdos sobre puntos no incluidos en el Orden del Día; y cita las SSTS de 26 de junio de 1995 y 27 de julio de 1993. El submotivo se desestima.

El contenido de este apartado carece de claridad y precisión para comprender el supuesto de hecho a que se refiere, lo que provoca su perecimiento.

Se aportan dos sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero no se explica cuales son las transgresiones efectuadas en la instancia.

Es evidente que sólo cabe tratar en la Junta de los asuntos previstos en la convocatoria, pues, en supuesto contrario, los acuerdos adoptados

fuera de las previsiones del Orden del Día podrán ser objeto de impugnación y declarados nulos por los Tribunales; sin embargo, no se dicen en este submotivo los párrafos concretos del acta de la Junta de Propietarios de 17 de octubre de 2001, que introducen temas no incluidos en el Orden del Día.

II. El submotivo segundo censura la transgresión del artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, por no incluirse en el acta los copropietarios que votaron a favor o en contra. El submotivo se desestima.

La sentencia de instancia, en el párrafo tercero de su fundamento de derecho cuarto, ha razonado lo siguiente: "En cuanto al segundo motivo no tiene trascendencia alguna la falta de constancia expresa de los propietarios que votaron a favor pues se deduce con suma facilidad al figurar en el encabezamiento del acta los asistentes y representados y en cada uno de los acuerdos los propietarios que disienten del acuerdo de tal manera que los que votaron a favor son todos los demás propietarios asistentes o representados que no votaron en contra. Debe recordarse también que la parte actora no ha hecho el más mínimo esfuerzo en comprobar si el voto de algún propietario moroso hubiese alterado el resultado de la votación por lo que tampoco puede tener trascendencia esa posible omisión". (Sic). El submotivo pretende cambiar la base fáctica de la sentencia de apelación, cuando de lo expresado en ésta se explica la identificación de los que votaron a favor o en contra del acuerdo, con lo cual hace supuesto de la cuestión al establecer apreciaciones jurídicas partiendo de hechos diferentes de los vinculantes fijados por la Sala de instancia.

TERCERO.- El submotivo segundo del motivo segundo del recurso reprocha que la sentencia de la Audiencia no haya valorado que las normas de la convocatoria tienen carácter imperativo y, en el supuesto debatido, el hecho de la no inclusión en el Orden del Día de los propietarios morosos llevaría aparejada la nulidad de la Junta de Propietarios. El motivo se desestima.

La sentencia recurrida integra los siguientes razonamientos: "El segundo defecto que se imputa a la convocatoria es el de la omisión de la relación de propietarios morosos a que obliga el artículo 16.2 LPH. Este defecto fue acogido por la Juzgadora de instancia dando lugar a la nulidad de todos los acuerdos adoptados posteriormente en la Junta. En relación con la omisión de la relación de propietarios morosos en la convocatoria ya se pronunció esta Sección en sentencia número 133, de fecha 27 de febrero de 2002 en la que, en definitiva, se considera contrario a la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil) impugnar todos los acuerdos de la Junta so pretexto de un defecto formal en la convocatoria cuando el im-

pugnante asistió a la Junta y no denunció ese defecto al inicio de la misma y, a ello habría que añadir que el drástico efecto de la nulidad lo produciría cuando se hubiese adoptado algún acuerdo con el voto de un propietario moroso que legalmente está privado del derecho de voto conforme establece el artículo 15.2 LPH. El impugnante no ha justificado que hubiese denunciado al inicio de la celebración de la Junta el defecto formal de la convocatoria consistente en la omisión de la relación de morosos ni tampoco ha hecho el mínimo esfuerzo en acreditar que si se hubiese excluido a alguno de los propietarios morosos del cómputo de los votos no se habrían alcanzado las mayorías necesarias para adoptar los acuerdos". (Sic). Esta Sala acepta la argumentación de la sentencia de instancia.

La Ley 8/1999 se refiere a la privación del derecho a voto de los propietarios morosos; no obstante, esta regla de importante significación jurídica, requiere la determinación del propietario o propietarios que inciden en esta condición. No porque un comunero conste como moroso en la citación de la Junta se encuentra en tal situación, toda vez que desde entonces hasta el día de la celebración ha podido abonar su débito con la Comunidad; el momento de concretar esta circunstancia ha de verificarse al inicio de la reunión, pues de seguir en dicha condición no podrá votar, salvo que antes haya pagado la deuda, hecha la correspondiente consignación, o acredite haberla impugnado judicialmente, ya que, en este último caso, la suspensión del derecho queda sin efecto hasta que se resuelva por los Tribunales.

CUARTO.- El motivo tercero del recurso alega que existe interés casacional en relación con el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999, como norma de vigencia inferior a cinco años; la recurrente entiende que son nulos los acuerdos adoptados en la Junta de 17 de octubre de 2001 al no haberse convocado conforme al artículo 24 que regula la agrupación de comunidades (convocatoria de presidentes, previa convocatoria de junta en cada una de las comunidades), con la precisión de que tal agrupación existe desde el 30 de enero de 2001. El motivo se desestima.

La sentencia impugnada ha manifestado que no existe Título Constitutivo de tal agrupación, aunque "de facto" actuara como tal a efectos organizativos, por lo que considera el acuerdo válido. En el motivo, se hace supuesto de la cuestión al tomar como punto de apoyo apreciaciones fácticas subjetivas, en discrepancia con lo considerado en la sentencia objeto del recurso.

QUINTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, con condena a la parte recurrente de las costas causadas en el

mismo (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la "Comunidad de Propietarios de la DIRECCION000" y D. Gregorio contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante en fecha de doce de septiembre de dos mil tres. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

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

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

2009/150916

TS Sala 1ª, Sentencia 29 junio 2009. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Exclusión de responsabilidad de aseguradora en accidente agrícola

Acuerda el TS estimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, revocando la de instancia, absolvió a la compañía aseguradora en relación a la reclamación de indemnización frente a la empresa para la que trabajaba, su encargado y la compañía aseguradora, considerando que el hecho no estaba cubierto en el seguro obligatorio por no tratarse de un hecho de la circulación y condenando con base al seguro de responsabilidad civil complementario en el que se incluyen no solo elementos cuantitativos, sino cualitativos.

La Sala considera que el accidente de circulación se produce tanto usando y circulando el vehículo como estando en reposo, ambos supuestos son accidentes de circulación en distinta posición del

vehículo, lo que recoge la póliza, delimitando la cobertura, excluyendo los daños causados por la realización de trabajos agrícolas para los que se halla preparado el vehículo, sin que ello permita incluir en esta categoría a aquellos siniestros que no se producen por efecto o la acción del tractor, ni por efecto del remolque, sino por una razón ajena al mismo como es la insuficiencia de la protección de las juntas cardan que engancho al actor, -que ni era ayudante del conductor, ni ocupaba plaza en el vehículo-, cuando se aproximó a ella, lo que resulta determinante de la responsabilidad atribuida al actuar negligente del encargado del campo y a la empresa titular del centro de trabajo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fue objeto de la demanda planteada la reclamación de cantidad en concepto de indemnización que D. Joaquín hizo frente a la empresa para la que trabajaba, su encargado y la compañía aseguradora, por los graves daños sufridos cuando el actor, aprovechando un momento en que el equipo de trabajo (tractor-máquina) se encontraba parado, con el sistema de transmisión en funcionamiento, debido a que inmediatamente iba a reanudar su marcha, se agachó a recoger una planta de fresa caída en el suelo y se acercó al eje de transmisión siendo atrapada su ropa por una junta-cardan que terminó amputándole las piernas.

La sentencia de 1ª Instancia, estimó parcialmente la demanda considerando que el accidente se produce como consecuencia de no disponer el tractor de una carcasa de protección que hizo que el trabajador, al apearse del tractor parado para recoger hierbas, quedara enganchado en la junta cardan.

Absuelve a la aseguradora por no tratarse, en cuanto al seguro obligatorio, de un hecho de la circulación, y en cuanto al voluntario por considerar excluido en el clausulado los daños causados para la realización de trabajos industriales o agrícolas para los que se haya preparado el vehículo.

La sentencia de la Audiencia Provincial, en lo que aquí interesa, revoca la del Juzgado en lo que hace a la entidad de seguros. Considera que el hecho no está cubierto en el seguro obligatorio por no tratarse de un hecho de la circulación, pero condena con base al seguro de responsabilidad civil complementario en el que se incluyen no solo elementos cuantitativos, sino cualitativos.

Concluye que el seguro objeto de procedimiento es un seguro combinado de responsabilidad civil de vehículo de uso agrícola y que la cláusula de excluir los daños causados

por tareas agrícolas es una cláusula que delimita negativamente la cobertura que no ha sido suscrita individualmente y por tanto es ineficaz, conforme al artículo 3 LCC, pero que, aunque así no fuera, el hecho está cubierto por la cláusula 1.2 al encontrarse el tractor parado y excluirse en ella los daños materiales pero no los personales.

En la condena incluye los intereses del artículo 20 de la LCS.

Plantea la recurrente -Allianz- en un primer motivo la infracción de los artículos 1283 del CC, en relación con los artículos 1 y 73 de la LCS, así como la aplicación indebida del artículo 3.

Considera que la sentencia recurrida realiza una interpretación ilógica del contrato pues la llamada "Responsabilidad Civil Complementaria" es un simple complemento de la responsabilidad civil de hechos de la circulación y al haberse dicho que no es un hecho de la circulación, esta cobertura no puede ir más allá.

Para ello utiliza el clausulado de las sumas, apartado 6º, núm. 4, para considerar que son complemento de las obligatorias en accidente de circulación, y, por tanto, si este no existe no puede entrar en juego.

En el segundo discrepa de la interpretación del clausulado del contrato, con infracción del artículo 1281 del CC, en relación con los artículos 1 y 73 de la LCS y con las condiciones generales específicas y su carácter supletorio, pues no se atiene al sentido recto, propio y usual de las palabras escritas, ni a la intención de las partes dada la naturaleza y finalidad de este contrato de seguro referido a un vehículo de motor.

Finalmente, en el tercero considera que existe causa justificada para no pagar los intereses del artículo 20 pues han existido tres procedimientos (juicio penal, en la que fue absuelta; otro repetido por razones formales, en la que fue absuelta en la 1ª Instancia, y el presente).

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos se analizan conjuntamente. La sentencia de apelación declara que el seguro de responsabilidad civil complementaria cubría el siniestro al incorporar al contrato una cláusula conforme a la cual "la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados cuando el asegurado sea civilmente responsable en virtud de lo previsto por los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y 19 y 22 del Código Penal, como consecuencia directa, no solo (1) del "uso y circulación del vehículo de motor", sino también (2) de "la permanencia en reposo del vehículo, incluso en el caso de incendio o explosión en garaje o fuera de él".

Excluyendo la cobertura de los daños causados (4) por la realización

de trabajos industriales o agrícolas para los que se halla preparado el vehículo".

Tras descartar que el siniestro pueda catalogarse como hecho de la circulación, interpreta que la póliza contratada no se limitaba a los estrechos límites del seguro obligatorio, ni se constreñía a cubrir los riesgos originados por un vehículo de motor, sino que se trataba de un seguro del vehículo, comercial, industrial y agrícola, en la que se concretaba, además, la responsabilidad civil complementaria.

Señalando que esta complementariedad venía referida tanto a los aspectos cuantitativos como cualitativos puesto que "aparte de su amplia configuración general del interés asegurado...no solo menciona hechos de circulación normalmente excluidos en las pólizas de seguro obligatorio, sino también de supuestos ajenos a la conducción o circulación como los daños y perjuicios derivados de la permanencia en reposo del vehículo, incluso en caso de incendio, o explosión en garaje o fuera de él".

Lo que el recurso plantea no es más que una discrepancia sobre el sentido jurídicamente relevante atribuido a las reglas de inclusión y exclusión del riesgo, a partir de la interpretación que la sentencia hace de las mismas en un análisis tan exhaustivo y detallado, como incorrecto.

Es cierto, y así lo recuerda con reiteración esta Sala (SSTS 12 de febrero y 25 de marzo 2009), que el seguro voluntario se configura como complemento para todo aquello que el seguro obligatorio no cubra de conformidad con el artículo 2.3 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor que establece que: "Además, la póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria podrá incluir, con carácter potestativo, las coberturas que libremente se pacten entre el tomador y la entidad aseguradora con arreglo a la legislación vigente".

Y se entiende que esta cobertura no es sólo cuantitativa, sino que puede ser también cualitativa y así lo expresa más claramente el artículo 2.5 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre 2004 que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor que deroga el anterior al establecer que: "Además de la cobertura indicada en el apartado 1, la póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria podrá incluir, con carácter potestativo, las coberturas que libremente se pacten entre el tomador y la entidad aseguradora con arreglo a la legislación vigente", haciendo referencia el apartado 1 a la cobertura

de los riesgos cubiertos por la responsabilidad civil y hasta los límites cuantitativos fijados por el anexo de la Ley; Texto que, en lo que aquí interesa, se mantiene en la Ley 21/2007, de 11 de julio, y que ha permitido ofrecer soluciones jurídicas distintas en uno y otro, especialmente en la acción de repetición y la exclusión de determinados riesgos, como el de la conducción en estado de embriaguez al que se refieren las sentencias citadas.

De lo que se trata, en suma, es de ver cual es el riesgo y el interés asegurado en uno y otro seguro para poder comprobar donde se produce esa complementariedad, teniendo en cuenta que, aun siendo distintas una y otra modalidad de aseguramiento, en orden a la diferente normativa que las regula y al espíritu o finalidad que los inspira, ambos se configuran como seguros de responsabilidad civil, cubriendo, el primero, el "riesgo de nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios por un hecho previsto en el contrato" art. 73, (en el caso, la producción de daños y perjuicios derivados de la conducción negligente de un vehículo de motor), frente al segundo, que se establece también como un seguro de responsabilidad civil en cuanto que el riesgo cubierto es la responsabilidad civil frente a tercero por los daños causados a las personas o en las cosas con motivo de la circulación (art. 1 LRSCVM), de tal forma que, aun pudiendo abarcar el primero siniestros excluidos por el obligatorio, ambos se configuran desde una misma idea cual es la de garantizar la responsabilidad que pueda derivarse para el asegurado como consecuencia de un hecho de la circulación cuando sea este civilmente responsable en virtud de lo previsto por la normativa propia de la responsabilidad extracontractual o de los preceptos del Código Penal.

En el caso, la sentencia descarta que el suceso pueda catalogarse como hecho de la circulación, en orden a incluir su cobertura dentro del correspondiente seguro obligatorio.

Siendo ello así, la garantía que ofrece el voluntario no puede ir más allá de la que resulta de un hecho de esta misma naturaleza para el que se establecen en la Póliza unas sumas aseguradas como complemento y exceso de las que se fijan como obligatorias en el momento del accidente, de tal forma que sería necesaria una indemnización básica que deba necesariamente complementarse, aquí inexistente.

Ninguna duda o incertidumbre, por tanto, se plantea acerca de la exclusión del riesgo en función del origen del daño, que pueda hacer efectiva una interpretación en favor del asegurado, al objeto de no privarle del derecho a ser íntegramente resarcido, puesto que la póliza está redactada en términos de absoluta claridad

y la complejidad que resulta de la forma en que el accidente se produjo, no puede trasladarse a la misma ni achacarse en su vista algún tipo de oscuridad que, además de contravenir los dictados del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, pueda hacer de aplicación del canon hermenéutico contra proferentem, que recoge el artículo 1288 del Código Civil.

El accidente de circulación se produce tanto usando y circulando el vehículo como estando en reposo, ambos supuestos son accidentes de circulación en distinta posición del vehículo y así viene recogido en la Póliza, que, delimitando la cobertura, excluye además los daños causados por la realización de trabajos agrícolas para los que se halla preparado el vehículo, sin que ello permita incluir en esta categoría a aquellos siniestros que no se producen por efecto o la acción del tractor, ni por efecto del remolque, sino por una razón ajena al mismo como es la insuficiencia de la protección de las juntas cardan que enganchó al actor, (que ni era ayudante del conductor, ni ocupaba plaza en el vehículo), cuando se aproximó a ella, lo que fue determinante de la responsabilidad atribuida al actuar negligente del encargado del campo y a la empresa titular del centro de trabajo.

TERCERO.- En suma, la interpretación realizada por la Audiencia Provincial no puede aceptarse de tal forma que los argumentos aquí expuestos permiten mantener el pronunciamiento de la sentencia de 1ª Instancia, absolutoria de la aseguradora recurrente, haciendo innecesario al análisis y resolución del tercer motivo sobre intereses; todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas a la recurrente en ambas instancias y sin hacer expresa declaración en cuanto a las del recurso de casación.

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

FALLO

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora Dª María Teresa Pérez Muñoz, en la representación que acredita de Allianz, SA., contra la sentencia dictada por la Sección Única de la Audiencia Provincial de Segovia con fecha 18 de diciembre de 2003.

2º.- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto en lo que se refiere a la recurrente.

3º.- En su lugar, desestimar totalmente la demanda interpuesta en su día contra dicha demandada por D. Joaquín.

4º.- Imponer a la mencionada parte demandante las costas de la primera instancia y las causadas por su recurso de apelación.

5º.- Y no hacer especial declaración en cuanto a las costas de este recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos

y firmamos. Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias. Rubricado.

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



2009/72847

TS Sala 2ª, Sentencia 8 abril 2009. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Al no ser suficiente la prueba indiciaria

Absolución del delito de tenencia de moneda falsa

Frente a la sentencia condenatoria por delitos de tenencia de moneda falsa, falsedad en documento oficial y estafa interpone recurso de casación la acusada que resulta parcialmente estimado. Considera el TS que debe absolverse a la recurrente del delito de tenencia de moneda falsa imputado ya que no existe prueba alguna de que falsificase las tarjetas de crédito. Además, señala que no procede indemnizar cantidad alguna por el televisor obtenido pues el mismo fue recuperado de forma inmediata, por lo que no hubo perjuicio alguno ni para el comerciante ni para la entidad emisora de la tarjeta de crédito, al ser devuelto el aparato al establecimiento comercial, lo que deja sin efecto el cargo en aquélla.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, condenó a Micaela como autora criminalmente responsable de un delito de tenencia de moneda falsa, otro delito de falsedad en documento oficial y un delito continuado de estafa, a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación, la aludida acusada en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Los hechos probados narran, sintéticamente, que la acusada Micaela el día 5 de agosto de 2005, se personó primeramente en un establecimiento comercial (de Sant Vicent dels Horts, Barcelona), en donde valiéndose de una tarjeta de crédito que previamente había sido manipulada, la utilizó en perjuicio de su titular, y en beneficio propio, para hacerse pago de un televisor, que importó 1.329 euros, cargo seguidamente anulado por el establecimiento.

A continuación, acudió a otra tienda, y con la misma tarjeta manipulada, adquirió otro televisor por precio

de 1.199 euros. Media hora después, fue detenida portando además de esa tarjeta, otras tres más, en semejantes condiciones, y un D.N.I., igualmente manipulado, al que le había sido incorporada una fotografía que la procesada había proporcionado a tal efecto.

SEGUNDO.- De los tres delitos enjuiciados, no ofrece duda alguna la concurrencia de los requisitos legales, junto a la pertinente actividad probatoria de cargo, tanto de la estafa en grado de continuidad delictiva, como de la falsificación de documento oficial, admitidos por la defensa de la procesada, como hace constar la Sala sentenciadora de instancia en su fundamentación jurídica.

En efecto, la acusada reconoció que proporcionó una fotografía suya a otra persona y que luego, cuando vio incorporada esa foto a un DNI, lo tomó como propio e hizo uso de él. Igualmente, en lo tocante al delito continuado de estafa, la única cuestión que se ha planteado por la defensa, ha sido el grado de ejecución del delito, lo que será estudiado en el correspondiente motivo de esta censura casacional.

El Tribunal de instancia reconoce que, a pesar de la acusación del Ministerio Fiscal por falsificación de moneda (asimilada), no existe prueba alguna de que la acusada falsificase las tarjetas, es decir, incorporase una banda magnética apócrifa, mediante la utilización de aparatos electrónicos/informáticos al efecto, “ni siquiera la prueba (practicada) nos permite aseverar que el uso que la procesada hizo de las tarjetas fuese estando de acuerdo con el falsificador, porque tampoco hay prueba sobre este extremo”.

Es más, dicen los jueces “a quibus”, que el acta de acusación solamente le atribuye “haber utilizado fraudulentamente una tarjeta, no habiendo mención alguna que relacione esa utilización con la falsificación o connivencia con quien las falsificare”.

Ante ello, se le condena por delito de tenencia de moneda falsa, tipificado en el párrafo segundo del art. 386 del Código penal, delito no acusado pero que se entiende homogéneo con el imputado.

En el Pleno de 16 de diciembre de 2008, hemos acordado lo siguiente:

“la tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386, párrafo 2º del CP, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión”.

Pues, bien, en los hechos probados no solamente no se refleja tal finalidad de transmisión, sino lo que es más importante, de las pruebas practicadas no se deduce de manera inequívoca que la procesada conociera la falsedad intrínseca de tales tarjetas, y aún existiendo la posibilidad de que las utilizara a sabiendas de su “falsedad”, ha de entenderse por ésta (falsedad) que no eran suyas, es decir, que habían llegado a sus manos de manera ilícita, por ejemplo, procedentes de un delito contra el patrimonio ajeno, pero desconociendo la manipulación de sus bandas magnéticas.

Es decir, que se había suplantado la personalidad del titular de la tarjeta para ilícitamente obtener un beneficio. Y ello se deduce del dato que hubo de confeccionarse un D.N.I. que coincidiese con el nombre del titular, el cual fue exhibido por la procesada para poder adquirir los productos comerciales, anteriormente descritos. Evidentemente, la falsedad de la banda magnética no pudo ser apreciada a simple vista por la ahora recurrente.

Es por ello, que ha de estimarse el motivo primero del recurso, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de la presunción de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, al tratarse de una inferencia que no resiste la característica de

inequívoca, que incuestionablemente exige la prueba indirecta o por presunciones.

Como hemos dicho en nuestra Sentencia de 19 de abril de 2000, todo este material probatorio tiene carácter indiciario, por lo que debemos proyectar su contenido sobre las reglas acuñadas por esta Sala, para dar entidad probatoria a los diferentes elementos disponibles.

En primer lugar, es necesario que concurra una variedad de indicios, ya que el indicio único y aislado resulta las más de las veces ambiguo y casi siempre inconsistente, por lo que es necesario un concurso o pluralidad, para reforzar su impacto incriminatorio.

A su vez, todos los datos indiciarios han de ser recogidos a través de prueba directa y aparecer en cierta conexión o relación con el hecho que es objeto de enjuiciamiento.

Pero ello no es suficiente, se necesita que los indicios tengan inequívoca potencialidad reveladora de hechos o datos que sirvan para establecer una determinada relación entre el hecho punible y la persona a la que afectan los indicios disponibles.

La convicción obtenida, debe estar a salvo de la existencia de cualquier duda razonable y tiene que basarse en la fuerza inculpativa que se derive de los elementos indiciarios.

Esta convicción debe estar asentada sobre un juicio de racionalidad, de tal naturaleza que no deje resquicio para conclusiones de signo diferente, que asimismo puedan estar firmemente basadas sobre una valoración acomodada a las reglas del criterio humano.

El enlace preciso y directo que se viene exigiendo para dar viabilidad probatoria a los elementos indiciarios, nos tendría que llevar a una conclusión firme y sólida que no admitiese la posibilidad de revisión casacional en virtud de la razonada motivación del órgano juzgador de instancia.

La doctrina de esta Sala exige la conexión lógica, con la seguridad exigible para las pruebas de cargo en materia penal, cuando, dados los hechos directamente probados, ha de entenderse que realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonable, compatible con esos indicios y, a tal fin, si se han alegado, habrán de examinarse las explicaciones dadas por el acusado.

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional, toda vez que existía la posibilidad de que la acusada creyese que la tarjeta utilizada había sido robada, y posteriormente entregada a

la misma para verificar esa operación por encargo de un tercero, y el dato de la confección de un DNI "ad hoc" lo avala, lo que permite optar por otra alternativa conclusiva más favorable para el acusado, razón por la cual se ha vulnerado el derecho constitucional invocado por la recurrente, al no tratarse, como hemos dicho más arriba, de una inequívoca conclusión, sino que admite otras alternativas más favorables.

La estimación de este motivo, nos releva ya del estudio de los motivos segundo y tercero, formalizados subsidiariamente a éste, por lo que absolveremos a la recurrente en la segunda sentencia que ha de dictarse a continuación de ésta.

TERCERO.- El motivo cuarto, formalizado por infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reclama la consideración de los hechos imputados por el delito de estafa, en grado de tentativa inacabada.

Para ello, el recurrente, sin respetar el "factum" (art. 884-3º LE-CRIM.) afirma que Micaela fue detenida "in fraganti" cuando se disponía a abandonar los comercios donde se produjeron los hechos, sin llevarse los televisores objeto de la estafa, cuando es lo cierto, según se deduce de la fundamentación jurídica que completa en este caso la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, que, al menos, el segundo televisor tuvo que ser ulteriormente "recuperado", lo que da lugar a la disponibilidad del mismo, doctrina que sigue esta Sala Casacional, frente a otras posiciones jurídicas, para la consumación delictiva, pero lo que no es de recibo es la afirmación que se realiza por el autor del recurso en el sentido de achacar a los responsables de la transacción electrónica la falta de una operación de retroacción de la misma, "sin costo ni daño para el titular ni para el comerciante", como se hizo en la precedente comisión delictiva.

En todo caso, el Tribunal sentenciador debió ser mucho más explícito en la redacción y confección del relato fáctico, en punto al grado de disponibilidad de la acusada de los objetos adquiridos, sin perjuicio de que, en definitiva, esta censura casacional carece de cualquier practicidad, en tanto que la penalidad imponible, debió situarse en la franja superior del delito (art. 249: de un año y nueve meses a tres años de prisión), conforme a lo disciplinado para el delito continuado en el art. 74 del Código penal, y aquí se ha impuesto la pena mínima de seis meses de prisión, que cubriría esa rebaja puntiva que exige el art. 62 del Código penal, para la tentativa criminal.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El motivo quinto, formalizado por idéntica vía impugnati-

va que el anterior, denuncia la indebida aplicación de los arts. 109 y siguientes del Código penal, junto al 116 del mismo Texto legal.

El autor del recurso entiende que no se ha producido perjuicio alguno que deba ser resarcido.

El motivo tiene que ser estimado, en tanto que el Tribunal de instancia condena a la recurrente a indemnizar a Servired en cuantía de 1.199 euros, cuando consta que el televisor obtenido fue recuperado de forma inmediata, por lo que no hubo perjuicio alguno ni para el comerciante ni para la entidad emisora de la tarjeta de crédito, al ser devuelto el aparato al establecimiento comercial, lo que deja sin efecto el cargo en aquélla.

En segunda sentencia habrá de corregirse este aspecto.

QUINTO.- El sexto motivo, formalizado por infracción de ley, del art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 123 del Código penal (costas procesales), por falta de legitimación procesal de Servired como perjudicada, cuestión nueva, como razona el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, pero además, tal entidad, como emisora de la tarjeta de crédito con la que se obtuvieron fraudulentamente los bienes adquiridos, tenía plena legitimación para ostentar la posesión de acusación particular, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- Procediendo la estimación parcial del recurso, se han de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar por estimación parcial, al recurso de casación interpuesto por la representación legal de la procesada Micaela contra Sentencia núm. 23, de 15 de abril de 2008, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Nacional, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.-

Luciano Varela Castro.- Siro Francisco García Pérez.

SEGUNDA SENTENCIA

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

El Juzgado Central de Instrucción núm. 6 instruyó Sumario núm. 38/2007 por delitos de falsificación de moneda, de documento oficial y estafa contra Micaela, nacida el 6 de octubre de 1949, en Batea (Tarragona), hija de Delfín y de Teresa insolvente, en libertad provisional por esta causa, y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 15 de abril de 2008 dictó Sentencia núm. 23, la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal de dicha procesada, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, salvo las menciones

relativas a que Micaela conocía la alteración de la banda magnética de las tarjetas de crédito que portaba.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de absolver a la acusada del delito de tenencia de moneda falsa y dejar sin efecto la indemnización de 1.199 euros concedida a Servired.

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Micaela del delito de tenencia de moneda falsa, por el que fue condenada en la instancia, con declaración de oficio de un tercio de las costas procesales, y debemos dejar sin efecto la indemnización de 1.199 euros concedida a Servired.

En lo restante, se mantienen y dan por reproducidos los pronunciamientos condenatorios de la instancia, en sus propios términos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julián Sánchez Melgar José Manuel Maza Martín Luciano Varela Castro Siro Francisco García Pérez

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

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/171847

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 24 junio 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Aplicación de las disp. transitorias Ley 22/1988, de Costas

Inadmisión de enclaves de carácter privado en la zona marítimo terrestre

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAN que confirmó la Orden del Ministerio de Medio Ambiente que aprobó el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, ordenando a la Demarcación de Costas de Andalucía-Atlántico que inicie las actuaciones conducentes a rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde aprobado. La Sala considera que la resolución impugnada aplicó correctamente las disposiciones transitorias de la Ley de Costas, y rechaza la alegación efectuada sobre la aplicación prioritaria del PGOU respecto de la orden de deslinde, asimismo, desestima la existencia de vulneración del principio de la carga de la prueba, pues la sentencia de instancia parte del análisis del contenido de la resolución y de la memoria del deslinde, en la que se justifica la realización del deslinde practicado, incidiendo en sus elementos fácticos determi-

nantes -cota de los terrenos e inundabilidad de las salinas-, circunstancias avaladas por reportaje fotográfico así como por diversos informes y documentos técnicos, señalando por último, que la pérdida de propiedad de los bienes como consecuencia del deslinde es una auténtica expropiación que se compensa con el otorgamiento de una concesión, que solo puede comenzar a computarse desde el momento de su otorgamiento por la Administración, en el caso de haber sido el mismo solicitado en el plazo de un año establecido en la propia ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó en fecha de 17 de noviembre de 2004, en su recurso contencioso administrativo número 143/2002, por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Ambrosio y la entidad Urbanización Pinar de D. Jesús, S.A. contra la Orden del Ministerio de Medio Ambiente, de fecha 28 de diciembre de 2001, que aprobó el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre de unos 2.971 metros de longitud, que comprende las playas, marismas y caños entre la carretera de Camposoto y el muelle de Gallineras, en el término municipal de San Fernando (Cádiz), ordenando a la Demarcación de Costas de Andalucía-Atlántico que inicie las actuaciones conducentes a rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde aprobado.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo declarando la conformidad con el ordenamiento jurídico de la resolución recurrida. Se basó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación:

a) En primer término la sentencia de instancia procede a situar la finca afectada por el deslinde impugnado, consistente en "la finca que con el núm.000 figura en los planos del expediente de deslinde, que corresponde a los esteros de la antigua salina "Belén", denominados "DIRECCION000", comprendida entre los vértices M-30 y M-40 del plano 3 de los de la Demarcación de Costas en Andalucía Atlántico de escala 1/5000".

b) Tras dejar constancia (Fundamento Jurídico Primero) de las pretensiones y consideraciones jurídicas de la recurrente, reproduce la Consideración Segunda de la Orden impugnada (Fundamento Segundo), que llega a la conclusión de que las salinas que nos ocupan son terrenos incluidos en el ámbito del artículo 3.1.a) de la Ley 22/1988, de 28 de

julio, de Costas (LC) y 6.2 del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, citando la jurisprudencia que declara dicho precepto ajustado a la LC. Consideraciones -acerca de la cota e inundabilidad natural de los terrenos- que avala con la composición fotográfica a color que obra en el Anexo 9.1 así como en los reportajes fotográficos que figuran como Anexos 9.2 y 9.5 de la Memoria. La sentencia -en este ámbito de las fotografías- considera especialmente significativa la primera de las fotografías de 1956 (vuelo americano) "en la que se aprecia ya con claridad la estructura salinera, y la cuarta de las fotografías del vuelo de 1991, enormemente expresiva del carácter inundable de la salina objeto de este litigio, debiendo remarcar, en igual sentido, la foto núm. 46 de las tomadas en octubre de 1998.

Es por último muy importante traer a colación los diversos informes y documentos técnicos obrantes en el expediente, como son el Estudio de Zonas Húmedas de la Bahía de Cádiz (anexo 9.7), el documento "Cádiz y su bahía" de D. Constancio (anexo 9.8), la guía del litoral de la Diputación Provincial (anexo 9.9) y el denominado "Estudio de Mareas en varios puntos de la provincia de Cádiz" (anexo 9.11). Tales documentos, en particular el mencionado Estudio de Zonas Húmedas y el Estudio de Mareas (anexos 9.7 y 9.11 de la Memoria) indican que las salinas están por debajo de la cota de pleamar y son por ello naturalmente inundables".

c) En tercer lugar, y para responder a la cuestión esencial de si la salina propiedad de la recurrente constituye o no terreno naturalmente inundable -conclusión a la que, si duda, llega la sentencia de instancia cita las anteriores sentencias en las que la propia Sala ya se ha pronunciado sobre terrenos, zonas y salinas muy próximas a la de autos, y en los que los medios de prueba aportados apenas difieren de los que ya fueron aportados por otros recurrentes. En síntesis, la Sala valora, y así lo expone, los informes del Ingeniero Técnico de Minas (documento núm. 3 de la demanda) Sr. Manuel; el biológico del Sr. José María (núm. 4 de la demanda); el del doctor en Historia Moderna Sr. Ambrosio y Urpinsa (núm. 7 de la demanda); y el de un Capitán de Navío (núm. 6) que, según se expresa, se apoya en el del geodesta Sr. Lorenzo, valorado con anterioridad por la misma Sala.

d) Por último, la Sala de instancia termina rechazando (Fundamento Jurídico Quinto) otras pretensiones relativas a la anchura de la servidumbre de protección (Disposición Transitoria Tercera de la LC), al derecho a percibir indemnización por la declaración de pertenencia de los terrenos de su propiedad al dominio

público, o a la vulneración del principio de igualdad, señalando, para ello que "si bien es cierto que la calificación urbanística del suelo podría en su caso incidir en la anchura de la servidumbre de protección (20 metros en lugar de 100) en aquellos supuestos en que se acredite que, con anterioridad a la publicación de la Ley de Costas (el 29 de julio de 1988), el terreno afectado por el deslinde tenía la calificación de urbano (Disposición Transitoria 3 de la Ley 22/1988 en relación con artículo 23 de dicha Ley), en el presente caso resulta que dicha pretensión no se ejercita por la parte actora, y lo que se pretende es que tal calificación urbanística prevalezca sobre la declaración de demanialidad de los terrenos. Si la Dirección General de Costa emitió informes favorables a la revisión del Plan General de Ordenación Urbana, lo efectuó antes de practicarse el deslinde en cuestión, por lo que emitió dicho informe sin tener en cuenta el referido deslinde, mas lo que no se puede tomar en consideración, en ningún caso, es que los planeamientos urbanísticos prevalezcan sobre la delimitación del dominio público marítimo terrestre.

En línea con lo anterior, y de acuerdo con esta naturaleza de los bienes de dominio público marítimo-terrestre y con la actividad administrativa de deslinde, no puede ser estimada la pretensión asimismo ejercitada por la parte recurrente en orden a que le sea indemnizada la declaración de pertenencia al demanio costero de los terrenos de su propiedad, como viene declarando esta Sala de forma constante y reiterada. El derecho a percibir una indemnización compensatoria por el menoscabo sufrido en la transformación del título de propiedad en concesional, en su caso, no nace o se produce por la Orden Ministerial aprobatoria del acto de deslinde, que se circunscribe a definir materialmente los límites de unas pertenencias demaniales que lo son por su propia naturaleza. Por ello, ni muchos menos, el deslinde puede ser asimilado a un acto expropiatorio, porque no hay privación singular de la propiedad privada o de derechos e intereses patrimoniales. En este sentido se pronuncia STC 149/1991, de 4 de julio, que no considera vulnerado el artículo 33.3 de la Constitución por la falta de previsión específica en la Ley 22/1988 de 28 julio, de Costas, sobre indemnizaciones por la privación de las propiedades privadas existentes, cuando dichas propiedades reúnen las características físicas legalmente establecidas como bienes pertenecientes al demanio costero. En todo caso, la compensación se produce mediante la conversión de los derechos privados en derechos concesionales sobre dominio público.

Por lo demás, la aplicación al caso de lo dispuesto en la disposición transitoria primera, apartado cuarto, de la Ley de Costas, que la recurrente aduce en su escrito de demanda

con petición expresa en el suplico de la misma, tampoco puede ser acogida por esta Sala, pues no podemos pronunciarnos sobre la legalidad del otorgamiento o denegación de una concesión que no ha sido solicitada ante la Administración. La parte dispositiva de la Orden recurrida otorga además, un plazo de un año para que puedan solicitar la concesión prevista en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas, a "aquellos titulares de terrenos que pudieran acreditar su inclusión en alguno de los supuestos contemplados" en dicha Disposición Transitoria, por lo que si la recurrente manifiesta su deseo expreso de que le sea otorgada una concesión administrativa, puede solicitar dicha concesión para la ocupación de los terrenos de dominio público marítimo-terrestre prevista en la referida Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas, ante la Administración, para que ésta se pronuncie sobre su otorgamiento o denegación, solicitud que deberá presentar, en su caso, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia. Igual pronunciamiento desestimatorio ha de merecer la vulneración del principio de igualdad que, por último, se aduce también en la demanda. De un lado porque según constante y reiterada doctrina de esta Sala, y conforme a lo razonado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de marzo de 2002. "no cabe invocar la igualdad ante la ilegalidad".

Doctrina reiterada, entre otras, en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2000 (Rec. 500/1997), en la que razonamos que: "No podemos admitir tal argumento pues se pretende la igualdad en la ilegalidad, pues una ilegalidad no puede ser subsanada por otra", y en la de 26 de octubre de 2001 (Rec. 332/1998). Conviene además remarcar en que el recurrente no pretende la inclusión en el dominio público de los terrenos excluidos, sino la exclusión de los suyos, es decir, la igualdad en la ilegalidad. Y ha de tenerse en cuenta, a mayor abundamiento que, tal y como señala el Abogado del Estado en la contestación, la parte totalmente rellena de la repetida parcela núm.000, según se desprende con claridad del plano de deslinde, ha sido excluida por tal deslinde, por lo que si nos referimos a la parte afectada por él no puede compararse con zonas del todo rellenas ya que se trata de una zona con estructura salinera degradada en mayor o menor medida, tal y como resulta de las fotografías".

TERCERO.- Contra esa sentencia ha interpuesto la parte recurrente recurso de casación, en el cual esgrime un total de diez motivos de impugnación que se articulan -sin concreción- a través del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (LRJCA), por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las

que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte; así como, a través del artículo 88.1.d) de la misma LRJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. De una forma genérica, y con carácter previo al desarrollo individualizado de los motivos, señala que todos ellos tienen su base en los artículos 9, 14, 24.1 y 103 y 106 de la Constitución Española, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional; no estamos, obviamente, ante un ejemplo de absoluta correcta formulación de un recurso de casación, pero las deficiencias que, sin duda, apreciamos y que el Abogado del Estado denuncia, no se nos presentan como de entidad suficiente para declarar la inadmisión del recurso.

CUARTO.- En el primer motivo, los recurrentes denuncian lo que califican de defectos formales de la sentencia, que concreta -de una parte- en la falta de congruencia de la misma, por ausencia en la sentencia de "hechos probados", considerando vulnerado el artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); y, de otra, en la ausencia de motivación (con vulneración de los artículos 120 de la Constitución Española y 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -LEC-). La crítica a la sentencia en estos aspectos aparece recogida anteriormente, en el Antecedente de Hecho VI del escrito de interposición del recurso de casación, que podríamos concretar en la omisión de cita de otras SSTS que se pronuncian en sentido contrario, en la ausencia de análisis y valoración de algunos informes técnicos, y la defectuosa interpretación de la pretensión indemnizatoria (que lo era por la revocación del anterior deslinde) y la basada en el principio de igualdad (ya que lo pretendido era, justamente, un trato igual al mantenido en otros deslindes afines).

El motivo no puede prosperar por cuanto para la aplicación de los preceptos clave invocados para la resolución del litigio -3.1.a) de la LC y 6.2 del RC- la misma sentencia describe la situación fáctica en la que se va a proceder a la aplicación del mismo, sin que, en consecuencia, se trate de una aplicación en el vacío, aislada de la realidad o sin soporte fáctico suficiente, por cuanto de la lectura de la propia sentencia podemos deducir la situación de hecho a la que se aplican los preceptos de referencia, que no es otra que la de unas salinas que se consideran naturalmente inundables. La situación, pues, la conocemos, considerando la sentencia de instancia que la misma -en los términos en los que se describe- es perfectamente identificable y encuadrable en el ámbito de los preceptos de referencia. Como recientemente señalábamos en la STS de 26

de noviembre de 2008 "Por tanto, no falta la narración fáctica que se reclama, cuando, además, la exigencia del requisito de los "hechos probados" -contemplado en el artículo 248.3 de la LOPJ - no se nos presenta como imprescindible en este orden jurisdiccional, pues, a diferencia de lo que ocurre en las sentencias procedentes de órganos encuadrados en otras jurisdicciones, en las que se dictan por los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no está legalmente exigida la referencia a hechos probados, admitiéndose una valoración conjunta de la prueba implícitamente deducible de las argumentaciones que se hacen en la fundamentación de la sentencia.

Así en la STS de 28 de marzo de 2000 ya dijimos que "es patente que aquel precepto, según se desprende de su lectura, no impone la inclusión de un relato de hechos probados en las sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales, sino sólo "en su caso", lo que remite a las leyes procesales reguladoras de las "fórmulas" de las sentencias en cada uno de dichos órdenes y lo que implica que sólo en las sentencias del orden jurisdiccional penal y del orden jurisdiccional social ha de recogerse tal relato, pues así está impuesto en las leyes procesales referidas a dichas jurisdicciones, y de ello se desprende que en el orden jurisdiccional contencioso administrativo es innecesario, y que su omisión no constituye infracción de ninguna norma procesal en las sentencias que recaigan en un proceso contencioso administrativo, como ocurre con la aquí recurrida que se ajusta al "formato" requerido en el precepto de referencia, argumentos éstos que ya se recogieron en sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 1999 ". Y más recientemente, STS de 3 de junio de 2008, hemos puesto de manifiesto que "el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige la expresión de los hechos probados "en su caso", es decir, cuando la legislación procesal lo impone (v.g. la penal o laboral), cosa que no ocurre en la civil (artículo 209 de la L.E.C. 1/00), que vuelve a exigirlos sólo "en su caso") ni en la contencioso administrativa, siempre que (como aquí) se deduzcan suficientemente de la sentencia cuáles son los supuestos fácticos de los que arranca la decisión".

Tampoco desde la perspectiva de la falta de motivación el motivo puede prosperar. como señala la STC 301/2000 de 13 de noviembre, "el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio deciden-

di" que ha determinado aquélla. En fin, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución judicial impugnada ha cumplido o no este requisito (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, F. 4; 154/1995, de 24 de octubre, F. 3; 66/1996, de 16 de abril, F. 5; 115/1996, de 25 de junio, F. 2; 116/1998, de 2 de junio, F. 3; 165/1999, de 27 de septiembre, F. 3); añadiendo la STC 187/2000, de 10 de julio, que "no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, F. 2; 187/1998, de 28 de septiembre, F. 9; 215/1998, de 11 de noviembre, F. 3 y 206/1999, de 8 de noviembre, F. 3)".

Partiendo de la doctrina jurisprudencial citada y, vistas las concretas respuestas de la Sala de instancia en relación con las también concretas pretensiones de referencia, tal y como hemos anticipado, es evidente que no puede accederse a la estimación del motivo fundamentado en tal argumentación. La Sala de instancia, pues, da cumplida respuesta a las mencionadas y concretas pretensiones de la parte recurrente tanto en relación con la pretensión relativa a la indemnización o a la vulneración del principio de igualdad. El contenido y sentido de las respuestas podrá ser aceptado y tomado en consideración por la parte recurrente, discutirse o rechazarse, pero el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos requeridos por la jurisprudencia, y ha constituido una respuesta motivada y razonada a la pretensiones formuladas.

QUINTO.- En el segundo motivo se proclama la infracción de los artículos 3.1 y 4.5 de la LC así como 5.5 del RC; el recurrente considera acreditado que las marismas se transformaron en salinas, habiendo perdido sus características naturales, y puesto que no estaban previamente deslindados los terrenos al entrar en vigor la LC los mismos siguen siendo propiedad del particular y no pueden considerarse de dominio público marítimo terrestre. Este motivo debe ser rechazado. En realidad lo que se denuncia en el motivo es la aplicación retroactiva de la LC, debiendo, en tal sentido, recordarse que la forma en que sus preceptos han de aplicarse en el tiempo está regulada en sus propias Disposiciones Transitorias, que fueron declaradas constitucionales por la STC 149/91, de 4 de julio. A mayor abundamiento, debemos

dejar igualmente constancia de que la valoración fáctica llevada a cabo por la sentencia de instancia se refiere a la actual situación de las salinas afectadas por el deslinde, siendo a ella a la que se refieren los informes obrantes en el expediente y en las actuaciones, sin perjuicio de su referencia a tiempos pasados. En consecuencia, debe también desde esta perspectiva rechazarse el motivo alegado, debiendo reiterarse lo que ya dijimos -entre otras- en nuestras SSTS de 17 de febrero de 2004 y 25 de mayo de 2005, que, a su vez, se remiten a las anteriores SSTS de 10 de febrero de 2004 (casación 3187/01) y de 12 de febrero de 2004 (casación 3253/01):

"... la finalidad de la Ley de Costas 22/88, de 28 de julio no fue sólo la de conformar hacia el futuro una regulación eficaz para la protección de dominio público marítimo-terrestre sino la de imponer un remedio activo frente a las situaciones consumadas del pasado, en defensa de unos bienes constitucionalmente protegidos (artículo 132 C. E.). Todo el sistema transitorio de la Ley 22/88 demuestra lo dicho: la Ley impone su regulación también hacia el pasado, pues se sobrepone incluso a anteriores declaraciones de propiedad particular por sentencias firmes (Disposición Transitoria 1ª-1) y también a títulos anteriores amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (Disposición Transitoria 1ª-2). Esta vocación de la Ley 22/88 se observa claramente en su Disposición Transitoria Primera núm. 3, que (aunque aquí no sea aplicable, por referirse a terrenos no deslindados o deslindados sólo parcialmente) dispone que el deslinde habrá de realizarse para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público "aunque hayan sido ocupados por obras", caso en que la Disposición Transitoria Tercera, núm. 3, del Reglamento 1471/89 de 1 de diciembre, remite a la Disposición Transitoria Cuarta, núm. 1, que articula todo un sistema según se trate de obras previas autorizadas o no autorizadas.

Es más, el núm. 4 de esta Disposición Transitoria Tercera del Reglamento es sumamente revelador, puesto que dispone que si las obras o instalaciones no hubieran sido objeto de concesión por emplazarse más allá de la línea de deslinde que debiera haberse fijado con arreglo a la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, se otorgará dicha concesión conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento. Este precepto demuestra que las nuevas categorías de bienes de dominio público marítimo-terrestre de la Ley 22/88 afectan sin duda a situaciones previamente consolidadas. Esta regulación expresa para los casos de terrenos no deslindados es análogamente aplicable a los casos de terrenos deslindados conforme a la Ley 28/69, de 26 de abril pero que han de serlo conforme a los criterios de la nueva Ley 22/88, aunque la

Disposición Transitoria 1ª-4 no sea tan explícita. Y la conclusión de todo ello es clara: lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones sino tal como es por naturaleza; las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y son las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde. Esta tesis, por lo demás, es la mantenida por este mismo Tribunal en sentencia de 30 de diciembre de 2003 (casación núm. 2666/00), que se remite a la de 20 de octubre de 2000 (casación 9670/98).

En ella decíamos lo siguiente: “La circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica, estando contemplada en las Disposiciones Transitorias de la propia Ley de Costas la compatibilidad del dominio público marítimo-terrestre con la clasificación como urbano del suelo por haber sido urbanizado en ejecución del planeamiento, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal contenida en los artículos 3.1 b de la Ley de Costas y 3.1 b de su Reglamento, por lo que si, como en este caso, se ha demostrado que constituye un importante depósito de arenas litorales, debe incluirse en el dominio público marítimo-terrestre”. (Este razonamiento sobre la urbanización de un terreno es también aplicable al de instalación de una salina en lo que naturalmente es un terreno inundable). Y frente a ello no caben los argumentos expuestos en el motivo, ya que:

1º.- El artículo 6.2 del Reglamento de la Ley de Costas aprobado por Real Decreto 147/89, de 1 de diciembre, (a cuyo tenor aquellos terrenos no comprendidos en el artículo 9, actualmente inundables cuya inundación por efecto de las mareas haya sido impedida por medios artificiales, tales como muros, terraplenes, compuertas y otros sistemas semejantes, forman parte del dominio público marítimo terrestre conforme a lo establecido en los artículos 3-1 -b) de la Ley de Costas y de este Reglamento), no se excede de lo establecido en la Ley, ni tiene unos efectos retroactivos distintos de los propios fijados en ella, conforme a su sistema transitorio.

2º.- El que ese precepto 6.2 deje a salvo lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento no abona la conclusión deseada por la parte actora: una cosa es que la Ley de Costas permita a los propietarios defender sus terrenos de la invasión del mar y otra muy distinta que puedan, en perjuicio del dominio público marítimo terrestre, apropiarse de los terrenos naturalmente inundables.

3º.- Tampoco el artículo 4.2 de la Ley de Costas conduce a solución distinta. La parte recurrente relaciona ese precepto con la Disposición

Transitoria 2ª, número 2 de la Ley, pretendiendo beneficiarse de ella. Pero esa Disposición Transitoria no es aplicable al caso, porque se refiere a supuesto en que existe concesión administrativa; y, sobre todo, porque allí se dispone que, incluso en tales casos, “sus playas y zona marítimo-terrestre continúan siendo de dominio público en todo caso”. Y esto es lo que ocurre en el caso de autos, pues se trata de terrenos naturalmente inundables, es decir, de zona marítimo-terrestre (artículo 3-1 -a) de la Ley 28/88”.

SEXTO.- En el tercer motivo, la parte recurrente parece argumentar en torno a la idea de que los Planeamientos Urbanísticos han de primar frente a la delimitación de dominio público marítimo terrestre, y, en concreto que el deslinde aprobado por la Orden impugnada implica una degradación jurídica del Plan General de Ordenación Urbana de San Fernando. Tampoco este motivo puede ser atendido.

Como hemos expuesto recientemente, en Recurso de Casación formulado por el Ayuntamiento de San Fernando (STS de 11 de febrero de 2009, Recurso de Casación 8391/2004) desde una perspectiva constitucional, como es de sobra conocido, la STC 149/1991, de 14 de julio, se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que nos ocupa, señalando al respecto, con cita de precedentes, que “es sabido que, según una doctrina que muy reiteradamente hemos sostenido (SSTC 77/1984, FJ 3.º, 227/1988, FJ 14, y 103/1989, FJ 6.º a), la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese aspecto corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad. Tal doctrina no significa, sin embargo, que la Constitución no establezca con absoluta precisión que es competencia propia del Estado la determinación de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural y que atribuya al Estado la titularidad del mismo, como ya se declaró en la STC 227/1988 (fundamento jurídico 14). Según allí se demuestra no sólo resulta, en efecto, del análisis del art. 132 C. E. la conclusión de que “tratándose del demanio natural es lógico que la potestad de demanializar se reserve en exclusiva al Estado y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan asimismo, como unidad indivisible en el dominio estatal”, sino que esa solución es la única compatible con otros preceptos constitucionales, muy especialmente los contenidos en los párrafos primero y octavo del apartado primero del art. 149.

Esta facultad del legislador estatal para definir el dominio público esta-

tal (art. 132.2 C.E.) y para establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran, está constitucionalmente sujeta a condicionamientos que la propia Constitución establece de modo explícito o que implícita, pero necesariamente, resultan de la interpretación sistemática de la Norma fundamental. Como en el presente caso el contenido del dominio público, el género de bienes que lo integran, está establecido por la propia Constitución, el legislador se limita, al definirlo, a ejecutar un mandato constitucional y se excusan otras consideraciones respecto del condicionamiento que a la facultad para incluir en el dominio público, genéricamente, los bienes de otra naturaleza o clase, impone la misma Constitución. Si resulta necesario recordar que, en lo que toca al régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, el legislador no sólo ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sino que además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias. Ciertamente esta inclusión en la legislación reguladora del régimen jurídico de los bienes del dominio público natural cuya titularidad corresponde al Estado de las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de esa titularidad se impone como necesidad lógica en todo caso, y así lo declaramos, en lo que concierne a las aguas, en la ya citada STC 227/1988 (fundamento jurídico 18).

En el caso del dominio público marítimo-terrestre se trata además, sin embargo, de una expresa necesidad jurídico-positiva, constitucional, pues como es obvio, el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerase que su naturaleza y sus características fueran destruidas o alteradas”. Partiendo de la naturaleza y características de la zona marítimo-terrestre y tras reiterar las funciones sociales de la misma que la Carta Europea del Litoral resume, la STC señala que, para servir a las mismas, el legislador estatal no sólo está facultado, sino obligado, a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica, como su uso público y sus valores paisajísticos, añadiendo que “estas finalidades que ampara el art. 45 C. E. no pueden alcanzarse, sin embargo, sin limitar o condicionar de algún modo las utilidades del demanio y el uso que sus propietarios pueden hacer de los terrenos colindantes con él y, en consecuencia, tampoco sin incidir sobre la competencia que para la ordenación del territorio ostentan las Comunidades Autónomas costeras. Esta incidencia está legitimada, en lo que al espacio demanial se refiere, por la titularidad estatal del mismo”.

Por otra parte, en la STS de 19 de octubre de 2004 hemos expuesto que en relación con las situaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la LC, problema que se aborda en las transitorias de esa Ley de 1988, que “los efectos del deslinde de la zona marítimo-terrestre son distintos en la Ley de 1969 y en la vigente: En la Ley de Costas de 1969 -como en la Ley de Montes de 21 de noviembre del 2003(art. 21)- el deslinde declaraba únicamente el estado posesorio (cfr. artículo 6,3, inciso segundo), mientras que conforme al artículo 13 de la Ley de Costas de 1988, sobre el que el Abogado del Estado hace pivotar su argumentación, el deslinde “declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado”. Y precisamente porque los efectos son distintos en una y otra Ley, el aludido inciso del artículo 6.3 de la Ley de 1969, después de decir que: “La atribución de posesión, consecuencia del deslinde...”, añadía que esa atribución de posesión “no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes”. A esto se debe que, la sentencia impugnada -teniendo por sobreentendido que todo esto es algo sabido- dijo en su fundamento cuarto, inciso final, para sostener la temporaneidad de la acción, “que, en tanto no se rectifique la titularidad registral, el asiento está protegido y su titular puede defenderlo como un derecho permanente”.

Quizá debió ser más elocuente la Sala de instancia pero -si se tiene presente- que los efectos del deslinde son distintos en la Ley de Costas de 1969 -el deslinde atribuye sólo la posesión- y en la Ley de 1988-el deslinde atribuye la propiedad- la que dice se hace claro”. Igualmente esta Sala, en sentencias de 10, 12 y 17 de febrero de 2004 ha declarado que “la finalidad de la Ley de Costas 22/88, de 28 de julio, no fue sólo la de conformar hacia el futuro una regulación eficaz para la protección de dominio público marítimo-terrestre sino la de imponer un remedio activo frente a las situaciones consumadas del pasado, en defensa de unos bienes constitucionalmente protegidos (artículo 132 C. E.). Todo el sistema transitorio de la Ley 22/88 demuestra lo dicho: la Ley impone su regulación también hacia el pasado, pues se sobrepone incluso a anteriores declaraciones de propiedad particular por sentencias firmes (Disposición Transitoria 1ª-1) y también a títulos anteriores amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (Disposición Transitoria 1ª-2). Esta vocación de la Ley 22/88 se observa claramente en su Disposición Transitoria Primera núm. 3, que (aunque aquí no sea aplicable, por referirse a terrenos no deslindados o deslindados sólo parcialmente) dispone que el deslinde habrá de realizarse para todos los terrenos que resulten incluidos en el

dominio público "aunque hayan sido ocupados por obras", caso en que la Disposición Transitoria Tercera, núm. 3, del Reglamento 1471/89 de 1 de diciembre, remite a la Disposición Transitoria Cuarta, núm. 1, que articula todo un sistema según se trate de obras previas autorizadas o no autorizadas.

Es más, el núm. 4 de esta Disposición Transitoria Tercera del Reglamento es sumamente revelador, puesto que dispone que si las obras o instalaciones no hubieran sido objeto de concesión por emplazarse más allá de la línea de deslinde que debiera haberse fijado con arreglo a la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, se otorgará dicha concesión conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento. Este precepto demuestra que las nuevas categorías de bienes de dominio público marítimo-terrestre de la Ley 22/88 afectan sin duda a situaciones previamente consolidadas. Esta regulación expresa para los casos de terrenos no deslindados es analógicamente aplicable a los casos de terrenos deslindados conforme a la Ley 28/69, de 26 de abril pero que han de serlo conforme a los criterios de la nueva Ley 22/88, aunque la Disposición Transitoria 1ª-4 no sea tan explícita. Y la conclusión de todo ello es clara: lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones sino tal como es por naturaleza; las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y son las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde". Esta tesis, por lo demás, es la mantenida por este mismo Tribunal en sentencia de 30 de diciembre de 2003 (casación núm. 2666/00), que se remite a la de 20 de octubre de 2000 (casación 9670/98).

En ella decíamos lo siguiente: "La circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica, estando contemplada en las Disposiciones Transitorias de la propia Ley de Costas la compatibilidad del dominio público marítimo-terrestre con la clasificación como urbano del suelo por haber sido urbanizado en ejecución del planeamiento, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal contenida en los artículos 3.1 b de la Ley de Costas y 3.1 b de su Reglamento, por lo que si, como en este caso, se ha demostrado que constituye un importante depósito de arenas litorales, debe incluirse en el dominio público marítimo-terrestre". Igualmente en la STS de 31 de diciembre de 2003 se expone que "aunque fuera cierto, y ello se dice ahora con el valor de mera hipótesis, que los documentos de fechas 20 y 30 de septiembre de 1954 y 26 de junio de 1986 hubieran reconocido que los terrenos en cuestión eran de propiedad privada, no por ello sería disconforme a Derecho el deslin-

de practicado, pues es del mandato posterior de esa Ley 22/1988, y no de un actuar ilícito, por contrario al principio que prohíbe ir contra los actos propios (que es lo que denuncia el quinto de los motivos de casación), del que deriva hoy, obligadamente, la inclusión de aquellos terrenos en el dominio público marítimo terrestre.

En este sentido, basta lo dicho por este Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 y 18 de diciembre de 2003, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 1245 de 1999 y 6397 de 2000, para afirmar la corrección de aquel pasaje de la sentencia recurrida en el que se lee: "(...) sin que puedan admitirse enclaves de carácter privado en la zona marítimo-terrestre, de modo que las propiedades privadas existentes desaparecen mediante la conversión en derechos concesionales sobre el dominio público (...)".

SÉPTIMO.- El motivo cuarto, en el que se alega sobre la irretroactividad de la LC, y se afirma que, según ésta, los deslindes han de practicarse ateniéndose a las características actuales de los bienes, debe de ser rechazado con los razonamientos que acabamos de exponer en los motivos anteriores.

OCTAVO.- En el quinto motivo se alega sobre la falta de justificación del nuevo deslinde, pues existía un deslinde anterior de 1990, ajustado a la Ley de Costas; y sin existir justificación para la revocación del anterior deslinde por parte de este nuevo, ello supone desigualdad de trato, con vulneración de los artículos 9 y 14 de la Constitución Española, pues sólo afecta a esta salina y no a otras, e incluso podría existir delito de prevaricación. Tampoco desde esta perspectiva el recurso de casación puede acogerse, y este motivo de casación tampoco puede prosperar porque se basa en un erróneo significado del deslinde, que no puede confundirse con los actos administrativos firmes declarativos de derechos, ya que aquél no es sino un procedimiento para constatar las características físicas, relacionadas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas, determinantes de la condición, definida legalmente, de dominio público marítimo-terrestre de unos terrenos, por lo que, de concurrir aquéllas, procede incoar dicho procedimiento de deslinde cualquiera que sea el momento en que se hubiese practicado el anterior y aunque no se hubiera producido alteración física o morfológica determinante del cambio de su configuración ni modificaciones legislativas en la definición de los bienes de dominio público sino meros errores u omisiones en los ya realizados.

Como hemos declarado en las Sentencias de fechas 14, 22 y 29 de julio de 2003 (recursos de casación 4665/98, fundamento jurídico quinto, 5297/98, fundamento jurídico ter-

cero y 8106/98, fundamento jurídico quinto), interpretando lo dispuesto en el artículo 12.6 de la vigente Ley de Costas, "el procedimiento de deslinde puede incoarse de oficio o a petición de los interesados no sólo cuando por cualquier causa, física o jurídica, se haya alterado la configuración del dominio público marítimo-terrestre, sino cuando aparezcan datos o circunstancias de los que se pueda deducir que el deslinde realizado no refleja con exactitud las características físicas de los bienes, ya sea para incluirlos en el dominio público marítimo-terrestre o para excluirlos de él, sin que para ello se precise una previa declaración de lesividad ni acudir al procedimiento de revisión de oficio de los actos de la Administración, según la regulación contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992,

■

*"...cualquier
circunstancia que
genere dudas acerca de
si está o no
correctamente
delimitado el dominio
público marítimo-
terrestre permite a la
Administración del
Estado incoar de oficio
un procedimiento de
deslinde o a las
personas con interés
legítimo (artículo 12.1
de la Ley de Costas)
pedir que se inicie y
tramite,..."*

■

ya que el deslinde es un procedimiento especial para revisar de oficio o a instancia de cualquier persona interesada la delimitación del dominio público marítimo-terrestre, y por ello el artículo 11 de la Ley de Costas establece que "para la determinación del dominio público marítimo-terrestre se practicarán por la Administración del Estado los oportunos deslindes, ateniéndose a las características de los bienes que lo integran conforme a lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 de la presente Ley".

En definitiva, cualquier circunstancia que genere dudas acerca de si está o no correctamente delimitado el dominio público marítimo-terrestre permite a la Administración del Estado incoar de oficio un procedimiento de deslinde o a las personas con interés legítimo (artículo 12.1 de

la Ley de Costas) pedir que se inicie y tramite, existiendo un específico y concreto deber para aquélla de incoarlo cuando por cualquier causa se haya alterado la configuración de dicho dominio (artículo 12.6 de la propia Ley de Costas)".

NOVENO.- En el sexto motivo, por su parte, se alega en torno al derecho de todos a valerse de los medios de prueba pertinentes (artículo 24 de la Constitución Española), lícitamente obtenidos y respetando el principio de contradicción, añadiendo que la carga de la prueba corresponde a la Administración, que promovió el expediente de deslinde y quien ejerció la acción de demanialidad marítima (1214 del Código Civil y 217 y 218 de la L). Como hemos señalado con reiteración (por todas SSTs de 15 de marzo, 4 y 16 de abril, y 4 de junio de 2003), el artículo 57 de la LRJPA no invierte la carga procesal de la prueba, sino que impone al demandante la carga de impugnar judicialmente el acto administrativo. Sin embargo, ya en el proceso judicial, cada parte tiene sus obligaciones probatorias, como en cualquier proceso, y sobre la Administración recae la de acreditar que se dan las circunstancias de hecho que constituyen requisitos para el ejercicio de sus competencias. Y ello es lo que ha ocurrido en el supuesto de autos. El motivo debe de ser rechazado pues la sentencia de instancia parte del análisis del contenido de la Resolución y de la Memoria del deslinde, en la que se justifica la realización del deslinde practicado, incidiendo en sus elementos fácticos determinantes (cota de los terrenos e inundabilidad de las salinas); circunstancias que se ven avaladas por reportaje fotográfico así como por diversos informes y documentos técnicos que la acompañan (tales como el Estudio de zonas húmedas de la Bahía de Cádiz, el documento "Cádiz y su Bahía", la Guía del Litoral de la Diputación Provincial o el denominado Estudio de Mareas).

En consecuencia, ninguna realidad física necesitaba contrastar la Sala contando con la prueba citada, y, por otra parte, el contenido de los informes han sido suficientemente valorados por la Sala, como antes hemos puesto de manifiesto. Esto es, la Sala de instancia ha valorado todas las pruebas practicadas y ha llegado a la conclusión de que los terrenos ocupados por las salinas de referencia reúnen las características físicas relacionadas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas para ser considerados bienes de dominio público marítimo-terrestre, ya que pueden ser calificados de marismas, conclusión a la que llega después de describir prolijamente la situación de dichos terrenos a la vista de los medios de prueba ofrecidos tanto por la entidad demandante como por la propia Administración, y, por consiguiente, la aludida presunción no ha quedado destruida como en cualquier otro supuesto de revisión de actos adminis-

trativos, revestidos de idéntica presunción de validez, que vienen a ser anulados por sentencia. La interpretación de los preceptos, en concreto, invocados por esta Sala es también sobradamente conocido; así, en la STS de 22 de enero de 2000 expresamos que “compete en todo caso a cada parte la carga de probar sus pretensiones”. En efecto la carga de la prueba es un concepto no demasiado perfilado en el proceso contencioso, que se limita a ser tributario de la doctrina civilista nacida de los artículos 1214 y siguientes del Código Civil. La importancia del expediente administrativo en nuestra jurisdicción explica la falta de relevancia de este tema. La carga de la prueba, paradójicamente tiene interés sólo cuando hay falta o ausencia de prueba de hechos relevantes. En ese caso, el Tribunal debe hacer la imputación lógica a la parte que quebrantó el “onus probandi”. Pues bien, en el supuesto de autos, y en concreto, en la valoración de la Sala de instancia no apreciamos indefensión, arbitrariedad o utilización de criterios erróneos, y ello nos obliga a la desestimación del motivo esgrimido.

Si bien se observa, cuando la recurrente denuncia a la Sala de instancia porque en su sentencia “no ha tenido en cuenta ni uno solo de los documentos adjuntos a la demanda, así como ninguna de las pruebas practicadas a instancia de esta parte”, en realidad, de lo que está discrepando es de las conclusiones probatorias alcanzadas en la citada sentencia, pero sin citar como infringido -en dicho proceso de valoración probatoria- ningún precepto legal concreto y sin tachar las conclusiones alcanzadas de ilógicas o arbitrarias. Tampoco hace referencia a ninguna prueba concreta que no haya podido practicarse, ni las causas, en su caso, de ello, ni, en fin, las diversas consecuencias que pudieran haberse derivado de tal circunstancia. Esto es, no se imputa a la Sala de instancia que la valoración probatoria se haya realizado de un modo arbitrario o irrazonable o que haya conducido a resultados inverosímiles. Desde otro punto de vista, no se denuncia la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, o la realización de valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, o bien la comisión de errores de este tipo jurídico en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, pudieran transformarse en infracciones del Ordenamiento jurídico. Y, en fin, tampoco se nos proporcionan datos con los que, en su caso, poder proceder a integrar la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia, supuesto en el que, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, resultaría posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla y que tuviere el carácter de relevante para apreciar si

se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia.

Ante tal situación, estamos, pues, impedidos, en esta sede casacional de proceder a la revisión del tema probatorio que se nos formula, y que la propia recurrente no conecta con la existencia de indefensión alguna.

DÉCIMO.- En el séptimo motivo se alega la infracción de la doctrina de los actos propios (que conecta con el principio de seguridad jurídica, artículo 9.3 Constitución Española y buena fe) y afirma que la administración no puede ir en contra de sus propios actos so pena de incurrir en arbitrariedad. Para rechazar el motivo basta con que nos ratifiquemos en lo que antes expusimos en relación con el motivo quinto.

DÉCIMO PRIMERO.- En el desarrollo del octavo motivo se denuncia infracción del principio de igualdad por incluir a la salina “Belén” en el demanio marítimo, considerando en supuesto como muy peculiar puesto que en zonas próximas a la administración ha fijado el deslinde en la “vuelta afuera” de las salinas. Tampoco este motivo debe ser estimado.

De una escueta frase de la sentencia (que corresponde, además, a otra anterior), y de otra del Estudio de Mareas según la cual “los muros de vuelta afuera (y no todos), zonas de acequias, saleros, edificaciones y caminos se encuentran a cota ligeramente por encima de las pleamares máximas medidas”, no puede extraerse la conclusión de que existen “terrenos” que no son inundables a los efectos que ahora interesa, porque si no lo son es por la acción del hombre, que ha realizado el muro de vuelta afuera, los saleros, las edificaciones, etc., todo ello en terrenos marismos. En realidad, en el desarrollo del motivo lo que se discute es la valoración que de la prueba ha hecho el Tribunal de instancia. Este, tal como hemos dicho, después de valorar la prueba, llega a la necesaria conclusión de confirmar las afirmaciones de la decisión administrativa, en el sentido que ya hemos expuesto, debiendo reiterarse que las salinas objeto de autos “son terrenos bajos que se inundan por el flujo y reflujo de las mareas”, así como que “se considera acreditado que las salinas en cuestión están por debajo de la cota de pleamar, siendo naturalmente inundables”; y este, es un hecho que no puede ser discutido en casación, como no sea, que no lo es, que aquella valoración sea contradictoria, ilógica o irracional, o que viole alguno de los preceptos que otorgan fuerza probatoria especial a ciertos medios de prueba.

De ese hecho (a saber, inundación de los terrenos por el flujo y reflujo de las mareas) se deduce su inequívoca naturaleza demanial (artículo 3-1 -a) de la Ley 22/88 y de su Reglamento 1471/89, de 1 de diciembre).

Como dijimos en nuestra STS de 18 de noviembre de 2003 (Recurso de Casación 4547/1999): “... cuando un terreno, por cualquier causa resulta invadido o inundado por el mar se incorpora al dominio público marítimo terrestre, según lo establecido en el citado artículo 4.3 de la Ley de Costas, reiterado por el artículo 5.3 de su Reglamento y desarrollado por el artículo 43.6 de éste, aunque con anterioridad a las obras no perteneciese al dominio público marítimo-terrestre, como señala expresamente este último precepto en exacta correspondencia con la previsión legal anterior, que dispone la incorporación al dominio público marítimo terrestre de los terrenos invadidos por el mar debido a cualquier causa, lo que se corrobora con lo establecido también por los artículos 6.2 de la propia Ley de Costas y 9.2 de su Reglamento. En cuanto a las zonas emergentes, se trata meramente de aterramientos o acumulación de materiales, realizados artificialmente para permitir el paso entre las balsas y facilitar el cultivo de las especies marinas, pero tales pasillos no permiten afirmar que el terreno en cuestión no haya sido invadido por el mar, lo que se ha provocado con el aludido fin de cultivar dichas especies”.

DÉCIMO SEGUNDO.- En el noveno motivo se denuncia desviación de poder en la actuación de la Administración, considerando que solo ha existido una invocación del interés general, pero sin tomar en consideración otros intereses protegidos y actuando con ausencia de objetividad. Tampoco por esta vía el recurso de casación puede ser acogido.

Entre otras muchas sentencias de esta Sala, en la STS de 16 de marzo de 1999 hemos señalado que “La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico y de este concepto legal, la doctrina y la jurisprudencia destacan las siguientes notas características:

a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la Ley.

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en las Sentencias de 5 de

octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984.

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido, precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, como reconoce la Sentencia de 8 de noviembre de 1978.

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder, de conformidad con las Sentencias de 30 de noviembre de 1981 y 10 de noviembre de 1983.

e) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1987.

f) La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión y el artículo 1214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para otra.

g) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas Sentencias de esta Sala (entre otras las de 6 de marzo de 1992, 25 de febrero de 1993, 2 de abril y 27 de abril de

1993) que insisten en que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine". Pues bien, aplicando la doctrina jurisprudencial precedente en el caso examinado, podemos llegar a la conclusión de que en modo alguno se ha acreditado suficientemente que la actuación de la Dirección General de Costas o de la Demarcación Territorial haya estado investida, en el momento de la aprobación del deslinde marítimo terrestre discutido en autos, de manifiesta desviación de poder, en los términos en los que la hemos definido y jurisprudencialmente configurado mas arriba, acomodando la referida actuación a fines distintos de los perseguidos por la norma.

Esto es, en el supuesto de autos no se ha producido, por parte de la Administración estatal citada, el ejercicio de una potestad administrativa para alcanzar un fin distinto, generando, así, una conducta de desviación de poder, introduciendo elementos extraños que posibilitaran la arbitrariedad en la actuación administrativa, sin que, en consecuencia, se advierta que se haya producido una actitud manifiestamente encubridora de una situación generadora de desviación de poder o de apartamiento teleológico manifiesto del fin previsto de interés público que se persigue con el seguimiento procedimental previsto para el deslinde marítimo terrestre.

Una reiterada jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), ha sintetizado el anterior concepto de desviación de poder, señalando al efecto que la misma concurre "cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1984, Lux/Tribunal de Cuentas, C-69/83, Rec. pg. 2447, apartado 30; de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, Rec. pg. I-4023, apartado 24; de 13 de julio de 1995, Parlamento/Comisión, C-156/93, Rec. pg. I-2019, apartado 31; de 14 de mayo de 1998, Windpark Groot-husen/Comisión, C-48/96 P, Rec. pg. I-2873, apartado 52, y de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-110/97, Rec. pg. I-8763, apartado 137)". Debemos advertir, por otra parte (como entre otras hemos puesto de manifiesto en la STS de 21 de marzo de 2000) que no encontramos obstáculo para revisar en

casación -como estamos haciendo- la conclusión a que el Tribunal de instancia ha llegado sobre la inexistencia de la arbitrariedad denunciada -que la desviación de poder implica en la decisión administrativa impugnada, pues, si bien es cierto que en casación no pueden ser revisados los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia (a salvo la posible infracción de preceptos sobre valoración tasada de la prueba), también lo es que la arbitrariedad no es un hecho, sino una valoración jurídica de unos hechos, y la decisión arbitraria es aquella que procede sólo de la voluntad o del capricho y no de los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico, y para afirmarla o negarla hay que partir de unos hechos. Pues bien, éstos son intocables en casación, pero su evaluación es una operación exclusivamente jurídica, y, como tal, susceptible de revisión en este momento.

DÉCIMO TERCERO.- Se alega, por último, en el décimo motivo, que la pérdida de propiedad de sus bienes como consecuencia del deslinde es una auténtica expropiación que se compensa con el otorgamiento de una concesión, que se debe otorgar de oficio, y no estableciendo la necesidad de su solicitud, como ha hecho la Administración en el presente caso. Entre otras, en la STS de 28 de mayo de 2008 hemos respondido a esta cuestión indemnizatoria, expresamente prevista por el legislador en la Disposición Transitoria Primera de la LC: "Sin duda alguna, la característica esencial de este peculiar tipo de concesión administrativa es la de su sentido indemnizatorio, debiendo deducirse del mismo una conclusión distinta de la obtenida por la Administración en su resolución y defendida por su representación procesal en el recurso de casación que analizamos. No debe olvidarse, pues, que la concesión a que en el presente supuesto se hace referencia es de las contempladas en el Disposición Transitoria (apartado 1, por remisión del 4) de la citada LC; se trata, pues, de una indemnización o compensación, específicamente establecida en la mencionada Disposición para (ap. 1) "los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieren sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la presente Ley", y también para (ap. 4) los titulares de terrenos situados entre la línea de un antiguo deslinde anterior a la vigente LC, y la línea resultante del deslinde efectuado tras la vigencia de la misma, como acontece con las recurrentes.

Tal indemnización o compensación, como la misma Disposición dispone y ya hemos expresado, consistió en el otorgamiento, por un período de treinta años, prorrogables por otros treinta, de la concesión "de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre". El carácter indemnizatorio de esta concesión ya se deduce de la propia Dispo-

sición Transitoria, al no contar esta peculiar concesión con la obligación, también antes puesta de manifiesto, de abonar canon alguno; se confirma el mismo en la correspondiente Disposición Transitoria del RC, y así, además, de forma expresa, lo reconoció la STC 149/1991, de 4 de julio: "si la expropiación se opera precisamente por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta no puede ser entendido sino como compensación, determinada ope legis, por la privación del título dominical. La relación entre expropiación y conversión del título, de una parte, y la naturaleza compensatoria de la concesión que se otorga, de otra, no aparecí-

"...la arbitrariedad no es un hecho, sino una valoración jurídica de unos hechos, y la decisión arbitraria es aquella que procede sólo de la voluntad o del capricho y no de los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico, y para afirmarla o negarla hay que partir de unos hechos. Pues bien, éstos son intocables en casación, pero su evaluación es una operación exclusivamente jurídica, y, como tal, susceptible de revisión en este momento."

an tal vez con absoluta nitidez en la propia Ley El desarrollo reglamentario de esa norma (Disposición Transitoria Primera, 2 del Reglamento General)... vino a llenar esa laguna e hizo patente que se trata, en efecto, no de una libre opción, sino de una decisión expropiatoria en la que es la Ley misma la que fija el "quantum" de la indemnización..."

Pues bien tal montante indemnizatorio -consistente, insistimos, en el "derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo terrestre" por un período prorrogable de treinta años- solo puede comenzar a computarse desde el momento de su otorgamiento por la Administración, en el caso de haber sido el mismo so-

licitado en el plazo de un año establecido en la propia ley; ha sido, pues, el propio legislador el que, una vez reconocida esta peculiar y genuina técnica indemnizatoria para quienes eran titulares del dominio público con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988, impuso, a continuación, para los mismos titulares el requisito de su previa solicitud en un plazo determinado -pudiendo haber optado por el sistema del otorgamiento ope legis-. Por ello, desde esta perspectiva, solo desde el momento del otorgamiento de la concesión puede comenzar a computarse el expresado plazo de treinta años sin que, como se mantiene de contrario, a estos efectos, deba tomarse en consideración el anterior período de tiempo transcurrido desde el deslinde, ya que solo con la firmeza de este acto previo, determinante y condicionante de la ocupación del dominio público, puede producirse la transformación de la anterior titularidad en la expresada ocupación concesional por un período de treinta años; ocupación, pues, derivada y consecuencia de la antigua titularidad que ha de ser expresamente declarada por la Administración sin eficacia retroactiva alguna". El motivo, pues, debe rechazarse.

DÉCIMO CUARTO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación procede condenar a la parte recurrente en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio), si bien con la limitación, en cuanto a la minuta de Letrado, a la vista de las actuaciones procesales, de 2.500 euros.

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

FALLO

1º. No haber lugar y, por tanto, desestimar el recurso de casación número 723/2005, interpuesto por D. Ambrosio y la entidad Urbanización Pinar de D. Jesús, S.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) de fecha 17 de noviembre de 2004, en su Recurso Contencioso-administrativo 143 de 2002, la cual, en consecuencia, confirmamos.

2º. Condenar a la parte recurrente en las costas del presente recurso de casación, en los términos expresados.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- María del Pilar Teso Gamella.

(...)



RESEÑA

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

TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/150232

TC Sala 2ª, Sentencia 15 junio 2009.
Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez

Constructor condenado por no entregar obra por falta de consignación de deuda

Se recurre la sentencia que, en grado de apelación, condenó al recurrente por una falta de coacciones. El TC estima el recurso de amparo promovido y declara vulnerados sus derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a conocer la acusación formulada contra él. Considera que en ningún instante se hizo mención a que se había producido la consignación de la cantidad a la que ascendía la deuda contraída en virtud de la ejecución de la obra. Dicha consignación no formó parte de los hechos enjuiciados, por lo que no resulta respetuoso con el principio acusatorio, ni con la interdicción de la indefensión que el hecho por el cual el órgano judicial condenó al demandante de amparo se integre con la tal consignación. Ello es así porque el reproche de la sentencia impugnada descansa en que la ilicitud de la conducta aparece cuando, pese a consignación efectuada por el denunciante, la obra no es entregada por el demandante de amparo.

2009/150236

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

Resolución administrativa que no motiva la expulsión de extranjero del territorio nacional

El TC otorga al recurrente el amparo solicitado frente a resolución que, en grado de apelación, desestimó su demanda contra el Delegado del Gobierno sobre su expulsión del territorio español. La Sala reconoce lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto estima que dicha resolución administrativa, que se limita a constatar la mera existencia de la conducta infractora, no contiene fundamentación alguna a partir de la

cual puedan conocerse las razones de la Administración sancionadora por la que resulta procedente la expulsión.

TS CIVIL

2009/101666

TS Sala 1ª, Sentencia 24 abril 2009.
Ponente: D. Vicente Luis Montes Penadés

Reclamación de daños y perjuicios por ocultación de información en la adquisición de acciones

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el vendedor demandante, confirmando la sentencia de instancia y la de la AP desestimatoria de sus pretensiones, aunque discrepando de que se esté ejerciendo la acción de responsabilidad contractual o anulación de la compraventa, sino la reclamación de daños y perjuicios por la ocultación de información cuando el demandado adquirió las acciones de la sociedad, lo que no puede dar por bueno la Sala, al haberse declarado en la instancia que no hubo ocultamiento y ser la base fáctica sobre la que tiene que resolver este tribunal.

2009/112076

TS Sala 1ª, Sentencia 18 mayo 2009.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Exoneración de la obligación de pago de intereses moratorios en seguro de responsabilidad civil

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, confirmando la sentencia de la AP que revocando la de instancia exonera a la aseguradora de la obligación de abonar los intereses del art. 20 LCS en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil, al haber ocurrido el siniestro con anterioridad a la entrada en vigor de la ley de 1989 que establece la obligación de pago de los mismos para supuestos distintos a los accidentes de circulación, sin que se pueda vulnerar el principio de irretroactividad de las normas. Y a mayor abundamiento, en el presente supuesto está justificada la mora en el pago por ser necesario que se determine judicialmente tanto la responsabilidad del asegurado como el importe de la indemnización.

TS PENAL

2009/38180

TS Sala 2ª, Sentencia 10 marzo 2009.
Ponente: D. Luis Román Puerta Luis

Delito de incendio: suficiente prueba de cargo

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de incendio. El TS comprueba que la sala de instancia, al imputar al hoy recurrente la producción del incendio, ha respetado escrupulosamente las exigencias de motivación necesarias, ya que ha valorado, como pruebas de cargo, el testimonio de los guardias civiles y el pertinente informe emitido por los peritos de la consejería de medio ambiente; al tiempo que ha rechazado la versión de los hechos dada por el propio acusado y la ofrecida por dos trabajadores encargados de la vigilancia de fincas colindantes a la del acusado.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/16880

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 4 febrero 2009.
Ponente: D. Manuel Vicente Garzón Herrero

Nullidad de la liquidación del IAE por fijar la ordenanza diferentes categorías para una misma calle

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ contra el acuerdo por el que se desestimaba el rec. de reposición formulado contra el recibo girado a la demandante por el IAE, pues en el asunto litigioso el Ayuntamiento no ha respetado las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico al publicar la Ordenanza Fiscal. La Sala considera que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca ni en el expediente ni en el recurso ha justificado los criterios que la Ordenanza Fiscal estableció, pues no

TS SOCIAL

2009/151108

TS Sala 4ª, Sentencia 9 junio 2009.
Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Denegación de mejora de prestaciones a prejubilados

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa siderometalúrgica demandada contra sentencia que acogió la pretensión de los trabajadores accionantes sobre mejora de prestaciones. Señala la Sala que aun cuando se entendiera que el acuerdo sobre cobertura socio-laboral incorporado a la resolución que aprobó el ERE en el supuesto enjuiciado, no ha tenido incidencia alguna en los derechos reconocidos por la norma de política asistencial para personal fuera de convenio, los actores no tendrían derecho a percibir el complemento de pensión de jubilación regulado en la citada norma, pues la recurrente no les ha concedido la jubilación, sino que extinguieron su contrato al acogerse a la prejubilación, pasando a percibir las correspondientes prestaciones por desempleo, accediendo a la jubilación desde la situación de prejubilación.

2009/151103

TS Sala 4ª, Sentencia 10 junio 2009.
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Inexistencia de precepto legal obligatorio de subida de salarios en función del IPC

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el comité de empresa accionante contra sentencia que rechazó la demanda de conflicto colectivo sobre incremento salarial. Explica el Tribunal que los incrementos salariales equivalentes al aumento del índice del coste de la vida en los contratos sujetos a convenios prorrogados era una obligación impuesta a los empresarios en la Ley 38/1973, de Convenios Colectivos, pero este precepto quedó derogado por el RDL 17/1977, de 4 marzo, por lo que, a partir de la vigencia de esta última disposición, los salarios, sin perjuicio de los mínimos establecidos legalmente, no experimentan otros incrementos que los que se hubieran pactado por las partes, no existiendo precepto alguno que imponga obligación de revisarlos en relación con el IPC.