



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 2742

Madrid, martes 6 de octubre de 2009

TS PENAL

2009/31702

TS Sala 2ª, Sentencia 30 marzo 2009. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Comisión por omisión del delito de detención ilegal

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de detención ilegal y estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que condena al otro acusado como autor por omisión del delito de detención ilegal, ya que ambos acusados conocían la situación de privación de libertad que sufría el perjudicado a manos de miembros de organización terrorista prácticamente desde poco después del secuestro, pero no ordenaron su liberación y tampoco lo hicieron cuando la familia les reclamó en la carta ocupada en el registro de su domicilio la puesta en libertad del secuestrado en cumplimiento de lo acordado después del pago del rescate.

Formula voto particular el magistrado D. Perfecto Andrés Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los dos motivos del recurso deben ser tratados conjuntamente dada la conexión interna que presentan. La Acusación Particular impugna, apoyándose en el art. 849.1º LECr, la absolución de dos acusados absueltos por considerar que de esa manera se han infringido los arts. 480, 481. 1. y 2. y 483 CP 1973 y 28 CP vigente.

Sostiene la parte recurrente que existe prueba de cargo de la autoría de los absueltos y en especial, por la vía del art. 849. 2º LECr que el Tribunal a quo valoró incorrectamente los informes periciales de inteligencia que constan en la causa.

En el segundo motivo, que en un orden sistemático debemos considerar en primer término, se afirma que de los informes obrantes al folio 2060 y ss. cabe deducir que el acusado Pedro y la acusada Isabel eran miembros de la Comisión Política del Grapo en el tiempo de los hechos, el primero como Cargo001.

Por lo tanto no es imaginable que sin la orden o la aprobación del primero se hubiera ejecutado el hecho, dada la estructura rígidamente jerárquica de la organización.

El primer motivo del recurso tiene un contenido similar. "Teniendo en cuenta -resume la recurrente- que se trataba del Cargo001 de la organización y de uno de los miembros más importantes de la misma, miembro de la comisión política de la organización, es de toda lógica imposible que en una decisión de esa envergadura los mismos no estuviesen, de hecho -agrega- declaraciones que así lo corroboran".

"El Comité central -insiste la recurrente- como máximo órgano de dirección del PC(r)-Grapo, gobernado en forma suprema por su secretario general, que actúa como caudillo (es) respetado y obedecido por toda la organización".

Por lo tanto, quienes tienen el mando deben ser considerados inductores y en este sentido la recu-

rrente transcribe declaraciones de Enrique, de Concepción y de José.

El recurso debe ser parcialmente estimado.

1. La llamada prueba pericial de inteligencia no está basada en las circunstancias concretas del caso. Sólo aporta información y conocimientos generales que no es posible aplicar sin más a todos los hechos cometidos por una organización de las características del Grapo.

En consecuencia no puede ser considerado documento a los efectos del recurso de casación, en la medida en la que no se refiere en concreto al hecho que es objeto de este proceso. Reiteradamente esta Sala ha subrayado que la prueba pericial sólo puede ser impugnada en el recurso de casación cuando el Tribunal a quo se haya apartado de ella contradiciendo conocimientos científicos o técnicos.

Al mismo tiempo se ha establecido que la circunstancia de que la opinión de los peritos haya sido registrada por escrito no convierte a éste en un documento en los términos del art. 849. 2º LECr, dado que no es vinculante para los jueces de la misma forma que lo es un documento que constata determinados hechos.

2. La argumentación del recurso impugna, asimismo, la tesis en la que se basa la sentencia recurrida, en tanto en ésta se sostiene que los hechos probados no permiten subsumir la conducta imputada a los mencionados acusados bajo las previsiones de la inducción al delito de detención ilegal previsto en el art. 483 CP 1973.

Sostiene en este sentido la Acusación particular que "si inductores son aquellos o aquel que determina directamente a otro a un hecho punible, e incluso se reconoce por la jurisprudencia la intermediación en la inducción, no es posible separar de la decisión importantísima de financiación de la organización terrorista y en concreto por medio de secuestros, estableciendo el primero el de D. Eduardo, a los procesados absueltos, precisamente por el lugar que ocupan en la cúspide de la organi-

SUMARIO

TS

CIVIL

Responsabilidad por fallecimiento de menor en el recreo del centro docente 6

Aplicación de la nacionalidad Mexicana a sucesión 8

PENAL

Comisión por omisión del delito de detención ilegal 1

ADMINISTRATIVO

Nulidad de la revisión del planeamiento urbanístico por falta de justificación del cambio realizado 10

SOCIAL

Cese de trabajador en edad de jubilación no vinculado a medida de fomento de empleo 12

Extinción de contrato por voluntad de trabajadora debido a retrasos y falta de pago de salarios 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

zación terrorista” (pág. 10 del escrito de formalización).

A continuación el recurso hace consideraciones sobre las declaraciones de coimputados durante la instrucción que a su juicio, sin fundamento técnico alguno, considera que podrían ser alegados en un recurso de casación.

3. El Tribunal a quo, por el contrario, ha estimado que no se ha probado en la causa que el jefe de la organización, en cuyo nombre se llevó a cabo el secuestro de la víctima, haya sido quien creó, como inductor, el dolo del delito en los autores que se distribuyeron las funciones operativas para el secuestro de la víctima.

La Audiencia no admitió que los acusados hayan participado en la reunión de la organización que tuvo lugar en la primavera de 1995, en la que se decidió la ejecución de secuestro extorsivos, para la financiación de la organización, de la que se da cuenta en el hecho probado.

De esta ausencia dedujo la Audiencia que ni Pedro, entonces secretario general del Partido Comunista Reconstituido, ni la acusada Isabel, miembro de la Comisión Política de dicho partido, podían ser considerados partícipes del delito, ejecutado por otro u otros miembros de la organización.

La Audiencia ha fundamentado su convicción en que, a su juicio, “no ha quedado acreditado que los acusados Pedro e Isabel, determinarían u ordenarían al coacusado Fernando y a los ya condenados por estos hechos a llevar a cabo el secuestro de D. Eduardo”.

Señala en este sentido que el testigo Enrique, que admitió haber participado en el secuestro, descartó la intervención de los acusados en el mismo.

También se remite a la declaración de José, prestada durante la instrucción (fº 602). Estima asimismo que la detención ilegal llevada a cabo “no abarca por el dolo de los inductores ni siquiera a título de dolo eventual” y que “más allá del mero conocimiento general que de los hechos pudieran tener, tampoco se ha probado que interviniesen en ninguna reunión acordando la líneas maestras de su ejecución, que fueron ideadas y ejecutadas por Enrique”.

A los efectos de la subsunción de los hechos, estimó el Tribunal a quo,

que la carta de la familia de la víctima que fue hallada en el piso ocupado por los dos absueltos en el piso que habitaban en París, sólo “indica que los acusados Pedro e Isabel, cuando menos, formarían parte del comando central del Grapo, pero no que ordenasen, por sí o por terceras personas, el secuestro de D. Eduardo” (p. 32 de la sentencia recurrida).

De todo ello infiere el Tribunal de instancia que “las cartas y demás documentos incautados en el piso clandestino que ocupaban en París (...) no son idóneos para dar el salto cualitativo que nos llevaría a inferir su participación en el hecho ahora enjuiciado, ni siquiera a título de inductores (...).

La pluralidad de hechos meramente periféricos no autoriza la conclusión pretendida por las acusaciones”.

Es claro que de todas estas consideraciones no surge, como dice con razón el a quo, que los acusados hayan dado las órdenes o que hayan tomado parte activa en el hecho.

Sin embargo, surge también que han tenido un “conocimiento general” de los hechos y que a partir de la recepción de la carta de la familia en agosto de 1996, después de que los miembros de ésta habían satisfecho el rescate exigido, no actuaron para disponer la libertad del secuestrado.

Estas circunstancias se ven corroboradas por otros hechos que la Audiencia Nacional también ha tenido por probados: el 29 de junio de 1995, dos días después del secuestro, se remitieron por un miembro de la organización cartas a “Las Provincias”, de Valencia, “La Voz de Galicia”, de Pontevedra y al “Heraldo de Aragón”, de Zaragoza, reivindicando la autoría del hecho y por el propio acusado Pedro, que en el juicio dijo “que le llegó la noticia del secuestro y lo ocurrido posteriormente a través de la prensa” (f. 1393).

Asimismo en su domicilio de París fue hallada otra carta del acusado Fernando de abril de 1998 en la que explicaba su exclusiva sumisión a las órdenes del acusado.

En suma: los acusados conocían la situación de privación de libertad que sufría Eduardo a manos de miembros de la organización terrorista prácticamente desde poco después del secuestro, pero no ordenaron su liberación y tampoco lo hicieron cuando la familia les reclamó en la carta de agosto de 1996, ocupada en el registro de su do-

micilio, la puesta en libertad del secuestrado en cumplimiento de lo acordado después del pago del rescate.

4. El problema de la responsabilidad por omisión de los acusados por la detención ilegal en la que no participaron mediante actos positivos estaba, por lo tanto, no sólo implícito en las acusaciones, dado que éstas sostenían su pretensión alegando la comisión de un delito de omisión (art. 483 CP 1973), sino porque explícitamente afirmaban que el acusado Pedro debía ser esponsabilizado del secuestro y no liberación de D. Eduardo por el dominio que tenía sobre los miembros de organización, autores directos del hecho, por el conocimiento del hecho y porque ocupaba la Cargo001 del Partido Comunista de España Reconstituido, que, como dicen los hechos probados, “constituye junto a los Grapo, una única organización terrorista con un brazo político que (es) el PCE y otro brazo militar que ejecuta órdenes del anterior”.

En el acta del juicio se percibe, además, a través de sus respuestas a los interrogatorios, que la no liberación del secuestrado por parte del acusado Pedro fue objeto central del debate, sobre todo por la importancia acordada a la carta de la familia de Eduardo que el acusado admitió haber tenido en su poder cuando fue detenido y ser consciente de que en ella se reclamaba la puesta en libertad del secuestrado (ver f. 1391 y ste.).

Y si bien el mismo acusado niega haber participado en el secuestro, reconoce, no obstante, que Enrique, conductor de la furgoneta utilizada para el secuestro, era miembro del partido y del Grapo (ver f. 1392) y que “los militantes del partido inclinados a dar respuesta a una acción fascista, un asesinato...deben salir del partido e ir allí donde le admitan para tal fin.

Por tanto, el responsable del partido tiene el deber de impedir que eso suceda y que nadie participe en nombre del partido en esas acciones” (f. 1393).

La línea de defensa seguida por el acusado también corrobora cuál fue el objeto del debate. La Defensa de Pedro rechazaba la responsabilidad que se le imputaba sosteniendo que el partido y el Grapo eran organizaciones diferentes, es decir, sosteniendo, en definitiva, que carecía de poderes para ordenar la liberación del secuestrado.

Consecuentemente, la Sala, con apoyo en el art. 897 LECr, solicitó al Ministerio Fiscal y a las demás partes del recurso, mediante la providencia de 13.1.2009, un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida, es decir de la responsabilidad por omisión de los acusados considerados miembros de la organización terrorista que, después de la detención de la víctima, se atribuyó el secuestro de la víctima.

A tales efectos se tuvo en cuenta en primer lugar que la Acusación particular imputaba a los acusados -dejando de lado los aspectos referentes a la carga de la prueba- no haber acreditado la liberación de la víctima, hasta hoy en paradero desconocido, en el sentido del art. 483 CP 1973, es decir, por un delito de omisión.

En segundo lugar que la cuestión fue objeto del debate en la medida en la que la familia de la víctima reclamaba a los acusados la puesta en libertad del secuestrado antes y después del pago del rescate.

A su vez los acusados sostuvieron en su defensa especialmente “que el Grapo y el PCER son organizaciones distintas” (pág. 18 de la sentencia recurrida), con lo que no sólo afirmaban su ajenidad con la comisión del secuestro, sino también su incapacidad de acción para cumplir con la liberación que se les reclamaba.

Asimismo se consideró que en el tipo básico y rector de los delitos de detención ilegal de los arts. 480 y ss. CP 1973 la ilicitud no exige una forma específica de comisión que pueda excluir la modalidad omisiva de su realización, dado que, en dichos tipos penales acción y omisión son equivalentes desde el punto de vista del texto legal, de su repercusión sobre el objeto de protección y del sentido social de una y otra modalidad.

Es evidente que el delito se comete tanto privando a otro de su libertad como no liberándolo pudiéndolo hacer.

Por último, la Sala tuvo en cuenta también que la figura jurídica de la comisión por omisión había sido aplicada por la jurisprudencia, por lo menos desde la SSTS 12-2-1892, no obstante el silencio legal al respecto, sobre la base del texto del art. 1 CP 1973, que sólo se refería a “las omisiones voluntarias penadas por la ley”, admitiendo la posibilidad de que el deber de actuar fuera incluso de naturaleza moral.

Si bien en algunas resoluciones jurisprudenciales se hizo referencia a la "existencia de un deber jurídico de impedir el resultado" (p. e. STS 30-1-1945), no se llegó a excluir explícitamente que el deber de actuar pudiera emerger incluso de deberes morales como había sido sostenido en sostuvo en la citada STS de 12-2-1892.

Por esta razón consideró la Sala que el art. 11 CP vigente, en tanto limita las posibles posiciones de garante a la infracción de deberes jurídicos, constituye una ley posterior más favorable al acusado y que, por lo tanto, si cupiera, debía ser aplicado retroactivamente al presente caso (art. 2º. 2. CP).

Las acusaciones coincidieron en que el art. 11 CP es aplicable en el presente caso.

La Acusación Particular sugirió en dicho trámite nuevas medidas de prueba, porque estima que esta Sala podría solicitar a la Audiencia Nacional testimonios de nuevas declaraciones que podrían ser unidos a la presente causa.

La Sala no puede admitir dicha sugerencia, toda vez que ella es incompatible con el procedimiento del art. 897 LECr y, además, carece de toda relevancia en el presente caso.

En efecto, las cuestiones sobre las que está permitido al Tribunal de casación requerir mayor información sólo son cuestiones de derecho, que, por lo tanto, no afectan en nada a las cuestiones de hecho.

La Defensa, como se dijo en los antecedentes, consideró excluida esta posibilidad sosteniendo que los acusados no tuvieron conocimiento previo del plan del secuestro y que no crearon una ocasión de peligro para la libertad de D. Eduardo.

5. A los efectos de la aplicación del art. 483 CP 1973 es necesario establecer que el que omite acreditar que ha dejado a la víctima en libertad debe ser un "reo de detención ilegal".

Se requiere, consecuentemente, comprobar que los acusados intervinieron, por lo menos omisivamente, de una manera jurídico penalmente relevante en la detención ilegal.

Precisamente, la problemática de la responsabilidad de la cúpula de la organización por los delitos cometidos en nombre de la misma constituye un tema de especial importancia entre los que presenta la criminalidad organizada.

La cuestión ha sido objeto de especial tratamiento por parte de los tribunales italianos en los años ochenta del siglo anterior, en resoluciones en las que se discutió el posible fundamento de tal responsabilidad. Inicialmente la respuesta positiva se vinculó al concepto de

"responsabilidad por la posición" derivada, sin más, del papel directivo en el ámbito de la organización (confr. sentencias de la Corte di Assise de Roma, de 24.1.1983; de Génova, de 26.2.1983; de Milán, de 21.6.1980; de Florencia, de 24.4.1983).

Esta fundamentación fue considerada, más tarde, como incompatible con el principio de la responsabilidad personal establecido expresamente en el art. 27 de la Constitución italiana, implícito en el art. 10.1. CE.

En algunas decisiones, sin embargo, esta solución fue presentada desde la perspectiva de la prueba de la participación activa en el hecho, considerando que las máximas de experiencia permitirían afirmar la alta probabilidad de que los objetivos de la organización hayan sido señalados por los jefes de la misma (confr. Corte di Assise de Turín, de 26.7.1983).

Pero, este punto de vista ha sido censurado, con razón, por la doctrina, por entender que se basa en un "vicio lógico" consistente en la falta de adecuación de la regla al caso concreto, lo que desemboca en una presunción de participación carente de justificación probatoria.

En la misma dirección, aunque sobre distintas bases, se ha considerado posteriormente en la jurisprudencia italiana que existe en esta especie de organizaciones una regla organizativa interna de la cual se deriva para los miembros de la cúpula un poder de control sobre las acciones de otros miembros, a partir del cual la omisión de impedir una iniciativa criminal resulta equivalente a una autorización de la misma, en la forma de remoción de un obstáculo para la ejecución del delito (Corte de Casación, secciones unidas, de 30.10.2003).

6. En la doctrina el problema de la responsabilidad por las acciones de personas subordinadas es planteado en el marco de las reglas de la comisión por omisión, que define el art. 11 CP, analizando en particular la posible existencia de un deber de garante que incumbiría a quienes tienen una determinada autoridad y la posibilidad de vigilancia sobre otras personas, de cuya conducta pueden derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos.

En este sentido se ha considerado que "también las personas, cuyas conductas están bajo control de quien ejerce una vigilancia sobre ellas, pueden ser una fuente de peligros" y el cuidado y control de la misma puede ser objeto de un deber de garante que imponga al sujeto evitar que tales peligros se concreten en el resultado del tipo de un delito.

En tales casos, se ha sostenido incluso, que el fundamento del deber

de garante derivado de la autoridad tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso como de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente de peligros, análogo al que rige para

■

"...el art. 483 CP sólo puede ser cometido dolosamente y ello implica que el autor debe haber conocido las circunstancias que le hubieran permitido dar razón del paradero de la víctima o, teniéndola secuestrada, haberla dejado en libertad. Estos extremos no pueden, al menos con los hechos que constan probados, ser afirmados en el presente caso. Es claro que si se le imputa al acusado que, pudiendo, no hizo ningún intento de evitar la continuación de la detención ilegal cometida por sus subordinados, de ello no cabe inferir con seguridad que tuviera conocimiento del lugar en el que se encontraba el detenido ni que haya podido, por lo tanto, dar razón del paradero del secuestrado..."

■

los peligros provenientes de cosas, pero que, en este caso, está referido a peligros emergentes de personas.

En este contexto una parte de la doctrina ha subrayado asimismo que, en casos como el que estamos considerando, las reglas específicas de responsabilidad del que dispone de poderes de mando, como los existen-

tes, por ejemplo, en el derecho penal militar (por ejemplo: art. 615 bis CP; ver al respecto: STS (Sala de lo Militar) de 3.11.08), "no tienen carácter excepcional", agregando que, de cualquier manera, en supuestos de esta especie también "los criterios de la ingerencia conducen a un deber de garantía".

Gráficamente se ha señalado que en el marco de una organización el deber de garantía corresponde al que "hubiera podido impedir la comisión del delito con una palabra de autoridad".

Un punto de vista similar ha sido también sostenido por el Tribunal Federal Suizo en 1970 en el caso "Bührle" (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, 96 IV 155 (174 s.)), en el que la posición de garante se dedujo no sólo de la posición formal del acusado, sino de su ocupación de "un rol dominante" dentro de una determinada organización.

Consecuentemente, el garante será responsable de no haber evitado el resultado de un delito no sólo por haber infringido un deber formal, sino cuando además haya tenido la capacidad de acción y el poder real de evitarlo.

Este punto de vista ha sido formulado afirmando como principio de la imputación que la omisión de evitar un resultado, que ésta sólo es equivalente a la acción de producirlo cuando el omitente disponga de "un poder de dominio sobre la causa del resultado".

Asimismo se indica, a tales efectos, que "el deber de garante se conecta con un momento real, consistente en asumir el dominio sobre una 'fuente de riesgos personales' de aquellos que están bajo la supervisión" del omitente.

Cierto es que, al menos en parte, estos criterios han sido elaborados en relación a organizaciones que, en principio, pueden ser consideradas legales, como es el caso de los directivos de sociedades mercantiles.

La Sala estima, sin embargo, que el carácter peligroso de la organización no depende su legalidad o ilegalidad y que, consecuentemente, lo que vale respecto de organizaciones legales no tiene por qué no regir para las que son manifiestamente ilegales.

Lo decisivo, como ha señalado también una parte de la doctrina es "la estructura real de dominio" dentro de una organización jerárquica que define entre sus medios de acción la comisión de delitos contra terceros, adoptando un régimen interno equivalente a la disciplina militar.

Estos puntos de vista resultan totalmente compatibles con el texto del art. 11 CP. El texto legal establece,

siguiendo en su primer párrafo un criterio material de las fuentes del deber de actuar, que la omisión de impedir el resultado de un delito es punible como la ejecución activa del mismo cuando el omitente infrinja un deber jurídico especial y la omisión sea equivalente a la causación del resultado.

En su segundo párrafo el art. 11 CP agrega que esta equivalencia será de apreciar cuando el deber de impedir el resultado provenga de una ley o de un contrato y cuando el omitente haya creado una situación de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Es evidente que el párrafo segundo sólo establece las fuentes admisibles del deber jurídico especial. Pero, no establece, por el contrario, los criterios de la equivalencia entre acción y omisión de impedir el resultado.

Por lo tanto, la posición de garante deriva de la existencia de un deber formal emergente de la ley o de un contrato (art. 11.a)) o del deber emergente de una especial posición respecto del bien jurídico (art. 11 b)) y de la equivalencia de la omisión con una acción.

La necesidad de no confundir las cuestiones del deber de actuar con las de la equivalencia de la omisión con la acción ha generado diversos puntos de vista interpretativos sobre la necesidad adicional de un principio material de imputación que permita afirmar la equivalencia de la omisión con una acción sin caer en una solución tautológica, a la que conduciría un entendimiento literal del texto.

No sería adecuada a la voluntad del legislador una interpretación que estableciera que incumplir un deber jurídico de actuar es equivalente según el texto de la ley cuando haya sido infringida una obligación derivada de la ley.

Es evidente que de esta manera el requisito de la equivalencia se superpondría con la infracción del deber jurídico. Los casos de injerencia (art. 11, b)), por lo demás, no son una excepción, dado que en ellos el deber de impedir la lesión también proviene de la ley.

Nuestra doctrina discute, en consecuencia, sobre el carácter "abierto" o "cerrado" de los deberes establecidos por la fórmula legal.

En realidad, el objeto de esta discusión, más precisamente formulado, se refiere a si la ley, atendiendo al tenor del primer párrafo del artículo, además de la infracción del deber formal requiere un principio de imputación material, que establezca la equivalencia de la infracción del deber de actuar con la realización activa del tipo.

Probablemente sea mayoritaria la opinión de quienes sostienen que el segundo párrafo del art. 11 CP debe ser interpretado "como ejemplificador de supuestos en que puede darse la efectiva equivalencia material que requiere el inciso primero", considerando que "la cuestión decisiva seguirá siendo, entonces, cuándo se da esta equivalencia material".

Este criterio interpretativo es de observar también en la doctrina italiana respecto de una norma cuyo texto guarda, *mutatis mutandi*, una cierta analogía con el de nuestro derecho vigente.

A partir de estas consideraciones, el texto legal permite afirmar la responsabilidad de los miembros de la cúpula de un partido político, que decide actuar como una organización criminal, si se comprueba tanto la infracción de un deber jurídico como el dominio del autor sobre la fuente de peligros.

7. Aclarado la cuestión de la regulación legal de la posición de garante y teniendo en cuenta que una organización que postula como uno de sus fines la lucha armada constituye una fuente de peligros personales, es preciso comprobar cada uno de los requisitos implícitos en el art. 11 b) CP.

Es decir, en el tipo objetivo:

- a) la existencia de un deber resultante de la creación de un peligro previo de producción de un resultado típico,
- b) la capacidad de acción del omitente y su dominio sobre la fuente de peligros personales,
- c) la causalidad hipotética de la misma.

En el tipo subjetivo: el dolo de los delitos de omisión.

(a) Es claro que la organización terrorista en cuyo nombre se llevó a cabo el secuestro de la víctima es una organización peligrosa, en el sentido de ser una fuente de riesgos para bienes jurídicamente protegidos y que esta fuente de riesgos preexistía a la realización del secuestro.

La Audiencia ha consignado en los hechos probados que el acusado Pedro, "era Cargo001 del Partido Comunista de España Reconstituido y que Isabel, era miembro de la Comisión Política del citado partido político, que constituye, junto a los Grapo, una única organización terrorista con un brazo político que (es) el PCER y otro brazo militar que ejecuta las órdenes del anterior".

La sentencia explica en sus fundamentos de derecho la unidad organizativa del PCER y el Grapo y se apoya en este sentido, entre otras razones, en las conclusiones a las que llegó la Sentencia 31/2006 de la Au-

dencia Nacional (Sección segunda), confirmada por la STS 655/2007, en la que se sostuvo que "la organización PCER-GRAPO se constituye como una asociación integral formada por dos ramas, una política y otra militar, que defiende la lucha armada como vía para la consecución de sus objetivos, (...) cuyo máximo órgano de responsabilidad es el comité central".

También se explica que esta conclusión no resulta contradicha por la SAN (Sección Segunda) 12/1979, en la que, casi veinte años antes del hecho objeto de este proceso, se afirmaba que el PCER y el Grapo eran organizaciones diferentes.

Lo cierto es que en la sentencia recurrida se ha podido establecer que se trata de una organización unificada y que una organización de estas características es evidentemente una fuente de peligros para los bienes jurídicos de la generalidad.

El carácter ilegal de esta organización peligrosa, que parte de la doctrina requiere como condición del deber de garante en los supuestos de injerencia, no ofrece ninguna duda.

Por lo tanto, la discusión doctrinal sobre si la fuente de riesgos debe ser producto de una acción antijurídica o si también una acción no antijurídica es idónea para determinar la posición de garante, carece en este caso de trascendencia.

En la sentencia recurrida no consta que el acusado Pedro haya sido el creador originario de la ocasión de riesgo, es decir, el fundador de la organización que admite los medios característicos de la llamada "lucha armada".

Sin embargo ello no excluye su posición de garante, dado que el fundamento de la responsabilidad no depende sólo de la creación originaria de la fuente de peligros, sino también de la aceptación de la función de dirección, y, por lo tanto, de supervisión y cuidado, de una fuente de riesgos preexistente.

Consecuencia de ello es que la aceptación de la dirección de la fuente de peligros constituye al sujeto en garante de la no concreción de esos riesgos y le atribuye una función de cuidado y seguridad respecto de los provenientes de la asociación política para bienes jurídicos ajenos.

En todo caso: quien asume la dirección de una organización configurada como una fuente de peligros, sin modificar este aspecto de la misma, acepta la posición de garante respecto de los riesgos que la organización que dirige implica para bienes jurídicos ajenos.

(b) La capacidad de acción y dominio de la fuente de peligros de los acusados exige distinguir los distintos poderes de cada uno de ellos.

De los hechos probados surge con claridad que el acusado Pedro tenía, por la posición ocupada en el PCER y en el Grapo, poder de mando sobre una organización de estructura análoga a la militar.

Tal capacidad de mando existe incluso cuando algún miembro de la organización pueda haber actuado ocasionalmente por su cuenta y riesgo.

La capacidad de acción y el dominio sobre la fuente de peligro, por lo tanto, no es cuestionable en los delitos de ejecución permanente en el tiempo, como la detención ilegal, puesto que el cese puede ser ordenado en cualquier momento mientras transcurre la privación de la libertad.

En los delitos instantáneos, por el contrario, dependerá de si el omitente tuvo conocimiento del plan del delito y pudo intervenir antes de la ejecución.

Sin embargo, no consta que todos los miembros de la dirección de la organización dispusieran del tal poder de mando sobre los miembros de la misma.

De ello se deduce que la acusada Isabel carecía de la capacidad de acción requerida por la posición de garante.

En tanto no trató la cuestión de la omisión, la Audiencia, sólo tuvo en cuenta la prueba a los efectos de establecer la participación activa de los mismos como inductores.

Los documentos incautados en el piso clandestino que los acusados ocupaban en París fueron, por lo tanto, no fueron considerados más que a los efectos de la inducción al secuestro de Eduardo.

Esta Sala ha tomado conocimiento de tales documentos haciendo uso de las facultades que le otorga el art. 899 LECr y ha podido comprobar que de ellos se desprende que el acusado Pedro tenía la capacidad de acción, y consecuentemente de mando, necesaria para hacer cesar el secuestro y restituir la libertad a la víctima, con lo que queda establecido el primer elemento que requiere la responsabilidad por la omisión.

En efecto, en las cartas manuscritas suscritas por el coprocesado Silva (folios 3633/3648 y 3650/3659), condenado por la ejecución del secuestro, queda totalmente claro que éste reconocía su obligación de obediencia respecto de las órdenes impartidas por Pedro como jefe de la organización, sin oponer ninguna excepción.

Allí se puede leer que "las reuniones donde se deciden planes las preside Pedro" (nombre usado por el acusado Pedro en la organización) y que Silva manifiesta a otros miembros de la organización:

“yo no tomo decisiones por mi cuenta. Que las decisiones se toman en las reuniones presididas por Pedro”. Asimismo, en la carta de la familia de Eduardo, de agosto de 1996, se deja claro el reclamo de la misma para que el Grapo cumpla con el compromiso de liberar a D. Eduardo, dado que ya había sido pagado el rescate.

Aunque no es posible saber cuánto esta carta (que según la declaración del acusado en el juicio oral se encontraba archivada en una carpeta azul ocupada en su domicilio de París) llegó a poder del acusado Pedro, es, sin embargo, seguro que en ese momento D. Eduardo no había sido aun liberado.

(c) De dichos elementos se desprende también la concurrencia del tercer elemento de la responsabilidad por omisión: el requisito de que la acción omitida sea hipotéticamente causal a los efectos de impedir la realización del tipo o evitar la continuidad de la ejecución de un delito permanente.

La causalidad hipotética es de apreciar cuando se comprueba la probabilidad, rayana en la seguridad, de que la realización de la acción mandada hubiera evitado el resultado típico o hubiera interrumpido la ejecución de la acción lesiva.

Es prácticamente seguro y ninguna circunstancia permite dudar de ello, que, dado el régimen militarizado de la organización establecido en los hechos probados, si el acusado Pedro hubiera ordenado la liberación de la víctima la misma se hubiera llevado a cabo.

(d) No obstante la concurrencia de los elementos reseñada, no es posible imputar al acusado Pedro un delito consumado de detención ilegal (art. 481.1º CP).

En la medida en la que no se han probado las circunstancias de la detención y la continuación de la misma es preciso tener en consideración la hipótesis más favorable al acusado.

Por el contrario surge con claridad de los hechos probados que el acusado no dio orden de liberar a la víctima, es decir, no realizó, pudiendo, intento alguno de hacer cesar la detención.

En tanto el Tribunal ignora si al tomar conocimiento de la detención era posible la liberación o si ésta ya había tenido lugar, sólo es posible imputarle no haber intentado que sus subordinados pusieran en libertad al secuestrado.

Esta configuración de los hechos se corresponde con la tentativa en los delitos impropios de omisión, que es de apreciar cuando el garante no ha intentado impedir la comisión del delito o la continuación de su

ejecución, es decir, no ha practicado todos o parte de los actos que objetivamente hubieran impedido el resultado, y, no obstante, el resultado, que no se intentó impedir, no ha tenido lugar por causas ajenas a su voluntad.

La figura de la omisión del intento como esencia de la tentativa en los delitos de omisión ha sido elaborada en la teoría desde hace más de medio siglo.

La existencia en las legislaciones modernas de reglas especiales para comisión por omisión le proporciona actualmente un apoyo legal.

Modernamente se ha reconocido que “en los delitos impropios de omisión la tentativa tiene una significación práctica relevante”. En la tentativa de los delitos de omisión -se ha dicho también- “se trata, en verdad, de la omisión del intento de ejecutar la acción descrita en el mandato” (de acción).

Asimismo se ha precisado que “la tentativa de actuar será omitida, cuando exista capacidad de intentar-la y no se la realiza” o, con otras palabras:

“A diferencia de lo que ocurre con el autor activo, que se refiere a la realización activa del hecho, la decisión del autor de la omisión se dirige a no evitar el resultado próximo, aunque ello le haya sido posible”.

En casos como el presente cabe incluso apreciar una tentativa idónea, toda vez que el bien protegido estaba desde el primer momento en peligro y el omitente no intentó cumplir con un mandato idóneo para lograr el cese de la detención al tener conocimiento de la misma.

Es cierto que la omisión de intentar impedir el resultado no será de apreciar cuando el garante haya realizado un intento serio, aunque infructuoso, de cumplir con el deber que le incumbe.

Pero, en el presente caso falta totalmente cualquier intento; el acusado Pedro ni siquiera alegó haber hecho el intento de impedir la continuación de la detención de D. Eduardo.

En conclusión: en este caso el acusado Pedro se ha hecho responsable de un delito de detención ilegal en grado de tentativa.

(e) El tipo subjetivo del delito de detención ilegal cometido por omisión no ofrece dudas: el acusado conocía su propia posición en la organización y su capacidad de actuar, la existencia de la detención ilegal del secuestrado, de la que la organización se responsabilizó a través de la prensa poco después de ejecutarla, y sabía que tenía los medios para hacerla cesar.

Concurrieron en su conducta, por lo tanto, todos los elementos que definen el dolo de los delitos de omisión.

(f) Establecido que el acusado Pedro es “reo de detención ilegal”, debe ser resuelta la cuestión de la tipicidad del hecho respecto del tipo agravado del art. 483 CP. La respuesta debe ser negativa.

En efecto, el art. 483 CP sólo puede ser cometido dolosamente y ello implica que el autor debe haber conocido las circunstancias que le hubieran permitido dar razón del paradero de la víctima o, teniéndola secuestrada, haberla dejado en libertad.

Estos extremos no pueden, al menos con los hechos que constan probados, ser afirmados en el presente caso. Es claro que si se le imputa al acusado que, pudiendo, no hizo ningún intento de evitar la continuación de la detención ilegal cometida por sus subordinados, de ello no cabe inferir con seguridad que tuviera conocimiento del lugar en el que se encontraba el detenido ni que haya podido, por lo tanto, dar razón del paradero del secuestrado.

Por todas estas razones le es imputable la comisión (por omisión) del delito del art. 481,1º CP 1973 en grado de tentativa.

FALLO

Por todo lo expuesto la Sala ha decidido:

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al Recurso de Casación interpuesto por Dª Pilar (acusación particular) contra Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2007, dictada por La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección tercera, en causa seguida contra Fernando, Pedro, y Isabel, y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia en los extremos que afecten a dicho recurso, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos con devolución de la causa remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de marzo de dos mil nueve

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

Asimismo, en lo concerniente a la pena aplicable es de considerar en primer lugar, que la individualización legislativa establece en el art. 57 bis CP 1973 que en los delitos relacionados con “elementos terroristas” la pena se impondrá en su grado máximo.

Dentro del grado máximo la individualización judicial debe considerarse desde el punto de vista de la prevención especial la personalidad del autor y desde la perspectiva de la prevención general la gravedad del daño culpablemente causado.

En cuanto a la primera cuestión la sala estima que la decisión del autor de asumir la dirección de una organización terrorista que dirige sus ataques contra personas ajenas a todo conflicto, de lo que no consta su arrepentimiento, revela una personalidad peligrosa para los bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, el daño causado por la detención ilegal es grave por sí mismo, dado que afecta un bien jurídico extraordinariamente importante en la escala de valores constitucionales.

Asimismo, no existen circunstancias que pudieran ser apreciadas a los efectos de atenuar el reproche.

FALLO

Por todo lo expuesto fallamos:

1º) Que debemos condenar y condenamos a Pedro como autor por omisión del delito de detención ilegal con exigencia de rescate (art. 481, 1º CP 1973) a la pena de siete años de prisión mayor, con las accesorias legales y con la prohibición de que el condenado vuelva al lugar en el que resida la familia de la víctima y a indemnizar a D. Eduardo con la suma de 300.500 euros y en 2.404.048, 40 a los miembros de la familia de la víctima titulares de la suma entregada para el rescate, así como al pago de la mitad de las costas.

2º) Que debemos mantener el resto de pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Enrique Bacigalupo Zapater.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 257/2009, de 30

de marzo que resuelve el recurso de casación número 10183/2008P.

Mi discrepancia de la mayoría se funda:

a) en que los hechos descritos en la sentencia de instancia, no sólo no prestan base a la hipótesis acogida en la sentencia de casación, sino que incluso contienen elementos que abiertamente la contradicen;

b) en que esa hipótesis no fue llevada al juicio en sus propios términos.

Por todo, no cabe hacerla valer sin que padezcan el principio acusatorio y otros principios.

A) En cuanto a lo primero, la Audiencia Nacional declara probado, es cierto, que Pedro, en la época de la acción delictiva a que se refiere esta causa, era Cargo001 del llamado Partido Comunista de España Reconstituido; organización que junto con la conocida como Grapo conformaría un único complejo terrorista, del que aquél sería el brazo político y la segunda el militar.

Pero también hay que advertir que, antes, el propio tribunal da por cierto que en la primavera de 1995, varios miembros del comité central de los Grapo, de manera autónoma -esto es, al margen de la dirección del PCR- decidieron llevar a cabo el secuestro de Eduardo; y uno de ellos, Enrique, con el acuerdo de todos, asumió la máxima responsabilidad de esta acción delictiva.

Pues bien, a mi entender, lo que se infiere de lo último es que el organigrama aludido, si era tal, denotaba una patente falta de rigidez; aparecía, al menos, sensiblemente abierto.

En efecto, pues no impidió que una operación de la relevancia de la ideada -dirigida a obtener recursos con que financiar la actividad terrorista, nuclear, para todo el entramado criminal en su conjunto- pudiera montarse con independencia del señalado como órgano supremo de dirección.

O sea, por un aparato subalterno y de competencias meramente ejecutivas, en aquel esquema.

De este modo, lo cierto -y es un presupuesto fáctico del que hay que partir- es que Pedro no contó nada en el diseño y en la ejecución del secuestro, a pesar del relieve de la operación. Lo que, si algo indica, es que su poder como dirigente, al menos en este supuesto, no fue tal. Por más que en algún momento llegara a tener noticia de aquélla.

Y, si es así, como así resulta de los hechos probados, falta base empírica para afirmar que quien no tuvo ningún papel en el planeamiento del delito, pudiera haber actuado con decisiva eficacia para poner fin a la situación creada con él.

La carencia de sustento en elementos del cuadro probatorio, es tal que la mayoría, para llenar el vacío de sustancia fáctica, ha de acudir a un recurso teórico, de teoría de las organizaciones criminales.

Éste consiste en suponer que -todas y en todas las situaciones- funcionan como aparatos férreamente articulados. Algo que, en una aproximación general, podría ser más o menos cierto, pero que puede admitir gradaciones e incluso excepciones.

Y que, en este caso, a tenor de los hechos, no se dio. Desde luego, la Audiencia Nacional no lo afirma.

Por eso, cuando el déficit de acreditación de una circunstancia fáctica (aquí, la de que Pedro tenía efectiva capacidad de dirección, pudo haberla ejercido y no la ejerció), se cubre acudiendo a un esquema formal-abstracto, se incurre en petición de principio.

Se da por probado lo que tendría que estar acreditado en concreto, y no lo está.

En efecto, pues el aludido paradigma organizativo no es un enunciado asertivo de contenido fáctico basado en la prueba, sino un modelo formulado en lenguaje prescriptivo. Respecto del cual, además, en este asunto, la sala de instancia llegó, con certeza práctica, a la conclusión de que no había tenido vigencia.

B) Yendo a lo segundo, diré que, si no consta que Pedro hubiese gozado del poder necesario para ordenar la finalización del secuestro y ser obedecido; es decir, si no estuvo en su mano la inevitabilidad o la cancelación del resultado, y si de los hechos se desprende más bien lo contrario; sí consta, en cambio, que ninguna de las partes acusadoras le atribuyó con la necesaria precisión ese comportamiento omisivo.

Y lo cierto es que, con un modo de proceder simétrico al evidenciado en lo que acaba de exponerse, la mayoría trata de cubrir ese vacío de imputación efectiva, con un nuevo recurso teórico; en este caso de dogmática de la comisión por omisión, relacionándolo con el aludido modelo organizativo de los grupos criminales.

Así, concluye, el poder de dirección de uno de éstos constituye, por principio, al que lo ostenta, en la posición jurídica de garante de todos los bienes que pudieran verse afectados por cualesquiera acciones atribuibles al mismo.

Con lo que la acusación de implicación activa en una de éstas, llevaría implícita también la relativa a la omisión del acto o actos adecuados para impedirlos o cancelarlos, que es lo que permitiría la condena por este otro título.

Pues bien, creo que razonando de ese modo, sin la necesaria base fáctica, se opta, en perjuicio del reo, por la más perjudicial de las hipótesis, en contra de lo que impone el principio de presunción de inocencia.

También se redefine, mediante una extensión analógica, el tipo penal aplicado, con lesión del principio de legalidad; en lo que es una ampliación desmesurada de los conceptos de autoría y responsabilidad penal, por la vía de la extrema abstracción, objetivación y normativización del riesgo.

Y, en fin, es claro que asimismo padece el principio acusatorio, por la

creación de oficio, en sentencia, de una comisión por omisión, para la que faltan presupuestos probatorios y procesales.

Es por lo que entiendo que tendría que haberse mantenido lo resuelto por la Audiencia Nacional en este punto.

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



2009/150923

TS Sala Iª, Sentencia 30 junio 2009. Ponente: D. Francisco Marín Castán

Responsabilidad por fallecimiento de menor en el recreo del centro docente

Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que revocando en parte la de instancia, estimó en parte la demanda y condenó solidariamente al centro docente y a su aseguradora a indemnizar a los padres de la niña, que murió a consecuencia de un golpe en la cabeza sufrido durante el recreo.

Presentan recurso de casación conjunto ambas partes contra la sentencia que estimó en parte la demanda y condenó solidariamente al centro docente y a su aseguradora de responsabilidad civil a indemnizar a los padres de la niña. Confirma la Sala la responsabilidad solidaria del centro docente y su aseguradora frente a los padres y la hermana de la niña, alumna del centro. Señala que la razón causal de este fallo es la configuración cuasi-objetiva, según la doctrina científica y la jurisprudencia, de la responsabilidad civil establecida en el párrafo quinto del art. 1903 CC. En relación a la responsabilidad de la aseguradora, añade que no había causa suficientemente justificada para dejar de indemnizar a los familiares más próximos de la niña fallecida, existiendo como existía un seguro de responsabilidad civil del centro docente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante de este recurso de casación versa sobre la responsabilidad solidaria de un centro docente y su aseguradora frente a los padres y la hermana de una niña, alumna de dicho centro, que murió a los seis años de edad a consecuencia de un golpe en la cabeza sufrido durante el recreo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar caso fortuito el empujón propinado a la niña por otro alumno, que la hizo perder el equilibrio y golpearse contra un banco fracturándose el lado izquierdo del cráneo.

Se razona al respecto que no hubo ningún descuido del personal docente, que había tres profesoras encargadas de vigilar a los niños de primaria y otros dos a los alumnos de educación infantil, que la coincidencia de uno y otro grupo en la parte cubierta del patio, ya que estaba lloviendo, sólo se dio durante unos cinco minutos, siendo en total aproximadamente 300 niños con cinco profesoras, y en fin, que cualquiera que fuese "el número de alumnos existentes en el porche, el accidente hubiera sido igualmente inevitable ya que derivó de una reacción súbita de un alumno propinando un empujón a la menor".

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, el tribu-

nal de segunda instancia lo acogió en parte y, revocando la sentencia apelada, estimó en parte la demanda y condenó solidariamente al centro docente y a su aseguradora de responsabilidad civil a indemnizar a los padres de la niña en 36.060'70 euros y a la hermana de ésta en 9.015,18 euros, cantidades que devengarían el 20% anual desde el 25 de marzo de 1999, fecha del siniestro.

Razón causal de este fallo es la configuración cuasi-objetiva, según la doctrina científica y la jurisprudencia, de la responsabilidad civil establecida en el párrafo quinto del art. 1903 CC, aplicable al caso porque la concentración de unos 300 niños a cargo de tres profesoras en un pasillo cubierto en forma de L de aproximadamente 200 m², por estar lloviendo, suponía una "culpa levísima" por exceso de la relación alumnos/profesor, próxima a los 100 niños por cada profesora, en una situación que no permitía a los niños moverse, corretear o jugar con espacio suficiente y, en cambio, propiciaba "los contactos físicos más o menos bruscos", de suerte que el cuidado y la atención no habían sido suficientes y los profesores y la dirección del colegio no habían logrado acreditar toda la diligencia que les era exigible.

En cuanto al interés del 20% de las sumas indemnizatorias, que según el fundamento jurídico cuarto será sólo a cargo de la aseguradora codemandada, su imposición se justifica por el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en relación con la pasividad de dicha aseguradora al no pagar ni haber ofrecido cantidad alguna a los demandantes.

El recurso de casación se interpone conjuntamente por la entidad titular del centro docente y su aseguradora mediante dos motivos: el primero pretende la exoneración total de ambas demandadas-recurrentes por no deber apreciarse responsabilidad alguna del centro docente y el motivo segundo pretende se suprima la condena a pagar el 20% de las sumas indemnizatorias por mediar causa justificada para no haber satisfecho indemnización o pagado un importe mínimo la aseguradora.

SEGUNDO.- El motivo primero se funda en infracción de los arts. 1902 y 1903 CC y su alegato consiste, esencialmente, en afirmar la necesidad del elemento culpabilístico para poder declarar la responsabilidad civil extracontractual y en negar tanto cualquier clase de negligencia por parte de la dirección o las profesoras del centro docente demandado como el nexo causal entre las medidas de organización y vigilancia adoptadas y el resultado dañoso producido, todo ello con cita y transcripción intercalada de varias sentencias de esta Sala y de la propia sentencia dictada en la primera instancia del presente litigio, que la parte recu-

rente considera más acertada que la de apelación.

Procede sin embargo desestimar el motivo porque, como señaló la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2008 (rec. 1785/01), que toma en consideración la doctrina anterior contenida en las sentencias de 18 de octubre de 1991 (rec. 444/95), 27 de septiembre de 2001 (rec. 1610/96) y 28 de diciembre de 2001 (rec. 2757/96), la prueba de la diligencia a que se refiere el párrafo último del art. 1903 CC y que se impone a los titulares de los centros tiene que versar, como señala el preámbulo de la Ley 1/1991, de 7 de enero, por la que se modificó dicho artículo, sobre las medidas de organización que deben adoptarse, medidas que lógicamente estarán en función de la actividad de los alumnos en cada momento y, por tanto, del mayor o menor riesgo que tal actividad entraña para los alumnos.

Y si bien es cierto que en principio el recreo en un espacio cubierto por estar lloviendo no representa un especial peligro para niños de educación infantil y primaria, no lo es menos que si ese espacio es un pasillo en forma de L de 200 m² y en tal espacio se concentran unos trescientos niños bajo la vigilancia de solamente tres profesoras, hechos probados según la sentencia impugnada que hay que respetar en casación, el riesgo de que sucedan hechos como los aquí enjuiciados es más que patente por la propia imposibilidad del personal docente de vigilar a tantos niños en un espacio tan reducido y la probabilidad de que tamaña concentración provoque en los niños reacciones o conductas agresivas que no se darían en otra situación.

En definitiva, no sólo resulta que la entidad titular del centro docente no ha logrado probar que empleara toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, como le impone el párrafo último del art. 1903 CC, sino que, además, esta Sala comparte plenamente el juicio del tribunal sentenciador sobre la probada negligencia de dicha entidad y su relación causal con el resultado producido, ya que la lluvia no imponía necesariamente que los niños de varios grupos hubieran de concentrarse en el espacio común cubierto cuando se daba la alternativa de que cada grupo hubiera disfrutado del recreo en su correspondiente aula bajo la supervisión de la profesora encargada o de otra que la sustituyera durante el tiempo imprescindible para descansar, incumbiendo precisamente a la dirección del centro docente la organización necesaria para que tal solución alternativa fuera posible antes de permitir que trescientos niños se concentraran en 200 m² en forma de L, y por tanto sin visibilidad simultánea por las tres profesoras presentes, para disfrutar del recreo, lo que por demás explica que a las tres les pasara inadvertido el empujón que a la niña le dio otro alumno.

TERCERO.- El segundo y último motivo del recurso, fundado en infracción de la regla 8ª del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, redactado por tanto según la D. Adicional 6ª de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995, no impugna el tipo del interés anual fijado por la sentencia recurrida desde la fecha del siniestro, materia de la regla 4ª de ese mismo artículo, sino única y exclusivamente que se haya acordado la indemnización por mora pese a existir, en opinión de la parte recurrente, causa suficientemente justificada para no haber satisfecho la indemnización principal o haber pagado u ofrecido un importe mínimo.

Según la propia parte, en las actuaciones penales que precedieron al presente litigio no se apreció indicio alguno en contra de los profesores

■

"...la jurisprudencia de esta Sala sobre el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro ha evolucionado,dando por sentado que la regla general es la indemnización por mora y que sólo excepcionalmente se exonerará de la misma a la aseguradora que, como se desprende de la norma, pruebe que no pagó por causa justificada o que no le era imputable..."

■

del centro docente, y la aseguradora "tenía derecho a confiar en que su asegurado no había incurrido en un acto negligente, pues así se lo indicaba su asegurado y así se desprendía de las actuaciones de la instrucción".

Añade que a la misma conclusión llegó la sentencia de primera instancia de este litigio y, en apoyo de su tesis, cita las sentencias de esta Sala de 27 de octubre de 1995, 7 de julio de 2003, 21 de enero de 2003, 19 de septiembre de 2003, 7 de mayo de 1999 y 8 de febrero de 1991.

Semejante planteamiento, sin embargo, no puede ser acogido. Al margen de lo discutible que resulta que la "confianza" del asegurador de responsabilidad civil en su asegurado sea un "derecho" invocable frente al perjudicado, lo cierto es que la jurisprudencia de esta Sala sobre el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro

ha evolucionado, en no poco paralelismo con su doctrina sobre el art. 1108 CC superadora del principio "in illiquidis non fit mora" hacia un mayor rigor para con las compañías de seguros, dando por sentado que la regla general es la indemnización por mora y que sólo excepcionalmente se exonerará de la misma a la aseguradora que, como se desprende de la norma, pruebe que no pagó por causa justificada o que no le era imputable, pues como señala la sentencia de 4 de junio de 2007 (rec. 3191/00), con cita de otras muchas, la propia existencia del proceso no puede tomarse como excusa para no pagar.

Y que en el presente caso no había causa suficientemente justificada para dejar de indemnizar a los familiares más próximos de la niña fallecida, existiendo como existía un seguro de responsabilidad civil del centro docente, resulta del propio régimen de responsabilidad establecido en el art. 1903 CC, con inversión de la carga de la prueba que desde un principio, y por más que no hubiera imputación penal, la aseguradora "confiara" en lo que le manifestaba su asegurado y la sentencia de primera instancia fuera desestimatoria de la demanda, apuntaba a la responsabilidad del centro docente dadas las circunstancias en que se produjeron los hechos.

CUARTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC de 2000, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente.

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

FALLO

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por los demandados Colegio San José Religiosas Escolapias y Groupama Ibérica Seguros y Reaseguros S.A., representados ante esta Sala por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso, contra la sentencia dictada con fecha 26 de noviembre de 2004 por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 752/04.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas al recurrente.

Líbrense 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 Trías.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, 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.

2009/158037

TS Sala Iª, Sentencia 10 julio 2009. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Pérdida de la nacionalidad española Aplicación de la nacionalidad Mexicana a sucesión

El TS estima el recurso de casación y confirma la sentencia de instancia, revocando la de apelación, en la que se desestimaba la demanda ya que entendía que el actor tuvo una conducta absolutamente "interesada y deliberada" para hacer valer la apariencia de su nacionalidad española que figuraba en el registro civil y ostentaba la mexicana, por lo que su voluntad de testar fue conforme a la legislación mexicana, sin que se produjese una situación de doble nacionalidad, como apreció la sentencia recurrida.

Señala la Sala que el actor adquirió la nacionalidad mexicana, por lo que se produjo la pérdida de la española originaria de acuerdo con lo establecido en el art. 20 CC, entonces vigente, que tampoco la recuperó, por no haber cumplido los requerimientos del también entonces vigente artículo 24 CC. Concluye que era mexicano cuando falleció, por lo que dicha nacionalidad, la mexicana, es la que rige su sucesión, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9,8 CC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos relacionados con el recurso de casación.

1º D. Constantino se exilió a México después de la Guerra civil española. Consta que en 1947 adquirió la nacionalidad mexicana por naturalización, nacionalidad que mantuvo a lo largo de su vida. No consta, sin embargo, que hubiese perdido la española, ya que la adquisición de la nacionalidad mexicana no fue comunicada a ninguna autoridad española ni inscrita en el Registro civil.

2º A D. Constantino le fue expedido el DNI, sin constar la fecha, aunque lo ostentaba en 1985, hallándose inscrito en el censo electoral español en 1977, en que se presentó como

candidato al Senado por la circunscripción de Palma de Mallorca.

3º En 1987, D. Constantino constituyó la Fundación Rubió Tuduri-Andrómaco, domiciliada en Menorca.

4º El 6 noviembre 1993 otorgó su último testamento en el que declaraba tener la nacionalidad mexicana y realizaba las siguientes disposiciones: "Instituye heredera universal de todos sus bienes presentes y futuros a la Fundación Rubió-Tuduri-Andrómaco, entidad benéfica, que con carácter de Fundación cultural privada, (constituyó) el testador, ligado a la vida cultural y económica de Menorca (...)". "Si, aun a pesar de que en base a la legislación mejicana -según manifiesta- no existen las legítimas, su esposa o alguno de sus hijos la reclamase, manifiesta y hace constar que no ha lugar a tal, por cuanto todos ellos recibieron en vida del testador bienes y efectivo metálico, y les fueron sufragados viajes y estudios, todo ello por importe más que suficiente para cubrir hipotéticamente dicha pretendida legítima".

5º D. Constantino falleció en Menorca el 26 abril 1994.

6º Su hijo D. Imanol demandó a la heredera, la Fundación Rubió-Tuduri-Andrómaco y ejercitó dos acciones: una de reclamación de cantidad, que quedó firme al no ser recurrida la sentencia de 1ª Instancia, y otra de reclamación de complemento de legítima, porque consideraba que su padre tenía nacionalidad española en el momento de morir y su legítima consistía en los dos tercios de la herencia.

7º La sentencia del Juzgado 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de Maó, de 23 febrero 2004, desestimó la demanda. Señala que si bien D. Constantino tuvo una conducta absolutamente "interesada y deliberada" para hacer valer la apariencia de su nacionalidad española que figuraba en el registro civil, ostentaba la mexicana y su voluntad de testar fue conforme a la legislación mexicana, cuya nacionalidad invocó ante el notario autorizante del testamento.

8º D. Imanol apeló dicha sentencia, que fue revocada en parte por la de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 22 octubre 2004. Los razonamientos que llevan al fallo de dicha sentencia son, en resumen, los siguientes: "Consideramos que D. Constantino no llegó a perder la nacionalidad española, y se produjo una situación de doble nacionalidad de hecho, en atención a los siguientes argumentos:

A) Del mismo modo que sostiene la parte demandada y antes se ha señalado, y se ha aplicado con la nacionalidad mexicana, se considera improcedente la declaración de pérdida de una nacionalidad española ostentada toda su vida, una vez falle-

cida dicha persona y extinguida su personalidad física, y sin un previo expediente de audiencia del interesado, y por la Autoridad competente. Es incoherente el pretender que no se ha perdido la nacionalidad mexicana por no haberse iniciado ningún expediente administrativo en vida del causante, y al mismo tiempo pretender que la pérdida de la nacionalidad española operaría ipso iure, sin necesidad de expediente alguno. En este sentido si se pretendiera que la nacionalidad tanto mexicana como española se hubiere perdido "ipso iure" sin necesidad de expediente, nos hallaríamos ante un absurdo, que sería considerar apátrida a una persona que durante toda su vida ha ostentado una nacionalidad, y la otra durante 47 años. Con ello se quiere destacar que el causante en vida en ningún momento ha pretendido renunciar a la nacionalidad española, ni ha acudido al Registro Civil para inscribir tan importante hecho, y sería incoherente que una vez fallecido se le declarase renunciado a una nacionalidad, que, valga la redundancia, no ha renunciado, sino ostentado con un hecho tan claro como es presentarse a unas elecciones como Senador.

B) El Registro Civil Español, tal como señala el recurrente, durante toda su vida ha publicado en la inscripción de nacimiento, su nacionalidad española de origen por haber nacido en España de padre y madre españoles también de origen. En toda su vida no ha accedido al Registro ninguna inscripción contradictoria con la anterior; y en tal situación no se comprende la exigencia de que debió acudir al Registro para recuperar una nacionalidad respecto de la que no consta su pérdida en el mismo, ni tampoco el motivo por el cual debiere instar un expediente, si no lo precisaba.

C) Se reputa una posición en exceso formalista la consideración de que, no obstante haber ostentado durante toda una larga vida la nacionalidad española, de haberla perdido no la hubiese recuperado, por el solo hecho de no acudir al encargado del Registro Civil, cuando ha ejercitado actos que ponen de relieve una clara voluntad de seguir ostentando la nacionalidad española, como es el uso del DNI, y muy especialmente la presentación de candidatura al Senado con inscripción en el Censo Electoral, acto de tanta más relevancia que el acudir a efectuar una declaración ante el encargado del Registro Civil, cuando este no contiene inscripción alguna que deba rectificarse.

En otras palabras, se considera que una ostentación de la nacionalidad de modo claro y notorio por el causante durante toda su vida, sin contradicción alguna y después de su fallecimiento, no es susceptible de declararse su pérdida nunca inscrita, por el solo hecho de no haber solicitado su recuperación en el Registro

Civil, en un pleito en el cual se discute la normativa aplicable a una sucesión, reiteramos, en quien hasta el momento ha ostentado tal nacionalidad a su conveniencia, si bien compaginándola con la mejicana. Por tanto, nos hallamos ante un supuesto de doble nacionalidad de hecho". En relación a los argumentos sobre pérdida y recuperación de la nacionalidad, el significado de la obtención del DNI por el Sr. Constantino y la presentación a las elecciones de 1977, los argumentos de la sentencia son los siguientes:

a) En relación a la pérdida y recuperación de la nacionalidad: "El artículo 67 de la Ley del Registro Civil señala que la pérdida de la nacionalidad española se produce siempre de pleno derecho, pero debe ser objeto de inscripción; pero no indica si la inscripción es constitutiva y los posibles efectos de la obligación establecida en dicha norma. (...) Por tanto, cabría concluir que la inscripción de la pérdida no es constitutiva. También es evidente que el artículo 24 del Código Civil entonces vigente señalaba que la adquisición de otra nacionalidad por naturalización comportaba la pérdida de la nacionalidad española.

La situación específica del caso concreto, es muy peculiar, puesto que el causante de la herencia, al mismo tiempo que ante las Autoridades Mexicanas decía renunciar a la nacionalidad mexicana para adquirir la española, no efectuó ningún acto tendente a la comunicación de tal renuncia a cualquier autoridad consular española en el extranjero o al Registro Civil, sino que, al contrario, siguió ostentando el DNI con sus renovaciones, y con ello la nacionalidad española, y, ni el interesado, ni persona ni Autoridad alguna modificó tal situación en los 47 años siguientes en vida del mismo, con lo cual no se interesó por persona alguna un expediente tendente a la declaración de tal pérdida, en el que fuere o pudiese ser oído el interesado, ni siquiera tras presentarse como candidato al Senado.

Con ello se quiere indicar que si bien ciertamente incurre en causa de pérdida de la nacionalidad española por adquisición de la mexicana, no se aprecia razón para una diferencia de trato respecto de una causa de la pérdida de la nacionalidad mexicana, (...)debiendo resaltar que a D. Constantino en posesión continuada del DNI y con el Registro Civil Español que no contenía ninguna inscripción relativa a ninguna pérdida de nacionalidad, no precisaba de expediente alguno para recuperar la nacionalidad española, y tal tramitación conllevaría un resultado inútil, aunque no se aprecia norma legal que diga que la inscripción de pérdida de la nacionalidad no es constitutiva. (...) ante tal conjunto de circunstancias concretas, debe concluirse que nos hallamos ante una situación de doble nacionalidad de hecho, y por tanto,

que D. Constantino no perdió la nacionalidad española; e hipotéticamente, si llegase a considerarse que la había perdido, se considera que la recuperó, por la ostentación continuada durante un periodo de 47 años, sin oposición alguna en vida de dicha persona.

b) En relación al DNI. "(...) es preciso recordar que la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1.245/1.985 de 17 de julio, señala que "Aparte de la identidad de su titular, el DNI servirá para acreditar, salvo prueba en contrario(...), la nacionalidad española de su titular(...). Por tanto, tal documento constituye el medio normal de acreditar la nacionalidad española de una persona. (...) Del mismo modo el cuidado en la renovación constante de dicho documento, normalmente cada cinco años, pone de relieve una ostentación de la nacionalidad española, incompatible con una renuncia. Se concuerda que distintas resoluciones de la DGRN aluden a que la presunción no es absoluta y puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Del mismo modo alguna resolución, como la de 2 de julio de 2.003, señala que "es una prueba de la posesión y utilización continuadas de la nacionalidad española."

En el caso concreto, no se aprecia dicha prueba en contrario, de conformidad con los razonamientos antes indicados. No se comparte la consideración de que la expedición fue un "error" de la Administración, y no se comprende una duración tan relevante del supuesto error, durante 47 años, y que tras la utilización del mismo durante tan dilatado periodo de tiempo se llegue a tal conclusión por ignorancia del derecho, en una persona que ha utilizado la nacionalidad española en una de sus máximas expresiones, como es presentar su candidatura para el Senado (...).

c) Sobre la presentación de candidatura al Senado por Menorca en las elecciones de 15 de junio de 1.977. "Según establecía el artículo 3 del Real Decreto Ley 20/1.977 de 18 de marzo, reguladora de las mismas, serán elegibles todos los españoles mayores de edad inscritos en el Censo Electoral, entre otros requisitos. No se comparte que la proclamación por la Junta Electoral competente de su candidatura al Senado, una vez transcurridos 25 años pueda considerarse como un error de la Administración propiciado por la actuación del interesado, sino que, por el contrario, supone una ostentación o "posesión de estado" de la nacionalidad española de carácter muy relevante por parte de D. Constantino, indicaría de que la nacionalidad española documentada en el DNI no era a efectos formales o simplemente no la utilizaba, sino que era real y evidente frente a terceras personas con un interés en representar a los electores de Menorca en el Senado que se constituía tras dichas elecciones, y de algún modo participar en las aludidas

Cortes Constituyentes(...). Este acto se reputa incompatible con una consideración de un error o de una maquinación artificiosa del causante, y si bien es consecuencia y guarda relación con la previa expedición y renovación del DNI, no se comparte su devaluación a que fue un simple error y que nadie advirtió que no tenía la nacionalidad española. (...)". La conclusión de la sentencia recurrida se resume en el Fundamento quinto, donde se afirma:

"De lo actuado se infiere que nos hallamos ante una doble nacionalidad de hecho, con la peculiaridad de que se ejercitaba una u otra a conveniencia o interés del interesado. En el año 1.947 ni la legislación Mexicana ni la española regulaban expresamente una situación de doble nacionalidad, no existía un tratado entre ambos países, y ambas legislaciones sancionan con la pérdida la adquisición de otra; pero al mismo tiempo en la práctica no arbitraron ningún medio para evitar situaciones como la que es objeto de esta litis, y si bien la sanción que pudiera conllevar es la pérdida de la nacionalidad respectiva, en el supuesto enjuiciado tal situación de hecho duró 47 años.

Tanto la normativa española como la mexicana, no admitían la doble nacionalidad, pero discrepamos de la consecuencia de que al no admitirse en una u otra regulación lleve a la consecuencia de tener que pronunciarse a favor de una u otra o de declarar nulas las dos, pues aun a pesar de tales declaraciones es evidente que no se ponían los medios adecuados para evitar situaciones que podrían denominarse como de doble nacionalidad de hecho, en la que una y otra nación, sin tratado entre sí, consideren nacional a una misma persona. Por tanto, nos hallamos ante una situación de hecho de larga duración que debe ser de algún modo resuelta. Sería absurdo, como antes se ha reseñado, considerar que el interesado después de tal ostentación durante un periodo tan dilatado de tiempo se concluyese que es apátrida por haber perdido una y otra nacionalidad.

El Código Civil entre sus normas de conflicto y desde el año 1.974, en su artículo 9.9 regula específicamente dicha posibilidad, que si bien no es querida, tampoco es ignorada por el legislador para regular situaciones en las cuales una persona ostenta de hecho, esto es, sin ningún tratado internacional de cobertura, dos o mas nacionalidades a la vez, esto es, que es considerado como nacional en mas de un Estado". De esta manera se llegó a la conclusión que D. Constantino ostentaba la nacionalidad española y como su último domicilio en España había sido Cataluña, la norma que debía regir su sucesión era el Código de sucesiones del Derecho civil de Cataluña. La Fundación Rubió Tuduri-Andrómaco presentó recurso de casación, dividido en tres motivos. El Auto de esta

Sala, de fecha 26 febrero 2008, admitió el recurso de casación presentado.

SEGUNDO.- El presente recurso de casación plantea una cuestión compleja que tiene un aspecto principal y otro derivado del primero en relación a la pérdida de la nacionalidad española por parte del padre del demandante y ahora recurrido, que adquirió la mexicana en 1947, sin que la pérdida de la española quedase reflejada en el Registro civil. La sentencia de 1ª Instancia considera que D. Constantino perdió dicha nacionalidad, mientras que la de la Audiencia Provincial entiende que nos hallamos ante un caso de doble nacionalidad de hecho, o doble nacionalidad patológica, por entender que al no quedar inscrita dicha pérdida, se mantuvo, a pesar de lo dispuesto en el entonces vigente artículo 20 CC. El primer motivo del recurso denuncia la infracción del art. 24.1 y 2 CC, en relación con el art. 26.1,b CC

"...si bien ciertamente
incurre en causa de
pérdida de la
nacionalidad española
por adquisición de la
mexicana, no se aprecia
razón para una
diferencia de trato
respecto de una causa
de la pérdida de la
nacionalidad
mexicana..."

y doctrina sentada por las sentencias de 19 julio 1983 y 19 julio 1989. Señala que la Sala de apelación atribuye al hecho de haber actuado D. Constantino al mismo tiempo como mexicano y como español la calificación de recuperación tácita de la nacionalidad española, por lo que debe interpretarse como un caso de doble nacionalidad. Pero en el momento en que D. Constantino adquirió la nacionalidad mexicana no se preveía en el Registro civil la pérdida de la nacionalidad española, que no se reguló hasta el Decreto de 2 abril 1955. Hay que entender que la pérdida de la nacionalidad opera "ex lege" automáticamente, aunque no se halle inscrita en el Registro civil, en tanto que en la recuperación de la nacionalidad española perdida, la inscripción es constitutiva.

Así lo afirma la jurisprudencia que cita, de la que la recurrente deduce que ni en 1947, que fue cuando D. Constantino adquirió la nacionalidad mexicana ni en la actualidad se ha

seguido otra regla distinta. Respecto a la tenencia del DNI por D. Constantino, no puede considerarse como medio para el mantenimiento o la recuperación de la nacionalidad española, puesto que si bien es un medio para acreditarla, admite prueba en contrario. De este modo, la recurrente concluye que las circunstancias de haber tenido el DNI y haberse presentado a las elecciones legislativas de 1977 "son cuestiones fácticas y administrativas que no pueden imponerse sobre los aspectos sustantivos y la doctrina jurisprudencial" invocada, por lo que no se produce un caso de conservación ni de recuperación de la nacionalidad española. El motivo se estima. Las razones para la estimación de este motivo se van a estructurar en torno a los puntos siguientes:

a) Pérdida de la nacionalidad española por parte de D. Constantino.

b) No recuperación de la nacionalidad española de origen. Todo ello, en base a la legislación aplicable en el momento en que los hechos tuvieron lugar.

a) El artículo 20 CC, en la redacción vigente en 1947, decía que la nacionalidad española se perdía "por adquirir naturaleza en un país extranjero". La doctrina que interpretó esta norma entendió que no se perdía por el simple hecho de que un país extranjero considerase como nacional a un español, sino que se requería la voluntad de adquirir aquella nacionalidad, voluntad que quedaba demostrada cuando se solicitaba, por lo que una interpretación extendida de este artículo llevaba a exigir tres requisitos para que la adquisición de una nacionalidad extranjera produjese la pérdida de la española:

i) Que se tratase de una verdadera naturalización.

ii) Que dicha adquisición fuese voluntaria, no impuesta.

iii) Que se adquiriese efectivamente. No se exigía en aquel momento que la pérdida de la nacionalidad española se inscribiese en el Registro civil con efectos constitutivos. En efecto, la Ley de Registro Civil de 1 junio 1870 no exigía la inscripción de la pérdida, aunque su art. 96 decía que "los cambios de nacionalidad producen efectos legales en España solamente desde el día en que sean inscritos en el Registro Civil". La mejor doctrina entendía, que la pérdida se producía automáticamente y con independencia del Registro, aunque debía constar en él a los efectos de lo que se dirá a continuación. Y en este sentido ya se había pronunciado esta Sala en las sentencias de 22 febrero y 18 octubre 1960 y la Resolución de la Dirección general de los Registros de 30 noviembre 1974 (ver asimismo la resolución de la misma Dirección general de 8 febrero 1994) Lo anterior no implica que la inscripción de la pérdida fuera

constitutiva, sino que de acuerdo con las normas que se citan a continuación, los asientos registrales tienen una eficacia probatoria privilegiada, aunque no exclusiva, salvo en los casos en que la ley exija la inscripción en dicha forma. Además, el artículo 67 LRC, en su redacción dada por la ley de 8 junio 1957, vigente cuando se produjeron los hechos que son objeto de este litigio, establece que "la pérdida de la nacionalidad española se produce siempre de pleno derecho, pero debe ser objeto de inscripción" y los efectos de la inscripción son los establecidos en el artículo 327 CC, completado por lo dispuesto en el art. 2 LRC, que le dan un valor de prueba privilegiada, pero no exclusiva.

De este modo debe señalarse que la inscripción en el Registro Civil de la pérdida de la nacionalidad no tiene naturaleza constitutiva, sino únicamente probatoria, por lo que no puede basarse el mantenimiento de la nacionalidad de origen en la falta de inscripción. En conclusión, la pérdida de la nacionalidad española por adquisición de la de otro estado se producía automáticamente y las reglas de inscripción en el Registro Civil vigentes en la época en que D. Constantino adquirió la mexicana no exigían una inscripción constitutiva, sino que se configuraba como una forma de probar la pérdida de la nacionalidad española, que de no constar en el registro, podía acreditarse por otros medios.

b) Dicho lo anterior, se ha de plantear a continuación si D. Constantino recuperó de hecho la nacionalidad española como dice la sentencia ahora recurrida. De acuerdo con el artículo 24 CC, redactado según la ley de 15 julio 1954, vigente en el momento en que dicha recuperación se produjo hipotéticamente, los requisitos para dicha recuperación eran:

i) Volver al territorio español.

ii) Declarar su voluntad de recuperar la nacionalidad ante el encargado del Registro civil.

iii) Renuncia a la nacionalidad extranjera adquirida. Por tanto, no es posible una recuperación tácita o de hecho de la nacionalidad española. El único requerimiento que fue efectivo en el caso que nos ocupa fue la vuelta al territorio español, pero no se cumplieron ninguno de los otros dos, por lo que al incumplirse los requisitos exigidos, no se produjo tal recuperación, por lo que D. Constantino mantuvo su nacionalidad mexicana hasta el momento de su muerte. De acuerdo con los anteriores razonamientos, las conclusiones son que no se requería como constitutiva para la pérdida de la nacionalidad la inscripción de la adquisición de otra extranjera en el Registro Civil en el momento en que D. Constantino adquirió la nacionalidad mexicana, por lo que se produjo la pérdida de la española originaria de acuerdo con lo es-

tablecido en el artículo 20 CC, entonces vigente y tampoco recuperó la española, por no haber cumplido los requerimientos del también entonces vigente artículo 24 CC, por lo que debe concluirse que D. Constantino era mexicano cuando falleció, por lo que dicha nacionalidad, la mexicana, es la que rige su sucesión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.8 CC.

TERCERO.- Quedan por determinar los efectos que podría producir la tenencia del Documento nacional de identidad y la inscripción en el censo de electores en 1977. Los razonamientos son los siguientes: No es posible, como afirma la sentencia recurrida, una recuperación de la nacionalidad española por la vía de la simple voluntad del afectado, ya que las normas que regulan la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad tienen la naturaleza de orden público, y deben ser cumplidas para que se produzca el efecto que se busca con las mismas. Por ello, la utilización de normas españolas de forma abusiva o descuidada, como ocurre en el caso que nos ocupa, no puede producir el efecto de la recuperación de la nacionalidad de origen perdida.

CUARTO.- La estimación del primero de los motivos del recurso de casación formulado por la representación de la Fundación Rubió Tudurí-Andrómaco hace inútil el examen de los otros motivos del recurso.

QUINTO.- La estimación del primer motivo del recurso de casación produce el efecto del artículo 487.2 LECiv, de modo que debe casarse la sentencia recurrida, que a su vez revocó la de la 1ª Instancia; al declararse nula dicha sentencia, debe reponerse la sentencia dictada en 1ª Instancia que declaró que la nacionalidad de D. Constantino era la mexicana y que ésta debía regir su sucesión.

SEXTO.- No se imponen las costas de este recurso de casación a ninguna de las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo LECiv. Respecto a las costas de la apelación, dada la dificultad de la cuestión planteada, las diversas leyes que han venido regulando la pérdida y recuperación de la nacionalidad española y la poca claridad con que el fallecido testador fue utilizando a lo largo de su vida la nacionalidad española de la que carecía, no se imponen a ninguna de las partes.

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

FALLO

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de la Fundación Rubió Tudurí-Andrómaco, contra la sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 22 oc-

tubre 2004, dictada en el rollo de apelación núm. 258/04.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de Maó, de 23 febrero 2004, cuyo fallo dice: "Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Hernández, en nombre y representación de D. Imanol contra la Rubió-Tudurí Andrómaco, debo absolver y absuelvo a esta última de todos los pedimentos efectuados en su contra y ello sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas".

4º No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

5º No se imponen las costas del recurso de apelación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Francisco Marín Castan, ha estado en la deliberación, pero no pudo firmar la sentencia.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excm. Sra. Dª Encarnación Roca Trias, 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.



2009/178826

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 29 julio 2009. Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

Nulidad de la revisión del planeamiento urbanístico por falta de justificación del cambio realizado

El TS casa la STSJ de Aragón por incurrir en falta de motivación y estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón, que aprobó definitivamente la revisión del PGOU de Zaragoza, y declara que el área de intervención F-54-1 debe quedar diseñada tal como lo fue en la aprobación inicial del plan, es decir, incluyendo en ella las subparcelas propiedad de los actores tal como se refleja en el plano núm. 5 del dictamen pericial acompañado en la demanda. Actuando como Sala de instancia, estima el argumento referente a la falta de justificación de la exclusión de las subparcelas de los demandantes en el área de intervención F-54-1, al considerar que se infringe el deber de motivación del cambio operado sobre el diseño de la aprobación inicial que sí estaba justificado, por lo que el diseño debe quedar como se decidió y justificó en la aprobación inicial, donde se expresó la voluntad administrativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación núm. 256/2006 la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección 4ª, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra:

A) La resolución del Gobierno de Aragón de 9 de abril de 2002, desestimatoria del recurso de alzada contra acuerdo del Consejo de Ordenación del Territorio de 13 de junio de

2001 que aprobó definitivamente el Proyecto de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza -PGOU-.

B) Las resoluciones del Ayuntamiento por las que se resolvieron las alegaciones presentadas en el trámite de información pública. En ese recurso contencioso-administrativo la recurrente solicitó, además de la anulación de las resoluciones impugnadas, la condena a las Administraciones actuantes a incorporar en la unidad de actuación denominada área F-54-1, las subparcelas

núm.000, núm.001, núm.002 y núm.003 de su propiedad, introduciendo en la misma las adecuaciones correspondientes a esta incorporación.

SEGUNDO.- La Sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo por las siguientes razones, expresadas en el fundamento jurídico 2º de su sentencia, que recogemos literalmente: “Conviene poner de relieve, siguiendo una abundante, extensa y reiterada doctrina jurisprudencial, que el Plan, elemento fundamental de nuestro ordenamiento urbanístico, dibuja el modelo territorial que se entiende, dentro de lo hacedero, más adecuado para el desarrollo de la personalidad y la convivencia. Corresponde a la Administración, con una intensa participación ciudadana para asegurar su legitimación democrática, el trazado de dicho modelo atendiendo a las exigencias del interés público: la ciudades de todos y, por tanto, es el interés de la comunidad y no el de unos pocos -los propietarios de suelo- el que ha de determinar su configuración. Y es claro que la potestad administrativa de planeamiento se extiende a la reforma de ésta: la naturaleza normativa de los planes, por un lado, y la necesidad de adaptar las exigencias cambiantes del interés público, por otro, justifican plenamente el *ius variandi*” que en este ámbito se reconoce a la Administración Como nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 Dic. 1982”... el principio de vigencia indefinida de Planes de ordenación urbana no puede entenderse en un sentido estático o de perpetuar la ordenación, sino como garantía de su estabilidad y permanencia que no impide que la Administración ejercite las facultades que tiene legalmente atribuidas cuando nuevos criterios o nuevas necesidades urbanísticas, hagan necesaria o adecuada la actualización del plan anterior, mediante el uso de las técnicas modificatorias o de revisión”.

Pues bien, es esto precisamente lo que acontece en el caso enjuiciado: mediante la revisión que aquí nos ocupa se viene a formular una ordenación *ex novo*” de un ámbito territorial concreto; decisión administrativa que no queda vinculada por ordenaciones anteriores, pudiendo establecer nuevas previsiones sobre cualquier aspecto de el Plan. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 Mar. 1990 El planeamiento es ante todo una decisión fundamental que viene a trazar el marco territorial en el que se va a desenvolver la convivencia ciudadana. Implica así claramente la introducción de criterios de racionalidad: sobre la base de la contemplación de la situación existente se aspira a llegar a un resultado final más o menos diferente del punto de partida. Por ello el Plan General de Ordenación Urbana debe, sí, “considerar la situación urbanística anteriormente existente”, pero no necesariamente para conservarla -al-

ternativa sin duda posible- sino también para en su caso rectificarla directamente o mediante Planes Especiales de Reforma Interior. En este punto es conveniente recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la distinción de las revisiones y modificaciones de los Planes, que son operaciones por completo diferentes, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 22 Ene. 1988 señala las siguientes diferencias:

a) En cuanto a la finalidad perseguida la revisión supone un examen total del texto objeto de ella a fin de verificar si el mismo se ajusta a la realidad, mientras que en la modificación se trata de corregir alguno o algunos de los elementos del Plan permaneciendo la subsistencia de éste que no es sustituido por otro como en el caso anterior.

b) La revisión no implica necesariamente alteración, pues una vez verificada puede llegarse a la conclusión de que el texto está de acuerdo con la realidad vigente aunque hayan pasado varios o muchos años; por el contrario en la modificación se hace ineludible adecuar la ordenación urbanística a las exigencias de la realidad, todo ello porque el urbanismo no es totalmente estático sino dinámico y operativo.

c) En cuanto al procedimiento la revisión se ajustará a los mismos trámites que la formación al igual que la modificación, pero aquella sólo se dará respecto a los Planes Generales y programas de actuación mientras la Modificación puede tener lugar respecto a Planes, Programas, Normas y Ordenanzas.

d) El procedimiento complejo arbitrado por el legislador para la elaboración de los Planes es para que sus distintas fases sean algo más que ritos que sólo sirvan para complicar el procedimiento, ya que lógicamente están pensadas para una mayor garantía en la obtención de un final óptimo corrigiendo o mejorando los errores iniciales...”.

TERCERO.- El recurso de casación interpuesto contra esa sentencia consta de dos motivos:

Primero.- Al amparo del apartado c) del art. 88.1 LRJCA, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por falta de motivación e incongruencia omisiva, al limitarse a verter consideraciones genéricas sobre la potestad de planeamiento y no hacer un examen singularizado de las concretas cuestiones planteadas en la demanda, dejando sin analizar ni responder las específicas razones que sustentaban la pretensión de esa parte, que, de forma resumida, consistieron en:

1º Si la calificación finalmente otorgada por el PGOU para los terrenos de la recurrente, suelo urbano consolidado de uso industrial, estaba o no suficientemente motivada, má-

xime cuando a lo largo de la tramitación del procedimiento se habían producido modificaciones en la calificación (en el proyecto inicialmente aprobado parte de la finca se calificó de uso residencial); y sin que la memoria resultara modificada en este punto.

2º La Infracción del artículo 39.2 de la Ley 5/1999, Urbanística de Aragón, que prohíbe la delimitación de sectores con el exclusivo propósito de ajustarse a límites de propiedad. Concluye este motivo la parte recurrente indicando que al prescindir la sentencia del examen de la controversia suscitada no le es posible conocer las razones por las que el órgano judicial no ha estimado acertado su planteamiento, no satisfaciendo con ello las exigencias de la tutela judicial efectiva y el control por los Tribunales de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa prevista en el artículo 106 de la CE.

Segundo.- Al amparo del apartado d) del art. 88.1 LRJCA, por infracción del art. 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la jurisprudencia que exige la motivación tanto en la formulación inicial del Plan como respecto de las modificaciones introducidas en el curso de su tramitación, lo que no se ha producido en el Plan aprobado al variar el uso residencial, previsto para las subparcelas núm.000 y núm.001 en el proyecto inicialmente aprobado, por el industrial en el aprobado definitivamente, todo ello sin motivación, lo que ha supuesto, además, la infracción de los artículos 9.3, 103.1 y 106.1 de la Constitución Española, que garantizan la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el sometimiento de la sentencia administrativa al control de los Tribunales. Además, añaden los recurrentes, la calificación finalmente prevista para los terrenos lesiona el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, porque las fincas colindantes sí que se han visto favorecidas por la recalificación de uso industrial a residencial, por cierto que con infracción de los artículos 39.2, 18 y 99.2 de la Ley 5/1999, Urbanística de Aragón. En definitiva, la ordenación urbanística impugnada incurre, afirman los actores, en falta de motivación, arbitrariedad y desigualdad.

CUARTO.- Vamos a estimar el primer motivo casacional, toda vez que la sentencia de instancia incurre, efectivamente, en el defecto de falta de motivación que le reprochan los recurrentes, ya que no se pronuncia con la indispensable concreción acerca de la específica cuestión planteada en el recurso contencioso-administrativo, consistente en la adecuación a Derecho de la exclusión de la Unidad de Actuación F-54-1 de cuatro porciones de finca propiedad

de aquéllos, (lo que conlleva una distinta calificación de los terrenos, que de uso residencial han pasado a conservar el de industrial, que ya tenían). La sentencia se limita a recoger en el fundamento de derecho segundo, antes transcrito en su integridad, una exposición teórica de carácter dogmático sobre la finalidad de los Planes Generales de Ordenación Urbana, así como su necesaria fundamentación en las exigencias del interés público y sus posibles modificaciones en ejercicio de la potestad del “*ius variandi*”, pero no efectúa, por encima de esas consideraciones genéricas, un examen casuístico de la cuestión concreta suscitada por los recurrentes que, en resumidas cuentas, discutían la legalidad de la delimitación de la Unidad de Actuación y de la calificación prevista para sus terrenos por el PGOU. Dicho de otra manera, falta en la sentencia el hilo argumental que permita conocer a los recurrentes y a este mismo Tribunal de casación los motivos concretos por los que se desestimó el recurso contencioso-administrativo, pues la doctrina general recogida en ese fundamento de derecho segundo no se pone en conexión razonada con las características concretas de los terrenos litigiosos ni con el PGOU concernido.

En definitiva, una respuesta de esta clase no cumple los requisitos de la motivación y la congruencia, e infringe, por ello, el artículo 24.1 de la C.E. La estimación de este primer motivo conduce a que la sentencia deba ser casada y anulada, siendo entonces procedente que entremos a resolver el tema de fondo en los términos en que se ha planteado (art. 95-2-d LJCA). (Es de observar que el resto de los motivos de casación coinciden substancialmente con los motivos impugnatorios que se expusieron en la demanda, de suerte que no existe diferencia entre abordar el asunto desde la perspectiva casacional o desde la perspectiva de instancia).

QUINTO.- Los principales argumentos esgrimidos en la demanda (y en el segundo motivo de casación) son dos, a saber, primero, la infracción del artículo 54-1-f) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, al no haberse justificado en la aprobación provisional la exclusión de las subparcelas núm.000 y núm.001 de la Unidad de Actuación F-54-1, que sí estaban incluidas en el diseño de la aprobación inicial, con la debida justificación en la Memoria, y, segundo, la infracción del artículo 39.2 de la Ley Autonómica 5/99, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, al haberse diseñado la Unidad de Actuación con el exclusivo propósito de ajustarse a límites de propiedad, lo que está prohibido en ese precepto.

SEXTO.- Este segundo motivo debe ser rechazado. (Su estudio en vía casacional, pese a tratarse de un problema de Derecho autonómico, queda justifi-

cado por el hecho de la revocación de la sentencia de instancia y la necesidad de no dividir la contigencia de la causa, a la vista de que el otro motivo constituye un genuino problema de Derecho estatal). La prohibición del artículo 39.2 de la Ley autonómica 5/99, de 25 de marzo resulta inaplicable al caso de autos, pues se refiere a la delimitación de sectores (artículo 39.1, siendo el sector el ámbito de ordenación propio del Plan Parcial), y no a la delimitación de Unidades de Actuación (artículo 99), y Áreas de Intervención, que es el ámbito de que aquí tratamos.

SÉPTIMO.- En cambio, ha de ser estimado el argumento referente a la falta de justificación de la exclusión de las subparcelas de los demandantes en el Área de Intervención F-54-1. En efecto, del dictamen pericial aportado como documento núm. 2 con la demanda de la parte actora, (no impugnado de contrario y cuya ratificación fue considerada innecesaria por la Sala de instancia en su auto de fecha 4 de diciembre de 2003) se deduce que en la documentación de la aprobación inicial, en el tomo 9, Anexo V ("Áreas de Ordenación Específica: Esquema de Ordenación") se describían tres propuestas gráficas del Área en cuestión, incluyéndose en las tres las subparcelas núm.000 (triángulo) y núm.001 (parte del vial situado bajo la anterior), propiedad de los actores. Este diseño del Área de Intervención F-54-1 (anteriormente AE-18 o U-54) quedaba justificado en la Memoria diciendo que configuraba una imagen más urbana, que creaba un elemento envolvente de la nueva Zona residencial, que incorporaba zonas verdes y usos mixtos que sirven de transición entre el uso industrial y el residencial, etc.

Se trataba, por consiguiente, de un diseño estudiado, comparado y justificado.

Sin embargo, sin variar un ápice esa justificación de la Memoria, en la aprobación provisional se incluyen unas fichas de ordenación que diseñan una diferente Área de Intervención de la que se han excluido sin explicación alguna aquellas subparcelas núm.000 y núm.001. A causa de esta falta de explicación o motivación, se produce una evidente discrepancia entre la Memoria del Plan (que escoge el diseño originario de entre tres posibles, y lo justifica) y los documentos de las Normas Urbanísticas y planos generales (que imponen un diseño distinto, sin explicación alguna).

Y no puede tomarse como justificación útil la dada por la Diputación General de Aragón al resolver el recurso de alzada, pues consiste en una invocación genérica sobre la Memoria, que deja intacta la ausencia de justificación concreta que el perito Sr. Luis Francisco expone con toda claridad en su informe pericial; a esa ausencia se refiere con toda amplitud

la parte actora en su demanda, sin que ni en la contestación de la Comunidad Autónoma de Aragón ni en la del Ayuntamiento de Zaragoza se haya hecho mención alguna a este problema concreto y específico. Pues hay una cosa clara, y es que la Memoria sigue proclamando un diseño concreto y sigue justificándolo, y otra documentación del Plan impone otro diseño sin justificación alguna.

OCTAVO.- Se produce, en consecuencia, una infracción del deber de motivación del cambio operado sobre el diseño de la aprobación inicial que sí estaba justificado, con infracción del artículo 54-1-f) de la Ley 30/92, lo que conduce a la declaración de haber lugar al recurso de casación y a la revocación de la sentencia impugnada, debiendo esta Sala resolver la cuestión a la vista de los términos en que está planteado el debate. La decisión tiene que partir de las siguientes consideraciones:

1.- En el diseño del Área de Intervención F-54-1 (antes AE-18) según la aprobación inicial se incluían las subparcelas núm.000 (triángulo) y núm.001 (parte del vial situado bajo la anterior) pero no las subparcelas núm.002 (parte de vial situado sobre la subparcela núm.003) y núm.003 (resto de la finca), según el plano núm. 5 del perito D. Luis Francisco. En consecuencia, a estas dos últimas subparcelas, aunque sean citadas en el suplico de la demanda, no se referirá esta sentencia, visto que son de todo punto inconsistentes los argumentos que sobre su inclusión en el Área de Intervención se exponían en la demanda, pues no es atendible ni el referente a la alegada infracción del artículo 39.2 de la Ley Autonómica 5/99 (según veíamos antes) ni el referente a la futura necesidad de expropiación (que alude a problemas de gestión urbanística, diferentes al de diseño del Área de Intervención).

2.- El motivo por el que se estima el recurso contencioso administrativo (a saber, falta de justificación del cambio operado en el diseño del Área de Intervención F-54-1 con ocasión de la aprobación provisional) conduce a una única solución: que ese diseño debe quedar ahora como se decidió y justificó en la aprobación inicial, donde se expresó la voluntad administrativa.

NOVENO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo, ni existen razones que aconsejen hacerle respecto de las de instancia. (Artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional).

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

FALLO

Que declaramos haber lugar al recurso de casación núm. 256/06 interpuesto por las entidades mercantiles

"Comoplesa-Lebrero S.A.", "Gestores Inmobiliarios Aragoneses S.L.", "Lebres S.L.", "Javier Lebrero S.L.", y por D. Luis Andrés, D. Pedro Francisco, D^a Elsa, D. Antonio, D^a Guillerma y D. Ceferino contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección 4^a) en fecha 5 de julio de 2005 y en su recurso contencioso administrativo núm. 677/02-A, y en consecuencia:

1º.- Revocamos dicha sentencia.

2º.- Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo núm. 677/02-A interpuesto por "Comoplesa-Lebrero S.A.", "Gestores Inmobiliarios Aragoneses S.L.", "Lebres S.L.", "Javier Lebrero S.L.", y de D. Luis Andrés, D. Pedro Francisco, D^a Elsa, D. Antonio, D^a Guillerma y D. Ceferino contra el acuerdo del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón de fecha 13 de junio de 2001, que aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, y contra el acuerdo de la Diputación General de Aragón de fecha 9 de abril de 2002, que lo confirmó en alzada.

3º.- Declaramos dichos acuerdos de 13 de junio de 2001 y 9 de abril de 2002 contrarios a Derecho y los anulamos en cuanto no se acomoden al pronunciamiento siguiente.

4º.- Declaramos que el Área de Intervención F-54-1 (antes AE-18) debe quedar diseñada tal como lo fue en la aprobación inicial del Plan, es decir, incluyendo en ella las subparcelas núm.000 (triángulo) y núm.001 (parte de vial situado bajo la anterior) propiedad de los actores tal como se refleja en el plano núm. 5 del dictamen emitido por el perito D. Luis Francisco, acompañado como documento núm. 21 de la demanda.

5º.- Desestimamos en lo demás el recurso contencioso administrativo núm. 677/2002.

6º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

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

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



2009/134910

TS Sala 4^a, Sentencia 12 mayo 2009. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Supone despido improcedente

Cese de trabajador en edad de jubilación no vinculado a medida de fomento de empleo

Recorre en casación para la unificación de la doctrina la demandada AENA frente a sentencia que declaró la improcedencia del despido.

Desestima el TS el recurso pues entiende que el cese forzoso del demandante por cumplir la edad de jubilación con los requisitos de acceso a la prestación, no iba acompañado de ninguna de las contraprestaciones previstas de la L 14/2005 relativas al fomento de empleo. En efecto, el convenio colectivo de la empresa demandada vincula el cese por edad con medidas de empleo que no se dan en el supuesto analizado; no indica que el cese deba justificarse sino que emplea la expresión "deberá vincularse a objetivos... expresados", lo que comporta un expreso enlace entre el cese y las metas referidas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori en el proceso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso de casación unificador se debate

la calificación como despido improcedente el cese de un trabajador de "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" (AENA), que ha cum-

plido la edad de jubilación y que reúne los requisitos para acceder a la prestación correspondiente. La cuestión se centra en las disposiciones del III Convenio Colectivo de AENA en relación con la jubilación (art. 156):

1.- En el ámbito de AENA, la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador la edad de sesenta y cinco años.

2.- La edad de jubilación, establecida en el párrafo anterior, se considerará sin perjuicio de que el trabajador pueda completar el período mínimo de cotización, exigible para causar derecho a pensión de jubilación, en cuyo supuesto la jubilación obligatoria se producirá al completar el trabajador dicho de período de carencia”) y lo establecido en la Ley 14/2005, de fomento del empleo en su Disposición Adicional(DA) 10 y Disposición Transitoria (DT) única.

La Sentencia aquí recurrida (dictada el día 20 de febrero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), revocando la de instancia, señala que las cláusulas sobre jubilación forzosa previstas en el Convenio, amparadas por la Ley 14/2005, deben quedar sometidas a que se cubran las vacantes producidas por la jubilación de los trabajadores.

Al no cumplirse los objetivos de la política de empleo como consecuencia de no quedar cubiertas las vacantes, la expresada Sala entiende que no se cumplen las premisas del Convenio y declara el despido como impropio.

SEGUNDO.- El recurrente ha seleccionado como contradictoria la Sentencia dictada el día 30 de enero de 2006 por la homónima Sala y Tribunal de Murcia, que era ya firme al recaer la combatida, y que ha de considerarse como realmente contradictoria con la recurrida en los términos requeridos por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), pues en el supuesto de la decisión referencial se trata -igualmente- de:

a) cese acordado por la empresa al alcanzar el trabajador la edad de jubilación;

b) la extinción se adopta en aplicación de Convenio Colectivo suscrito después del RD- Ley 5/2001 y antes de la Ley 14/2005, por disponer su clausulado la finalización del contrato cuando el trabajador haya cumplido la edad de 65 años y ostente los requisitos que le permitan el acceso a la pensión de jubilación;

c) el trabajador de la decisión de contraste acciona por despido, pero -a diferencia de la sentencia recurrida- la decisión referencial declara que tal cese no constituye despido, sino mera aplicación de previsión colectiva ajustada a la legalidad.

Ciertamente que en ambos supuestos media una diferencia que, en principio, pudiera parecer decisiva, cual es la de que en tanto el Convenio Colectivo de “AENA” no condiciona el cese más que a los antedichos requisitos de edad y derecho a pensión (en términos adaptados a la literalidad de la DT Única de la Ley 14/2005), la norma colectiva tratada en la sentencia de contraste (Construcción y Obras Públicas de la Región de Murcia) añade la adicional -y ambigua- exigencia de someterlo a la consideración de “medida de fomento de empleo” (quinto de los hechos declarados probados), con lo que se ajusta -aparentemente- a la DA Décima del ET en la redacción dada por la Ley 14/2005.

Pero esta formal diferencia se neutraliza en este caso con la afirmación que se hace en el segundo fundamento de Derecho de la decisión de referencia, respecto de que mediaba constancia documental (folios 66 a 70 de los autos) de que tras el cese por edad no se había sido contratado a trabajador alguno, circunstancia que la Sala entiende de innecesaria constancia formal en relato de hechos, porque “la incorporación de la misma... en nada alteraría el fallo que se pudiese dictar... y es que el litigio queda circunscrito a la vigencia y aplicación, en su caso, de determinada legislación”.

O lo que es igual, el Tribunal de la sentencia de contraste admite en su argumentación (con valor fáctico: SSTS -entre las recientes- de 16/04/04 -rec. 1675/03-; 15/11/06 -rec. 2764/05-; 27/02/08 -rec. 2716/06-; 10/07/08 -rec. 437/07-; y 26/06/08 -rec. 18/07 -) la existencia de un dato que sitúa ambas litis en el mismo contexto - fáctico y jurídico-decisorio: la desvinculación del cese por razón de edad con el fomento del empleo; porque en la decisión de contraste tampoco se alude a la existencia de cualquier otro instrumento de fomento de empleo, compensador del cese acordado.

Así pues, procede entrar a decidir el fondo de la controversia que plantea el recurso, ya que, además, el escrito mediante el que éste se ha interpuesto (cita como infringidos los arts. 49, 82 y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores -ET-, así como el art. 37 de la Constitución española -CE-, todos ellos en relación con la DA Décima y la DT Única de la Ley 14/2005 de 1 de julio) se ajusta las exigencias del art. 222 de la LPL.

TERCERO.- La doctrina en la materia ya ha sido unificada por nuestras Sentencias (dos) de 22 de diciembre de 2008 (recs. 856/07 y 3460/06), ambas votadas por el Pleno de la Sala, y la primera de ellas recaída en un asunto exactamente igual al presente, relativo a otro trabajador de AENA en iguales circunstancias que el aquí inte-

resado, y habiéndose elegido por la empresa recurrente como referencial precisamente la misma Sentencia que en esta ocasión, esto es: la dictada por la Sala de lo Social de Murcia con fecha 30 de enero de 2006.

Así pues, idéntica solución habremos de adoptar ahora, no solo por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (arts. 9º.3 y 14 de la CE), sino además por resultar ello acorde con el espíritu y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Nos remitimos a la fundamentación “in extenso” de nuestras reseñadas Sentencias y transcribimos a continuación -a modo de resumen- la argumentación contenida en los fundamentos 10º y 11º de la correspondiente al recurso 856/07.

DÉCIMO.- 1.- Ciertamente que el planteamiento del recurso está formalmente limitado a defender una interpretación de la DT Única por completo desligada de la DA 10ª, y a afirmar que cese forzoso del trabajador por cumplimiento de la edad de jubilación se encuentra desvinculado de objetivo de empleo alguno; limitación de la pretensión recurrente que hubiera consentido -sin detrimento de nuestra obligada tutela judicial- que diésemos por finalizado el debate tras nuestros anteriores razonamientos.

Pese a ello consideramos que la argumentación ofrecería una inconveniente laguna si no afrontase otra decisiva cuestión, cual es la que atañe al significado que haya de darse a la expresión legal “deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo”, y a los que -como tales objetivos- acto continuo menciona específicamente la propia DA 10ª ET (redacción dada por la Ley 14/2005).

Lo que supone dar respuesta a tres sucesivos adverbios -”qué”; “cómo”; y “dónde”- relativos a los indicados objetivos, para de esta forma poder dar cabal contestación al segundo punto nuclear en la resolución del litigio (siquiera no hubiese sido formalmente planteado), cual es el de si el Convenio Colectivo que examinamos cumple -de alguna manera- las previsiones legales que son contrapartida a la obligada extinción del contrato por razón de edad.

2.- Sobre la primera cuestión (en “qué” consisten), la respuesta impone la aclaración -casi superflua- de que la enumeración de motivos que el precepto hace (“mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, las nuevas contrataciones o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”) no es cerrada sino simplemente ejempli-

ficativa, como demuestran los sintagmas “tales como” y “cualesquiera otros” que la misma norma emplea.

Y en segundo lugar, también es obligado resaltar que su caracterización viene dada por la Exposición de Motivos de la propia Ley 14/2005, al indicar que “Se trata, en todos los casos, de objetivos compatibles con el mandato a los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo contenido en el artículo 40 de la Constitución y con la política de empleo desarrollada en España en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”; o lo que es igual, el marco de referencia para los objetivos a “vincular” con el cese forzoso por edad en el Convenio Colectivo bien pudiera ser el que representa la relación de metas que para la “política de empleo” señala el art. 2 de la Ley de Empleo (Ley 56/003, de 16 /diciembre).

En todo caso debe ponerse de manifiesto -habida cuenta de la evolución legal y jurisprudencial producida- que la expresión utilizada por el legislador no ha de entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el cesado, sino que ha de serlo en el sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo, que realmente se concreta -pese a la redundancia de la norma- en tres exclusivos apartados:

a) estabilidad en el empleo (conversión de los contratos temporales en indefinidos);

b) sostenimiento del empleo (contratación de nuevos trabajadores); y c) incremento en la calidad del empleo (fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc, que repercutan en bondad del empleo).

3.- Sobre el “cómo” han de expresarse los objetivos “coherentes” con la política de empleo, la Sala considera -para que los criterios del Tribunal Constitucional no resulten burlados- que para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso por edad no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera (piénsese en que las citadas innovaciones tecnológicas -por ejemplo- llevan a “favorecer la calidad del empleo”, pero serían endeble justificación para amortizar por sí solas puestos de trabajo por la vía de la jubilación colectivamente pactada), ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sin una concreta especificación alejada de hueca retórica, sino que el obligado acatamiento a aquellos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la sumisión

a los principios que se derivan de la propia Exposición de Motivos de la Ley 14/2005, por fuerza llevan a sostener que entre el sacrificio (individual) que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida (colectiva) de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo.

4.- El último interrogante (“dónde”) solamente puede tener una respuesta, y es la de que las medidas de política de empleo - contrapartida al cese forzoso- han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo y de que no cabe una justificación ad extra de ellas.

La cuestión que en definitiva se plantea es si resulta suficiente -para justificar el cese forzoso por edad- que en el Convenio se pacten concretas medidas de política de empleo o si -por el contrario- es preciso que en el texto pactado se haga una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad y las medidas de empleo.

Nos inclinamos por esta última exigencia, siendo así que la DA 10ª ET establece que la jubilación forzosa por edad “deberá vincularse a objetivos... expresados en el convenio colectivo”, y el significado de la palabra vincular (“atar o fundar algo en otra cosa”, en su primera acepción, conforme al DRAE) claramente apunta a que la sujeción ha de ser expresa y tener por sujetos a los firmantes del Convenio.

El precepto no dice que “estará justificada” o “habrá de justificarse” la medida, sino que utiliza una expresión (“deberá vincularse a objetivos... expresados”) que comporta un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori en el proceso.

En el bien entendido de que esa expresa “vinculación” no necesariamente habrá de ubicarse en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, sino que puede expresarse al regular las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto; pero siempre de forma inequívoca y relacionada.

UNDÉCIMO.- 1.- No debe finalizarse esta sentencia sin hacer somero tratamiento de una cuestión que subyace en el litigio, siquiera hubiese sido planteada de manera formal por las partes y ni tan siquiera fuese por ellas apuntada, pero que debemos tratar mínimamente para atajar equívocos.

Se trata de dilucidar si la naturaleza pública de la parte empleadora - como Entidad Pública Empresarial- puede de alguna manera influir en la

aplicación de los criterios expresados en los precedentes fundamentos jurídicos.

2.- Nuestra conclusión -con lo que ello implica de matización a la doctrina expuesta en nuestra sentencia de 14/05/08 (rco 56/07), relativa al Convenio Colectivo de la AEAT- es la de que los sujetos públicos no quedan eximidos de que se les aplique la DA 1ª ET en los términos que previamente se han indicado, siquiera en determinados supuestos no resulte fuera de lugar una cierta flexibilización formal en la expresión de los objetivos de empleo, habida cuenta de la limitación que en cierto orden de previsiones pudiera comportar la sujeción a la Ley de Presupuestos y a la Oferta Pública de Empleo.

Y tal conclusión se impone, pese a todo, porque en cuanto parte de relaciones laborales privadas, las Administraciones Públicas -y con mayor motivo los Entes Públicos Empresariales- están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores, dado el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que para ellas establece el art. 103.1 CE (así, SCT 205/1987, de 21 /diciembre).

Y, entre las recientes, SSTs de 17/09/04 -rcud 4178/03-; 07/10/04-rcud 2182/03-; 16/05/05 -rec. 2646/04-; 01/06/05 -rec. 2474/04-; 14/03/06 -rco 99/05-; 21/12/06 -rcud 4537/05-; 27/02/07 -rcud 4220/05-; 30/05/07 -rcud 5315/05-; 18/07/07 -rcud 3685/05-; y 21/07/08 -rcud 2121/07 -).

3.- Y por lo mismo, si el legislador hubiese querido excluir a las diversas Administraciones Públicas (o Entidades Públicas Empresariales) de las exigencias establecidas en la DA 10ª y proporcionarles un trato singular en la materia, habría podido hacerlo; o bien eximiéndolas expresamente de la contrapartida -política de empleo- al cese forzoso, o bien afirmando que en tal supuesto la vinculación a tal política habría de entenderse cumplida con la general -oficial- manifestada en las Ofertas Públicas de Empleo.

Pero lo que no cabe es eximir la judicialmente de una contrapartida que normativamente se impone a todos los sujetos empresariales; y menos aún, cuando en época de crisis económica nunca es descartable -siquiera tampoco deseable- que en el sector público se produzca una política de empleo restrictiva.

Consideraciones las anteriores que nos llevan a una última reflexión, y es la relativa a la dificultad real que supone coordinar en el sector público (Administraciones Públicas;

Entes Públicos Empresariales) el cese forzoso por edad y su obligado

condicionante de concretas medidas de fomento del empleo, al menos tal como expresamente se regula la materia en la nueva DA 10ª ET, habida cuenta de que la extinción forzosa del contrato se negocia en un marco mucho más limitado (el de un determinado convenio colectivo) que aquel en el que se acuerda la política de empleo público (Ley de Presupuestos y Oferta Pública de Empleo, aplicables a todo el sector público); lo que representa, todo hay que decirlo, un claro obstáculo para la aplicación -en los sectores públicos- de la medida extintiva reinstaurada por la Ley 14/2005.

CUARTO.- La doctrina que acabamos de exponer, resumidamente, ha sido seguida por la Sentencia recurrida, al calificar de contrario a Derecho el cese del trabajador reclamante, por razón de haber cumplido la edad de jubilación y sin ninguna contraprestación de las previstas en la Ley 14/2005; y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada, sin imposición de costas (art. 233.1 LPL “a contrario sensu”), al no haber impugnado oportunamente el recurso la parte recurrida.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por Aeropuertos Españoles Y Navegación Aérea contra la Sentencia dictada el día 20 de febrero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Recurso de suplicación 5651/06, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 2 de junio de 2006 pronunció el Juzgado de lo Social número 27 de Madrid en el Proceso 310/06, que se siguió sobre despido, a instancia de D. Belarmino contra la expresada recurrente. Confirmamos la Sentencia recurrida, sin imposición de costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- Jorge Agusti Julia.- María Luisa Segoviano Astaburua.- José Manuel López García De La Serrana.- Juan Francisco García Sánchez.

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

2009/151102

TS Sala 4ª, Sentencia 10 junio 2009. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Aun cuando no reclamó durante un cierto tiempo Extinción de contrato por voluntad de trabajadora debido a retrasos y falta de pago de salarios

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Oficina de Patentes y Marcas demandada contra sentencia que declaró extinguido el contrato de trabajo a instancia de la trabajadora accionante.

Entiende la Sala que la falta de pago del salario o los retrasos continuados en su abono autorizan la extinción causal del contrato a voluntad de la trabajadora, aun sin mediar culpabilidad empresarial, y aun cuando faltó reclamación de la misma durante un cierto tiempo. Según el Alto Tribunal, esta inacción no comporta aquiescencia, como pretende la recurrente, pues de lo contrario se estaría introduciendo en el ejercicio de la acción un requisito inexistente en la ley cual es el intento previo del trabajador dirigido a que el empresario cumpla con una obligación que le impone el ET. Además, comportaría inseguridad para el trabajador pues se vería en la situación de esperar a que el retraso en el pago revista de la suficiente gravedad por su reiteración como para justificar la resolución del contrato, pero sin llegar a un punto tal en el que la falta de reclamación frente a la desatención obligacional por el empresario pueda valorarse como incumplimiento consentido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por STSJ Madrid 19/mayo/08 (rec. 1586/08) se revocó la decisión pronunciada en 16/enero/08 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de los de Madrid y se declaró extinguido el contrato de trabajo a instancia de la trabajadora accionante, con reconocimiento del derecho a la correspondiente indemnización, partiendo los hechos probados resumibles en los siguientes términos:

a) la trabajadora prestaba servicios para la empresa demandada con antigüedad de 01/08/91;

b) la actora y sus compañeros -tan sólo uno desde hace cinco años- “ha percibido sus salarios de forma irregular” y desde febrero/03 lo hace con retraso que oscila entre quince y veinte días.

Sentencia contra la que se formula recurso de casación para la unidad de la doctrina, proponiendo como contraste la STSJ Comunidad Valenciana 04/febrero/99 y denunciando la infracción de los arts. 7 CC y 50 ET, en relación con doctrina de Suplicación que se tiene por reproducida.

2.- El art. 217 LPL exige -para la viabilidad del RCU- -que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (entre las más recientes, SSTS 27/02/09 -rcud 955/08-; 03/03/09 -rcud 4424/07-; y 24/03/09 -rcud 1028/07 -)

Y el presupuesto se cumple en el presente caso, por cuanto que en la decisión de contraste se trata de trabajador al que la empresa satisface su remuneración con retraso de 10 a 20 días y a la que -a la fecha de la demanda- adeuda una mensualidad, una paga extraordinaria y los atrasos de convenio, pese a lo cual se niega la extinción del contrato por voluntad del trabajador; lo que si bien propiamente no comporta identidad con el supuesto fáctico de la recurrida, lo que excluye la existencia de contradicción en sentido estricto, de todas formas integra contradicción a fortiori, en tanto que la sentencia de comparación ha ido "más allá" que la recurrida, por basarse en afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión (entre las recientes, SSTS 08/02/07 -rcud 5556/05-, que habla de contradicción "reforzada"; 20/02/07 -rcud 3654/05-; 04/07/07 -rcud 2215/06-; y 14/05/08 -rcud 884/07 -).

3.- A destacar que si bien el ATS 20/12/04 -rcud 205/04 - se rechazó la existencia de contradicción entre la misma sentencia de contraste y otra dictada por el TSJ Madrid, lo cierto es que -aparte de los defectos de falta de relación precisa y circunstanciada, ausencia de fundamentación legal y división artificial de la controversia- se añade, en lo que a la contradicción se refiere, que "Por otro lado, la sentencia de contraste parte de la constatación de una práctica consentida, lo que, a pesar de los reiterados intentos de la parte recurrente, no consta en este caso, al haber expresa y razonadamente rechazado la Sala de suplicación la revisión fáctica propugnada por la empresa para que se hiciera constar la existencia de un acuerdo, expreso o tácito, con los trabajadores".

Diferencia que no concurre en el caso de autos, pues tanto en una como en otra sentencia consta que los respectivos actores no habían reclamado por el retraso en el abono del salario (ordinal segundo de la recurrida; y fundamentación jurídica -con valor fáctico- de la referencial).

Y aunque en aquel Auto también se hace alusión a la dificultad de uni-

ficar doctrina en materia de resolución del contrato por incumplimiento del empresario, al depender de una valoración casuística de las circunstancias individualizadas variables, lo cierto y verdad es que esa doctrina (de la que son exponentes las SSTS 30/04/03 -rcud. 4125/02-; 18/02/04 -rcud 1057/03-; 08/06/04 -rcud 4796/03; y 10/07/08 -rcud 2196/07 -), en manera alguna excluye de forma categórica la posibilidad de que medie contradicción, muy particularmente en los supuestos -como el presente- en que se evidencie su concurrencia a Fortiori.

SEGUNDO.- 1.- En la resolución de la cuestión de fondo ha de partirse de una premisa, y es la de que la falta de pago del salario o los retrasos continuados en su abono autorizan la extinción causal del contrato ex art. 50.1.b) ET, aún sin mediar culpabilidad empresarial.

Como esta Sala viene señalando con reiteración, salvo precedentes temporalmente lejanos en que se ha exigido un incumplimiento grave y culpable, haciendo una paridad con las causas originadoras del despido disciplinario (así, SSTS 03/11/86; y 04/12/86), o en que más matizadamente se ha requerido que el retraso sea grave y culpable, continuado y persistente (STS 20/01/87), este Tribunal entiende que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (SSTS 24/03/92 -rcud 413/91-; 29/12/94 -rcud 1169/94-; 13/07/98 -rcud 4808/97-; 28/09/98 -rcud 930/98-; 25/01/99 -rcud 4275/97-; y 22/12/08 -rcud 294/08 -).

En este línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado", es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de "gravedad" en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal "gravedad" debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado) y cuantitativo (montante de lo adeudado), por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos (así, SSTS 25/01/99 -rcud 4275/97-; y 26/06/08 -rcud 2196/07-, en obiter dicta).

2.- Las anteriores precisiones -excluyendo el elemento intencional en la apreciación de la causa de extinción- nos conducen a la respuesta que haya de darse a la cuestión nuclear que en el recurso se plantea, cual es si la falta de reclamación de la trabajadora durante un cierto periodo de tiempo enerva -por su transcurso- la acción extintiva, precisamente por la concurrencia de un componente también intencional en la conducta del perjudicado.

Consecuencia que el recurso defiende con la doble consideración de que esa formal inacción comporta aquiescencia (se argumenta una manifestación de voluntad tácita) y de que la advertencia previa es exigencia derivada de la buena fe, de manera que la tardía -se dice- reclamación judicial extintiva integraría en tales circunstancias el ejercicio abusivo de un derecho, tratándose de actuar proscrito por el art. 7 del CC.

Discrepamos de tal planteamiento, conforme al cual la demora en la reclamación la convierte en intempestiva. Y disentimos, porque:

a) con ella se trata de introducir gratuitamente en el ejercicio de la acción un requisito inexistente en la Ley, puesto que la facultad extintiva prevista en el art. 50.1.b) ET no requiere intentos previos del trabajador dirigidos a que el empresario cumpla con la obligación que le impone el art. 4.2.f) del mismo Estatuto, operando la causa extintiva -como hemos visto- de manera totalmente objetiva;

b) no hay que olvidar que el art. 50 ET no deja de ser trasunto laboral del art. 1.124 CC, que permite al perjudicado por el incumplimiento ajeno "escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos", sin condicionar en forma alguna la solicitud de resolución por incumplimiento a la previa exigencia de que la obligación sea cumplida;

c) la tesis recurrente comporta rechazable inseguridad jurídica para el trabajador, que se vería en la impuesta -y desconcertante- situación de esperar a que el retraso en el pago revista de la suficiente gravedad por su reiteración como para justificar la resolución del contrato (incumplimiento reiterado), pero sin llegar a un punto tal en el que la falta de reclamación frente a la desatención obligacional por el empresario pueda valorarse como aquiescencia (incumplimiento consentido);

d) admitir el pretendido consentimiento tácito, no solamente supone la inválida renuncia al derecho de instar judicialmente la extinción del contrato mediando causa legal (arts. 24.1 CE y 3.5 ET), sino que en todo caso se presenta como una invitación a la litigiosidad, por sancionarse al trabajador más comprensivo -paciente- con los incumplimientos empresariales;

e) resulta paradójico que quien incumple sistemáticamente una obligación contractual (la retributiva), argumente la buena fe de la otra parte para excluir que el perjudicado por tal incumplimiento (el trabajador) ejercite finalmente el derecho que la Ley le confiere como posible reacción a la vulneración de aquel básico deber;

f) el ejercicio de los derechos únicamente es modulable por la inactividad de su titular cuando el legislador -en causa a la seguridad del tráfico jurídico- considera oportuno establecer un determinado periodo de tiempo tras cual decaen y se consideran legalmente fenecidos por el transcurso de los plazos de prescripción o caducidad, lo que no ha hecho específicamente respecto de la extinción del contrato por voluntad del trabajador.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal, en su planteamiento subsidiario- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada.

Con pérdida del depósito y destino legal para la consignación (art. 226 LPL) e 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 para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de "Oficina De Patentes Y Marcas Aricha S.A." y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ Madrid en fecha 19/mayo/2008 (recurso de Suplicación núm. 1586/08), que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 16/enero/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 9 de los de Madrid (autos 1336/07), a instancia D^a Luisa y en procedimiento por la que la trabajadora reclamaba la extinción del contrato por incumplimiento empresarial de su obligación de abono puntual del salario.

Se acuerda la pérdida de la consignación, el destino legal para el depósito constituido y la imposición de costas a la recurrente.

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. Gonzalo Moliner Tamborero.- Luis Fernando De Castro Fernández.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agustí Julia.- Rosa María Viroles Piñol.

(...)



EL DERECHO

Año XVI. Número 2742

Madrid, 6 de octubre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

2009/150277

TC Sala 1ª, Sentencia 15 junio 2009.
Ponente: Dª María Emilia Casas Baamonde

Declaración de competencia autonómica sobre energía, desarrollo económico y fomento de la investigación

Se plantea por el Gobierno de Aragón, conflicto positivo de competencias en relación con la Resolución de la Dirección General del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, de 8 septiembre 2000, por la que se regula la concesión de ayudas para apoyo a la energía solar

térmica en el marco del Plan de fomento para las energías renovables. El TC declara que las competencias controvertidas corresponden a la Comunidad Autónoma. Considera que el objeto de las ayudas se endereza a la consecución de actividades que, dirigidas a la promoción de la inversión para el uso de la energía solar en determinadas instalaciones tales como aplicaciones para agua caliente sanitaria, climatización de piscinas, agua caliente de proceso en industrias y aplicaciones para calefacción y climatización, se integran en el ámbito ordinario de la competencia autonómica, pues, como se deduce de su propio carácter, los proyectos subvencionables en esta materia no contienen elemento alguno que exija la gestión centralizada. Asimismo la resolución tampoco contiene justificación alguna sobre la centralización de la gestión, lo cual es una exigencia material, que debe ser valorada si se pretende que la gestión administrativa, que en estas materias corresponde generalmente a las Comunidades Autónomas, corresponda legítimamente al Estado.

TS CIVIL

2009/112083

TS Sala 1ª, Sentencia 28 mayo 2009.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Inaplicación de indemnización por clientela de la LCA a contrato calificado de mixto

El TS desestima los recursos de casación interpuestos por ambas partes, confirmando tanto la sentencia de instancia como la de la AP que determinan que la relación existente entre las partes no es de agencia, sino un contrato mixto y atípico, sin que la Sala pueda modificar esa calificación por ser un función de los juzgadores de instancia. Asimismo, es correcta la co-

TS PENAL

2009/38191

TS Sala 2ª, Sentencia 18 marzo 2009.
Ponente: D. Joaquín Giménez García

Indebida denegación de prueba en delito contra la salud pública

Se estima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito contra la salud pública. El TS considera que la prueba indebidamente denegada no solo era pertinente, sino que tenía una aptitud para poder haber incidido en la definitiva resolución del caso, porque, en efecto, podría haberse acreditado -y bastaría el juicio de probabilidad- que ambos recurrentes o uno de ellos estuviese en una situación de dependencia tal que pudiera haber tenido acogida bien la eximente incompleta o la atenuante ordinaria, con incidencia en la individualización judicial de la pena.

ESADE
Facultad de Derecho
Universidad Ramon Llull

E

Curso de Profundización en Derecho Procesal Civil 2009

Visión general del proceso civil y Ley de Enjuiciamiento Civil

FECHAS:

Lunes y Miércoles, del 19 de octubre al 16 de noviembre de 2009

ESADE (Edificio I):

Av. Pedralbes, 60-62. 08034 Barcelona

Más información a través de internet en la página web: www.esade.edu/seminariosderecho

Contacto: Sra. Carme Guardingo
carme.guardingo@esade.edu
T. 934 953 808

